

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

LAIS MARTINS

Rio de Janeiro

2018 / 2º SEMESTRE

LAIS MARTINS

**MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Patrícia Esteves de Mendonça.

Rio de Janeiro

2018 / 2º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

M379m Martins, Lais
 Maternidade de Substituição no Ordenamento
 Jurídico Brasileiro / Lais Martins. -- Rio de
 Janeiro, 2018.
 62 f.

 Orientador: Patricia Esteves de Mendonça.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

 1. Filiação. 2. Técnicas de Reprodução Humana. 3.
 Aspectos Gerais. 4. Maternidade de Substituição . 5.
 Homoafetivos. I. Esteves de Mendonça, Patricia,
 orient. II. Título.

LAIS MARTINS

**MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURIDICO
BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Patrícia Esteves de Mendonça.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Professora Patrícia Esteves de Mendonça

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2018 / 2º SEMESTRE

AGRADECIMENTOS

De outra forma não posso começar, senão agradecendo aos meus pais, Marcia e Antonio, por todo o apoio dado a mim durante esses cinco anos cansativos da minha vida. Por sempre estarem ao meu lado mesmo com tamanha distancia em todos os momentos de incertezas e medos que enfrentei ao longo deste caminho, que sem a sua ajuda e incentivo não seria possível seguir até o fim.

Agradeço a minha irmã Júlia, que mesmo sem saber, sempre foi grande incentivadora e motivação para que buscasse sempre meu melhor.

De maneira geral, agradeço a todos os meus familiares e amigos, por sempre acreditarem na minha capacidade, ainda que, em diversos momentos, eu mesma não acreditasse.

As minhas grandes amigas de faculdade, Adriane, Jaqueline, e Leticia por todos os anos de convivência, por todas as conversas, risadas, surtos e choros. Agradeço a todo o momento pela sorte de cada uma, mesmo sendo tão diferente uma da outra, termos nos encontrado. Eu não imagino como teria sido esse caminho sem vocês, que foram a minha família, meu suporte, meu ombro amigos durante todos esses anos. Levo vocês pra sempre na minha vida e no meu coração.

Agradeço, ainda, à minha psicóloga Jacqueline, que no momento que seria o mais complicado até então em minha vida esteve ali por mim, por ter deixado este caminho menos tortuoso e mais sereno.

Por fim, a professora Patrícia, que me estendeu a mão e, durante a orientação, deu calma quando eu mais precisei.

RESUMO

A evolução científica apresenta cotidianamente novas descobertas no âmbito da reprodução humana e segue quebrando paradigmas anteriormente intangíveis. O presente estudo tem por objetivo analisar a prática de reprodução assistida, em especial a denominada maternidade substitutiva, que possibilita e evidencia a gestação de substituição, assunto de grande discussão doutrinária, ainda sem disciplina jurídica, contando somente com regulamentação com Conselho Federal de Medicina. Nesse contexto, será realizada uma breve análise do conceito de filiação e seus principais contornos, como as mudanças ocorridas na estrutura familiar, a liberdade de planejamento familiar estabelecida pela Constituição Federal e a regulamentação do Conselho Federal de Medicina. Posteriormente, serão demonstradas as técnicas de reprodução assistida existentes e o conceito de maternidade de substituição, elucidando suas implicações jurídicas e os procedimentos médicos necessários. Por fim, serão observados os aspectos jurídicos no ordenamento brasileiro, identificando as hipóteses de sua ocorrência, o negócio jurídico realizado entre as partes, o conflito de maternidade, assim como, o registro civil.

Palavras-Chave: Reprodução Assistida; Fecundação *in vitro*; Gestação de Substituição; Barriga de Aluguel.

ABSTRACT

Scientific evolution presents new discoveries daily in the realm of human reproduction and continues to break previously intangible paradigms. The present study aims to analyze the practice of assisted reproduction, especially the so-called substitutive maternity, which enables and demonstrates the gestation of substitution, subject of great doctrinal discussion, still without legal discipline, relying only on regulation with the Federal Medical Council. In this context, a brief analysis of the concept of membership and its main contours, such as changes in family structure, the freedom of family planning established by the Federal Constitution and the regulation of the Federal Medical Council, will be carried out. Subsequently, existing assisted reproduction techniques and the concept of replacement maternity will be demonstrated, elucidating their legal implications and the necessary medical procedures. Finally, the legal aspects of the Brazilian legal system will be observed, identifying the hypotheses of its occurrence, the legal transaction between the parties, the maternity conflict, as well as the civil registry.

Keywords: Assisted Reproduction; In vitro fertilization; Replacement Gestation; Belly of Rent.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	9
2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A FILIAÇÃO.....	11
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	11
2.2 CONCEITO.....	13
2.3. FILIAÇÃO ADOTIVA	14
2.4 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA	16
2.5 FILIAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO.....	18
2.6. A REGULAMENTAÇÃO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO.....	18
3. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	21
3.1 ASPECTOS GERAIS.....	21
3.2. REPRODUÇÃO HUMANA E INFERTILIDADE	22
3.3 CLASSIFICAÇÕES	23
3.4 REPRODUÇÃO HUMANA "POST MORTEM"	27
3.5 EMBASAMENTOS JURÍDICOS PARA A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	30
4. A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO.....	33
4.1 CONCEITO.....	33
4.2 LEGISLAÇÃO COMPARADA E O "CASO BABY M"	34
4.3..ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO	36
4.4 CONTRATO GESTACIONAL	41
4.5 CONFLITO DE MATERNIDADE: QUEM É A MÃE?.....	43
4.5.1 TIPOS DE MÃE.....	43
4.5.2 POSIÇÃO DOUTRINARIA	45
4.6 REGISTRO CIVIL.....	47
5. CASAIS HOMOAFETIVOS	49
5.1 REPRODUÇÃO ASSISTIDA ENTRE CASAIS HOMOAFETIVOS	49
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	54

1. INTRODUÇÃO

A evolução da medicina é cada vez mais importante e intensa no campo reprodutivo nos dias atuais, a partir das técnicas de reprodução humana assistida na qual permite que casais acometidos por quadros de infertilidade ou esterilidade possam ser pais, como por exemplo, mulheres que não podem gerar uma criança em seu ventre, acabam por ter a possibilidade de ser mãe sem ser pelo instituto da adoção, utilizando-se assim do útero alheio para a gestação de seu próprio filho.

O presente trabalho apresenta a técnica de reprodução humana medicamente assistida denominada maternidade de substituição, mais comumente conhecida como “barriga de aluguel”, esta que anda lado a lado das conhecidas técnicas de inseminação artificial e fertilização in vitro. Se fazendo necessário logo informar que o objeto do presente trabalho ainda não possui previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, embora já conte com regulamentação ética do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Devido à evolução da medicina e a técnica de maternidade de substituição o instituto da filiação, passou por mudanças, já não mais se adequa ao seu conceito originário, de modo que há de se admitir as suas variadas formas de configuração. Será apresentado assim, a origem do instituto, bem como as mudanças decorrentes das novas formas de reconhecimento da filiação também por meio das técnicas de reprodução humana, em especial advindas da assistida.

Será apresentado de forma expositiva e geral o que seria a reprodução medicamente assistida, suas técnicas mais conhecidas e utilizadas e o que leva aos casais procurarem tal técnica para se tornarem pais. Por se tratar de uma das técnicas que gera mais variáveis jurídicas, como também por ser carente de previsão legislativa, a reprodução heteróloga fora eleita como objeto principal de estudo.

A maternidade de substituição se apresenta como um tema delicado e muito complexo por envolver aspectos relacionados ao direito, à medicina, à ética e à religião, por exemplo - é vista como a possibilidade da mulher conceber um filho biológico em outro útero, sendo uma técnica de reprodução humana medicamente assistida que utiliza-se portanto

mais de uma mulher no processo gestacional, que como veremos pode trazer impactos não só relacionados ao instituto da filiação, mas também no ato da entrega da criança.

Como podemos perceber a problemática surge a partir do confronto de conceitos que são basilares no direito de família, como: maternidade, paternidade, filiação e, conseqüentemente, a responsabilidade parental. Dito isso, o trabalho objetiva demonstrar os problemas que envolvem a maternidade por substituição no direito brasileiro; verificar a existência de celebração de contrato entre os envolvidos - licitude ou não do objeto contratual e suas exigências, as possíveis soluções mais adequadas ao caso diante da atual coexistência entre o sistema biológico e o sistema socioafetivo de filiação, demonstrando-se os posicionamentos jurisprudenciais adotados no ordenamento jurídico brasileiro; as dificuldades encontradas para a solução dos seus questionamentos jurídicos e as normas que regulam tal modalidade de maternidade

Deste modo podemos afirmar que o Direito deve acompanhar as transformações sociais e tecnológicas ocorridas no seio da sociedade - se fazendo necessário com que o direito acompanhe a evolução e supra as omissões possam a vir a existir a fim de dirimir conflitos - as questões acima expostas serão tratadas neste trabalho, objetivando esclarecer as dúvidas inerentes ao tema e, demonstrando a necessidade de se regulamentar as condutas em relação à maternidade de substituição, a fim de assegurar a realização das potencialidades humanas e da manutenção da dignidade humana.

Por último cabe informar que a metodologia utilizada no presente trabalho é baseada em pesquisa bibliográfica, incluindo livros, artigos científicos, resoluções e legislação constitucional e infraconstitucional, a partir da qual se buscou evidenciar conceitos e posicionamentos de diferentes estudiosos e doutrinadores a fim de expor a base teórica do tema conforme sua inserção na atual Constituição Federal.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A FILIAÇÃO

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Ao se estudar a história da humanidade, podemos categoricamente afirmar que a entidade familiar pode ser consideradas umas das primeiras expressões humanas ao que se tange à organização social, ainda que de forma involuntária e natural, a família sempre existiu antes mesmo da existência do Estado.

O instituto da filiação é um dos mais importantes no ordenamento jurídico atual, segundo alguns autores é tão antigo quanto o instituto da posse/propriedade conforme cita Cristino Chaves de Farias de Nelson Rosendal¹:

a mais relevante relação de parentesco existente na ciência jurídica é a que se estabelece entre pai/mãe e filho”. (...) a filiação é forma segura de se falar na realização plena e valorização da pessoa humana. “Mostrar o mundo para o filho é filho é redescobri-lo nos seus perdidos detalhes: depois de crescer, a gente só se recorda que a lagarta se metamorfoseia em borboleta, e tantas coisas mais, ao falar disso com ele. Ter filhos, vivenciando intensamente a relação, é rejuvenescer. (E por que não dizer?) é atingir a plena realização da própria personalidade humana.

Só eram considerados filhos detentores de direitos àqueles concebidos no seio de uma relação matrimonial, conhecidos, naquele contexto, como filhos legítimos. Todos os demais que fossem originados fora deste contexto, ou seja, fora do casamento, eram considerados como ilegítimos, e não gozavam dos mesmos direitos que os legítimos.

Historicamente, a família sempre teve sua base na imagem do pai e entendia-se por família aquela constituída por marido, esposa e filhos do casal.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ocorre uma alteração no instituto da filiação, com a previsão do tratamento igualitário aos filhos, ou seja, nenhum filho pode, a partir de então, sofrer qualquer tipo de preconceito ou discriminação por ter sido concebido de forma diversa do concebido em decorrência da união matrimonial, passando a desigualdade jurídica ser completamente inaceitável (levando em consideração os princípios da dignidade

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Direito das famílias. 4ª ed. Bahia: JusPodivm, 2012

humana, solidariedade e igualdade entre os filhos). Podemos dizer assim, que o legislador de forma justa e humana impôs que os filhos biológicos, civis e socioafetivos passassem a ser vistos unicamente como filhos.

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; [...]

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]

Art. 227 – É dever da família, da sociedade [...]

[...]

§ 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.

Desta feita, conforme lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²:

A liberdade de cada pessoa de efetivar a filiação pode ser realizada através de mecanismos biológicos (através de relacionamentos sexuais, estáveis ou não), da adoção (por decisão judicial), da fertilização medicamente assistida ou por meio do estabelecimento afetivo puro e simples da condição paternofilial. Seja qual for o método escolhido, não haverá qualquer efeito diferenciado para o tratamento jurídico (pessoal e patrimonial) do filho.

Acompanhando toda a linha evolutiva da Constituição Federal de 1988, o atual Código Civil de 2002 ratificou o entendimento quando da elaboração do texto do artigo 1.596,

² Cf. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 3ª ed, 2011, p. 564

proibindo-se qualquer ato discriminatório entre os descendentes, devendo haver um tratamento isonômico entre eles, não importando a sua origem, recepcionando, assim, o princípio da igualdade entre filhos. Podemos ainda afirmar que o código de forma inovadora trouxe à tona novas formas de constituição da unidade familiar, como a conceituada em seu artigo 1597 que trata da reprodução humana assistida.

2.2 CONCEITO

Do latim, *filiatio* traduz-se pela relação de parentesco que se constitui entre pais e filhos em linha reta, gerando o estado de filho.

Maria Helena Diniz³ define como sendo:

o vínculo existente entre pais e filhos, a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe geraram a vida ou a receberam como se a tivessem gerado.

A filiação possui três espécies, quais sejam: a adotiva, oriunda da adoção; a presumida, pois se presumem naturais os filhos gerados na constância do casamento e a natural, que se refere à questão biológica.

É certo que a filiação é reconhecida doutrinariamente como principal relação de parentesco juridicamente tutelada, sendo então caracterizada segundo Carlos Roberto Gonçalves⁴ como sendo a mais próxima e elementar relação estabelecida entre pais e filhos, que é a partir dela que as regras de parentescos consanguíneos se estruturam.

³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. V. 5. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pag 512

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6

O autor ainda define⁵ ainda de forma simplificada dizendo:

Filiação é a relação jurídica que vincula o filho a seus pais. Ela deve ser assim denominada quando visualizada pelo lado do filho. Por seu turno, pelo lado dos pais em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade.

Assim podemos afirmar que filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; sendo a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda (segundo nosso Código Civil em seus artigos. 1.593 a 1.597 e 1.618 e s.), ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotivo ou advindo de inseminação artificial heteróloga.

2.3. FILIAÇÃO ADOTIVA

Sobre o instituto em questão, de forma inovadora, o Código Civil, ao se pronunciar acerca das formas de se estabelecer as relações de parentesco, tratou em seu artigo 1.593 que, “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem⁶”

Aqui podemos dizer que vínculo biológico perdeu sua hegemonia, brotando o binômio – afetividade e afinidade – como critérios primordiais para o enlace de parentalidade, onde o que se almeja em primeiro plano, é a integração afetiva, a qual paulatinamente vem se sobrepondo à verdade real biológica, entendimento adotado tanto pela doutrina moderna quanto por decisões jurisprudenciais.

Os doutrinadores majoritariamente reconhecem a adoção como *fictio iuris*, ou seja, como sendo uma filiação exclusivamente jurídica, passando esta a ser reconhecida de tal

⁵ Carlos Roberto Gonçalves, direito civil brasileiro 6, direito de família, editora saraiva, 9ª edição, 2012, P. 306- Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado¹. Todas as regras sobre parentesco consanguíneo estruturam-se a partir da noção de filiação, pois a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco é a que se estabelece entre pais e filhos.

⁶ Não se pode olvidar dos textos dos Enunciados 103 e 256, aprovados na I e III Jornadas de Direito Civil do CJF, respectivamente, os quais preveem: “103 – Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócioafetiva, fundada na posse do estado de filho”; “256 – Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”

maneira após o advento da Constituição Federal, tendo os requisitos da sentença judicial dispostos igualmente no artigo 47⁷ do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 1.619⁸ do Código Civil.

Carlos Roberto Gonçalves⁹ conceitua como:

A adoção é o ato jurídico pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha.

É nitidamente claro e correto então, afirmar que o instituto aqui em pauta se respalda sobre um pressuposto afetivo entre adotante e adotado, sendo que o ato da adoção faz com que o adotado passe a gozar do estado de filho do adotante, independentemente de qualquer vínculo biológico entre eles. O vínculo da socioafetividade nada mais é que o estabelecimento de uma relação de parentesco que se inicia a partir de um convívio social e que, dentro desta convivência, surge o afeto em sua esfera positiva.

Como mencionado acima a tese da relação jurídica pautada na socioafetividade já está consolidada na doutrina e, também, na jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA como podemos ver a seguir:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO. 1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica. 2. A norma princípio estabelecida no art. 27, in fine, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão. 3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico. 4. Não demonstrada a chamada posse do estado de filho, torna-se inviável a pretensão. 5. Recurso não provido. (STJ; REsp 1.189.663; Proc. 2010/0067046-9; RS; Terceira Turma; Rel^a Min^a Nancy Andrichi; Julg. 06/09/2011; DJE 15/09/2011) ***

⁷ Art. 47 do Eca: Art. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão

⁸ **Art. 1.619.** A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente . (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência.

⁹ GONÇALVES, 2011, p. 376

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA. 1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativa à filiação. 2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe. 3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família. 4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do venire contra factum proprium (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família. 5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados. 6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (nemo auditur propriam turpitudinem allegans) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica. 7. Recurso Especial provido. (STJ; REsp 1.087.163; Proc. 2008/0189743-0; RJ; Terceira Turma; Rel^a Min^a Nancy Andrighi; Julg. 18/08/2011; DJE 31/08/2011).

Podemos concluir assim que a filiação socioafetiva é aquela na qual os pais tratam a criança como se filho fosse independente de laços sanguíneos ou laços civis (sentença), estando tal relação fundamentada no elemento primordial das relações familiares da contemporaneidade.

2.4 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação socioafetiva é aquela estabelecida mediante a vontade procriante vinculada aos atos de afeição e solidariedade, decorre da posse do estado de filho e corresponde e à verdade aparente, sendo a filiação fundada em laços de afeto.

MARIA BERENICE DIAS¹⁰ descreve da seguinte maneira, “*o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue.*”

¹⁰ Manual de Direito das Famílias, 3ª edição, São Paulo: RT, 2016, p. 59/60

Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado”

A relação de filiação socioafetiva estabelece vínculo com direitos e deveres idênticos àqueles verificados na paternidade consanguínea, como o direito de exercer o poder familiar com o devido zelo e os filhos, por sua vez, têm tutelados os seus direitos à educação, criação e subsistência, bem como seus futuros direitos sucessórios.

Em recente provimento de número 63 Conselho Nacional de Justiça¹¹, disciplinou o procedimento de reconhecimento de filiação socioafetiva, perante os Ofícios do Registro Civil das Pessoas Naturais - consolidando a possibilidade de que o reconhecimento da filiação socioafetiva seja efetivado nos cartórios do registro civil de qualquer unidade federativa, uniformizando o seu procedimento.

É certo afirmar que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é o de claramente admitir o reconhecimento do vínculo socioafetivo para o estabelecimento da filiação, desta maneira qualquer decisão judicial proferida pelas instâncias inferiores que não reconheçam tal vínculo contrariam expressamente o posicionamento dominante e não poderá prosperar.

Ainda em relação aos posicionamentos dados em instancias superiores temos Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 898060 e da análise da repercussão geral 622¹² decidiu, por maioria de votos, que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”, ou seja, reconheceu o Supremo Tribunal Federal, além da possibilidade jurídica da socioafetividade, a

¹¹ Provimento N° 63 de 14/11/2017 Ementa: Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

¹² 622 - Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica.

Relator: MIN. LUIZ FUX

Leading Case: RE 898060

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios", vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, participando do encontro de juizes de Supremas Cortes, denominado Global Constitutionalism Seminar, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 22.09.2016.

possibilidade de uma criança ter, por exemplo, um pai biológico e um pai socioafetivo registrados em seu registro de nascimento, ou seja, uma multiparentalidade – afirmando que a relação consanguínea e a afetiva podem coexistir, sem comprometer a esfera de direitos e deveres dos pais biológicos e, mais importante, materializando a proteção integral ao interesse do menor, conforme o texto constitucional e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.5 FILIAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

A filiação por substituição tem como objetivo de atender à necessidade psicológica do casal gerar um novo ser, por meio da reprodução assistida heteróloga ou homóloga como veremos logo a diante.

A doutrina majoritária esclarece que aqueles que procuraram uma clínica de fertilização e contrataram os serviços médicos com o fim específico de ter filho, são os pais do nenê que vier ter à luz, para todos os fins de direito.

2.6. A REGULAMENTAÇÃO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

No sistema jurídico brasileiro apesar de haver o direito fundamental a procriar, decorrente dos direitos constitucionais à liberdade, à saúde, à intimidade e ao planejamento familiar, é possível afirmar no que tange a reprodução assistida há uma lacuna jurídica.

A legislação pertinente a utilização das técnicas de reprodução assistida advenho pela primeira vez pela Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina¹³, que vigorou durante 18 anos a tratar sobre normas éticas para utilização da mesma.

¹³ Cumpre enfatizar que tais resoluções jamais possuíram força normativa, por carecerem do devido processo legislativo. São apenas orientações éticas de caráter deontológico a serem seguidas pela comunidade médica. Qualquer desobediência à regra contida na resolução pode ensejar punição administrativa do Conselho Federal de Medicina, mas não constitui infração penal.

Diante da falta de legislação específica sobre as formas de reprodução assistida, o Conselho Federal de Medicina editou uma resolução — Resolução CFM n. 1.957/2010 — para orientar os médicos quanto às condutas a serem adotadas diante dos problemas decorrentes da prática da reprodução assistida, normatizando as condutas éticas a serem obedecidas nestes casos.

Posteriormente, veio a Resolução CFM n. 2.013/2013, revogando aquela mencionada acima. E, em 24 de setembro de 2015 foi publicada nova Resolução, de número 2.121, revogando a de 2013. Esta última portanto, tenta amenizar possíveis desgastes entre as partes e evitar problemas que poderão ocorrer quando for o momento da entrega da criança pela “mãe de aluguel”, já que prevê a inserção de uma série de documentos no prontuário, entre os quais um contrato entre os pais genéticos e a doadora do útero determinando a filiação da criança, a documentação para a garantia do registro civil da criança pelos detentores do projeto parental, e o consentimento informado das partes.

Segundo Silva Fernandes ¹⁴tal Resolução assevera que a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, afirma que a obrigatoriedade da exigência de uma relação de parentesco ¹⁵ foi estabelecida com o fim de evitar a comercialização, já que nestas circunstâncias as pessoas estão ligadas por laços familiares.

Mais recentemente em 1 de agosto de 2017, entrou em vigor a regulamentação da Lei n.º 25/2016, que permite o acesso e regula as condições em que é possível recorrer à gestação de substituição, apenas concebida para “situações absolutamente excepcionais¹⁶” e com requisitos de admissibilidade estritos. A lei regula o acesso à gestação de substituição nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez.

¹⁴ Silva Fernandes (2005, p. 100)

¹⁵ Importância de ao longo do processo de gestação de substituição se privilegiar a ligação da mãe genética com a criança, circunscrevendo ao mínimo indispensável a relação da gestante de substituição com a criança nascida, pelos potenciais riscos psicológicos e afetivos que essa relação comporta, sem prejuízo das situações em que a gestante de substituição é um familiar próximo.

¹⁶ Segundo o decreto, “o recurso à gestação de substituição só é possível a título excepcional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero e de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem”.

Portanto devido ao progresso das técnicas reprodutivas se fez necessário que a sociedade despertasse para a necessidade do estabelecimento de normas tanto éticas quanto jurídicas para regulamentação da utilização das técnicas de reprodução artificial. Desta forma, faz-se necessária a observância e a harmonização dos princípios bioéticos¹⁷ e dos princípios jurídicos fundamentais, na construção de uma nova ciência denominada Biodireito¹⁸.

¹⁷ Borges traz um conceito para bioética que seria: “O estudo sistemático da conduta humana nas ciências da vida e da saúde, examinada a partir de valores e princípios morais. A bioética como parte da ética, é o ramo da filosofia e se volta para as questões que envolvem a pesquisa, a experimentação, o uso da ciência, técnicas ou tecnologias que interferem na vida ou na saúde humana, diretamente”.

¹⁸ Biodireito é o ramo do Direito Público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia, com peculiaridades relacionadas ao corpo e à dignidade da pessoa humana.

3. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

3.1 ASPECTOS GERAIS

Reprodução humana é o modo pelo qual o indivíduo procria, ou seja, o procedimento pelo qual se dá vida. Nos dias atuais a reprodução humana é dividida em duas modalidades, sendo estas a natural e a artificial.

A reprodução humana natural ocorre a partir de uma relação sexual entre um homem e uma mulher, ou seja, há a fecundação do óvulo pelo espermatozoide ocorre de forma normal, não sendo necessária nenhuma intervenção. Já na reprodução artificial há a necessidade de intervenções externas para auxiliar na fecundação do óvulo pelo sêmen, aqui os conhecimentos e técnicas permitem substituir ou facilitar os diversos processos naturais que têm lugar na reprodução dos seres humanos.

Os diversos fatores que levam o indivíduo à esterilidade conduziram o campo da Medicina e da ciência a desenvolverem diversos métodos capazes de contornar este problema.

Podemos afirmar que nos dias atuais as técnicas de reprodução assistidas são comumente utilizadas por aquele que anseiam por um filho, mas não conseguem gera-lo. Diante de tal afirmativa é preciso que haja contornos jurídicos para as diversas situações que esta técnica emana, assim para que haja melhor compreensão do tratamento jurídico dado ao tema, iremos esclarecer os aspectos das técnicas de reprodução assistidas, principalmente daquela que dá ensejo a este trabalho, a maternidade de substituição.

Tal terapêutica trouxe consigo não só uma nova forma de suprir a necessidade humana de reprodução e descendência genética, mas também, um novo paradigma de estrutura familiar, rompendo com modelo antigo da paternidade estritamente biológica, pautada no ato sexual entre cônjuges e as presunções de filiação dela decorrentes.

3.2. REPRODUÇÃO HUMANA E INFERTILIDADE

A fertilização e o desenvolvimento de uma gravidez é um processo extremamente complexo que implica o correto funcionamento dos sistemas reprodutivos femininos e masculino. São vários são os fatores que podem contribuir para a dificuldade de engravidar e para desenvolver um quadro de infertilidade.¹⁹

A infertilidade é definida pela incapacidade de obter uma gravidez clínica após pelo menos 12 meses de relações sexuais regulares e desprotegidas e estima-se afetar cerca de 48,5 milhões de casais em todo mundo²⁰.

O estudo da infertilidade e o desenvolvimento de técnicas de reprodução assistida têm vindo a ser cada vez mais comuns e acessíveis à população em geral, sendo essenciais para ajudar casais inférteis a realizar o seu desejo de ter um filho biológico., conhecendo-se já vários fatores de risco associados ao desenvolvimento de infertilidade, sejam eles patológicos ou não patológicos.

É importante ressaltar que os termos infertilidade e esterilidade, apesar de amplamente utilizados como sinônimo não devem ser confundidos como explica a professora Ana Claudia Ferraz²¹:

Impede destacar que a infertilidade não se confunde com a esterilidade. O termo infertilidade indica que a condição pode ser tratada e revertida, podendo ser um problema temporário. Já o termo esterilidade é aplicado à incapacidade permanente e irreversível.

Assim pode ocorrer que até mesmo dentro da literatura jurídica tais termos sejam utilizados como sinônimos, sem que haja a correta distinção conceitual, tornando de difícil elucidação saber se trata-se de uma disfunção definitiva ou temporária da capacidade reprodutiva.

¹⁹ Já Reconhecida como uma doença do sistema reprodutivo pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

²⁰ Mascarenhas, M.N., Flaxman, S.R., Boerma, T., Vanderpoel, S., e Stevens, G.A. (2012). National, Regional, and Global Trends in Infertility Prevalence Since 1990: A Systematic Analysis of 277 Health Surveys. PLoS Med. 9, 1–1

²¹ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: A filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2010 – pag 42

3.3 CLASSIFICAÇÕES

Quando falamos em reprodução assistida, é necessário esclarecer que esta não é exclusivamente uma técnica de fecundação feita em laboratório, ela também pode ocorrer quando o casal recebe orientações para programar suas relações de forma a facilitar a fecundação.

Conforme explica a professora Ana Cláudia Scalquette²²:

A assistência à reprodução pode se dar, destarte, de duas maneiras: apenas em forma de aconselhamento e acompanhamento de periodicidade da atividade sexual do casal a fim de otimizar as chances de que ela resulte em uma gravidez; ou pelo emprego de técnicas médicas avançadas, de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo, objetivando viabilizar a fecundação.

De acordo com a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina²³, a técnica de Reprodução Assistida tem o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes. Objetivando, portanto, melhorar o relacionamento dos casais, e obviamente melhorar a condição de vida da família, que tem como objetivo final o bem-estar e a dignidade do ser humano.

As diferentes variantes técnicas do conjunto da reprodução assistida podem ser reunidas em dois grupos, sendo eles, a reprodução assistida homóloga e a reprodução assistida

²² SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Estatuto da Reprodução Assistida – São Paulo: Saraiva, 2010

²³ 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.

heteróloga, estas serão classificadas a depender da origem corporal do material genético que será utilizado na técnica, sendo a última a única que realmente gera consequências interessantes ao ordenamento jurídico.

Conceituando de forma rápida fecundação artificial homóloga é aquela em que é usado somente o material biológico dos pais - pacientes das técnicas de reprodução assistida. Não há a doação por terceiro anônimo de material biológico (espermatozoide, óvulo ou embrião), sendo utilizada para os casos em que este não possui capacidade de fecundação pelo ato sexual normal.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa²⁴:

A inseminação homóloga pressupõe que a mulher seja casada ou mantenha união estável e que o sêmen provenha do marido ou companheiro. É utilizada em situações nas quais, apesar de ambos os cônjuges serem férteis, a fecundação não é possível por meio do ato sexual por várias etiologias (problemas endócrinos, impotência, vaginismo etc..).

Assim em casos de inseminação homóloga é indiscutível a responsabilidade do cônjuge, sendo, inclusive, desnecessária a sua autorização para efetivação do procedimento no que concerne a presunção de paternidade, desde que realizado na constância da união. Os direitos aqui são presumidos e incontestáveis, sendo a filiação assegurada por lei.

Importante ressaltar que a presunção contida no artigo 1.597 do Código Civil para a maioria dos autores só é válida quando que na constância do casamento, se tratando de União Estável, o reconhecimento da criança deve ser realizado através de qualquer das hipóteses legais para o reconhecimento de filhos.

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;;

²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito das Sucessões. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6. p.232.

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

Vemos, portanto, que, no aspecto geral, não são verificadas grandes polêmicas ou discussões acerca da filiação ou dos direitos do indivíduo gerado por meio dessa técnica, quando esta é realizada por parceiros conjugais, durante a união e em vida.

Entretanto o mesmo não ocorre quando começam a aparecer questões que remetem aos direitos sobre o material genético do marido já falecido, quando ainda não foi realizado o procedimento de implantação no que tange aos direitos sucessórios.

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido

Para José Roberto Moreira Filho:²⁵

Pelo fato da concepção se dar após o falecimento da pessoa que forneceu o gameta, não há que se falar em direitos sucessórios à criança. Entretanto, o referido autor lembra que existem correntes doutrinárias que defendem os direitos sucessórios à criança, desde que o *de cuius* assim lhe assegure através de testamento.

Temos, portanto, que a fecundação artificial post mortem é temática aberta e bastante controversa em nosso direito e, assim, apta para as mais diversas interpretações, estas não relevantes para o tema abordado no presente estudo.

A segunda classificação e de importe entendimento para o tema é quanto a inseminação artificial heteróloga, prevista no art. 1.597 do Código Civil, que se dá quando espermatozoide ou o óvulo utilizado na fecundação, ou até mesmo ambos, são provenientes de terceiros.

²⁵ MOREIRA FILHO, José Roberto. *Conflitos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida. Bioética e Biodireito*, Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 2002. p.9

Lôbo²⁶ define a inseminação artificial heteróloga:

Se dá quando é utilizado sêmen de outro homem, normalmente doador anônimo, e não o marido, para a fecundação do óvulo da mulher. A lei não exige que o marido seja estéril ou, por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar. A única exigência é que tenha o marido previamente autorizado a utilização de sêmen estranho ao seu.

Como já citado por Lobo em sua definição a única exigência da lei, é que tenha o marido previamente autorizado a utilização de sêmen estranho ao seu. Assim, no campo jurídico penal, a reprodução heteróloga, com sêmen de doador sem o consentimento do marido.

Ao contrário do que ocorre na reprodução assistida homologa, aqui podemos citar os mais variados problemas jurídicos e morais, como cita Maria Helena Diniz²⁷:

- a) Desequilíbrio da estrutura básica do matrimônio, por contrariá-la no que atina ao pressuposto biológico da concepção, que advém do ato sexual entre pai e mãe. [...]
- b) Possibilidade de transexual ou homossexual pretender que companheira obtenha filho por meio dessa inseminação. [...]
- c) Falsa inscrição no registro civil, ante a presunção legal de que é filho do marido o concebido por meio de inseminação artificial heteróloga durante o casamento, desde que haja prévia autorização do marido. [...]
- d) Dúvida se o homem poderia, livremente, dispor ou ceder seus componentes genéticos [...]. [...]
- f) Introdução numa família de pessoa sem o patrimônio genético correspondente ao do marido, embora tenha 50% do da mãe, o que poderá comprometer a transcendência genética;
- g) Arrependimento do marido após a realização da fecundação artificial, sugerindo o aborto, ou depois do nascimento, gerando infanticídio;
- h) Alegação de que houve adultério da mulher e não a inseminação artificial heteróloga pelo marido enganado [...]

Assim, temos que com as técnicas de reprodução assistida, dentre elas e especialmente a que enseja este trabalho, a maternidade de substituição, nascem outros vínculos com o

²⁶ LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. O Estado atual do Biodireito. 4.ed. rev. e atual. conforme a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2007, pag 507 -512

direito, novos desdobramentos técnicos e jurídicos, alterando de forma relevante o que sabemos como estabelecer uma família.

Segundo Caio Mario²⁸ a cada evolução feita no âmbito da ciência, se faz necessário um debate no âmbito jurídico:

Quando a ciência biológica anuncia processo de inseminação artificial, para proporcionar a gestação sem pressuposto fisiológico das relações sexuais, eclode uma série de implicações jurídicas, tais como, a indagação do status da filiação, a necessidade de autorização da mulher, a anuência do marido, o registro do filho, afora o problema da inseminação contra a vontade de qualquer dos cônjuges, ou a sua realização sem o conhecimento ou declaração da paternidade. Todos estes assuntos têm sido debatidos pelos civilistas em congressos, conferências, monografias, estudos publicados em revistas especializadas.

Diante das palavras do autor podemos concluir que há uma preocupação com a falta de legislação bem como os problemas de ordem ética, moral e jurídica que podem advir da utilização de técnicas de reprodução humana

3.4 REPRODUÇÃO HUMANA "POST MORTEM"

Assunto de grande desafio ao ordenamento jurídico brasileiro devido a falta de clareza e regulamentação diz respeito à reprodução após a morte, que acaba por gerar conflitos quanto ao direito sucessório dos filhos concebidos após a morte do pai biológico e ao direito de personalidade, que este embrião fecundado em laboratório terá – como argumenta Silvio Salvo de Venosa²⁹:

Também é possível que a mulher seja fecundada com sêmen de seu marido, após sua morte. O novel Código reporta-se a essa hipótese no inciso III. O congelamento do sêmen abre essa possibilidade. No sistema de 1916, não vigoraria, nesse caso, a presunção de paternidade se o nascimento se desse após os 300 dias da morte do marido (artigo 308, inciso III do Código de 1916). Sem disposição legal específica, caberia ao filho ingressar com ação de investigação de paternidade. Ademais, o filho, aplicando-se textualmente a Lei, não poderia ser considerado herdeiro do pai, porque não vivia nem fora concebido quando da abertura da sucessão.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio Janeiro: Editora Forense, 2010 – pag 11

²⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 14. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2014 - p. 262)

Como veremos há uma grande divergência na doutrina e na jurisprudência no que tange principalmente ao reconhecimento dos direitos sucessórios do filho havido em reprodução assistida *post mortem*.

O Código Civil Brasileiro dispõe em seu artigo 1.798, que somente são legítimos para suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, não fazendo menção alguma, aos filhos concebidos após a morte do autor da herança, entretanto em contrapartida, no caso da sucessão testamentária o no artigo 1.800, § 4º podemos ver que caso tenha ocorrido dois anos após a abertura da sucessão e o herdeiro não for concebido, os bens reservados a ele caberão aos herdeiros, a não ser que o testador deixe disposição contrária expressa.

A doutrina majoritária então, baseando –se nos princípios da igualdade entre os filhos, da liberdade e o direito ao planejamento familiar - entende que o filho concebido em reprodução assistida *post mortem* tem os mesmos direitos sucessórios que os outros filhos, tanto na sucessão legítima quanto na testamentária.

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

(...)

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;” (destacamos).

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.”

No cenário atual as técnicas de reprodução assistida recebem tratamento por meio de regras de deontologia médica – que apesar de não possuírem força normativa, servem como paradigma ético-médico para sua utilização, não deixando de fora também a reprodução assistida *post morte*, afirmando que desde que o falecido autorize previamente o uso de seu material biológico criopreservado: “*Não constitui ilícito ético a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente*”³⁰

³⁰ Resolução n.1.9577/2010 do Conselho Federal de Medicina, seção VIII, item 1.

O paradigma que essas normas trazem ao ordenamento é utilizada por nossos legisladores em seus julgados como foi pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em sede de apelação³¹:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE POST MORTEM C/C ANULATÓRIA DE REGISTRO CIVIL. PROCEDÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO INDISPENSÁVEL. APRESENTAÇÃO EM CONTRARRAZÕES. IRREGULARIDADE SANADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. DECISÃO ANTERIOR DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA JUDICIAL. INÉRCIA DOS RÉUS NO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXAME NÃO REALIZADO. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE PREVALÊNCIA DO PARENTESCO SOCIOAFETIVO. DESCABIMENTO. INSTITUTO QUE SE LEGITIMA NO INTERESSE DO FILHO. DIREITO PERSONALÍSSIMO, INDISPONÍVEL E IMPRESCRITÍVEL DOS AUTORES. EXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO REGISTRAL QUE NÃO OBSTACULIZA A BUSCA DA IDENTIFICAÇÃO DO VÍNCULO BIOLÓGICO. LAUDOS MÉDICOS QUE INDICAM A RELAÇÃO DE PATERNIDADE DOS REQUERENTES COM O INVESTIGADO. LIAME GENÉTICO INEQUÍVOCO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Em relação a presunção de paternidade temos o entendimento de que só deve ser presumida a paternidade do marido falecido se houver expressa autorização do de *cujus* para a utilização do seu material genético após a morte, como entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça em seu enunciado de número 106 da 1ª Jornada de Direito Civil³² que trata do assunto:

Enunciado 106. Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Deste modo, podemos chegar à conclusão de que caso não haja a previsão expressa do marido e mesmo assim ocorra o uso, considerar-se-á que o gameta utilizado pertence a doador anônimo e, por conseguinte, não será atribuída a paternidade ao falecido; a filiação será reconhecida sem maiores problemas então, desde que presente os requisitos estipulados

³¹ TJ-SC, Apelação Cível n. 2011.060510-3, Quinta Câmara de Direito Civil, Relator: Sérgio Izidoro Heil, Data de Julgamento: 23/07/2014

³² As Jornadas de Direito Civil surgiram por iniciativa do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça e jurista Ruy Rosado de Aguiar. A partir da experiência argentina, foi adotado um sistema de aprovação de enunciados, visando a elucidar o conteúdo do então Novo Código Civil Brasileiro

pela Resolução n. 1.957/10 do CFM³³ e já consolidados pelo Provimento de numero 63³⁴ do Conselho Nacional de Justiça , sendo então a sucessão possível àqueles filhos ainda não concebidos, desde que prevista em testamento.

3.5 EMBASAMENTOS JURÍDICOS PARA A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A primeira vez em que a ideia de direitos reprodutivos foi claramente formulada ocorreu em 1994 na Conferencia Mundial sobre a População e Desenvolvimento convocada pela ONU e confirmada posteriormente em 1995 pela Conferencia internacional de Pequim.

No capítulo VII, que trata dos Direitos da Reprodução e Saúde Reprodutiva³⁵, o texto traz que:

A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que deem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio.

No ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988, se propôs fundamentar as relações com base na prevalência dos direitos humanos, reconhecendo a existência de limites à soberania estatal. Assim a Lei Suprema em seu parágrafo 2º do artigo 5º permitiu a possibilidade de serem reconhecidos direitos fundamentais não escritos.

³³ RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010 : resolve dotar as NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

³⁴ Provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça: Art 17, § 2º Nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados nos incisos do *caput* deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

³⁵ Conferencia Mundial sobre a População e Desenvolvimento, ONU, 1994: 62

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Fundamental então dizer que, apesar de o direito a reprodução não estar expressa em nossa Constituição, ele deve ser visto como decorrência lógica do sistema constitucional pátrio que permite o reconhecimento dos direitos implícitos. Ao fixar direitos fundamentais à liberdade, à saúde e à liberdade o legislador forneceu os pilares necessários ao reconhecimento do direito de procriar.

O artigo 226, caput diz que a família é a base da sociedade, gozando de especial proteção por parte do Estado e ainda, no mesmo artigo em seu parágrafo 7º declara o direito a um planejamento familiar³⁶ fundado no princípio da dignidade humana e da paternidade responsável.

Sobre o princípio da dignidade humana Sarlet³⁷ o define:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A Lei de Planejamento Familiar (Lei 9263/96) considera o mesmo 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.. Para tanto, garante um conjunto de ações de regulação

³⁶ Assegurado pela Constituição Federal e também pela Lei nº 9.263, de 1996, o planejamento familiar é um conjunto de ações que auxiliam as pessoas que pretendem ter filhos e também quem prefere adiar o crescimento da família.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Sexta edição, revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.63.

da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, visa à saúde reprodutiva de todo indivíduo e garante que para o exercício deste direito dispondo em seu artigo 9º que : “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”

Em seu artigo 3º paragrafo único, fica claro a promoção da saúde reprodutiva de seus indivíduos:

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;

II - o atendimento pré-natal;

III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;

IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis;

V - o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis

O planejamento familiar garantido na Constituição, que pode ser traduzido como projeto parental. Em outras palavras, a tentativa de garantir a saúde reprodutiva de todas as pessoas potencializa o livre desenho do projeto parental de cada uma delas.

Assim, podemos afirmar que o direito á utilização da técnicas de reprodução assistida está implícito no regulamento pátrio, o direito à reprodução assistida não seria, por si só, um direito fundamental. Ele estaria situado no âmbito do direito fundamental à saúde e só seria garantido gratuitamente aos cidadãos que efetivamente possuíssem problemas de saúde reprodutiva.

4. A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

4.1 CONCEITO

A maternidade por substituição é um fenômeno recente, que teve início na década de 1990 e vem gerando consequências nos planos científico, social e jurídico da sociedade. Apesar de ser considerada recente, a maternidade de substituição, já era mencionada na antiguidade:

Sarai, mulher de Abrão, não lhe tinha dado filho; mas, possuindo uma escrava egípcia, chamada Agar, disse a Abrão: "Eis que o Senhor me fez estéril; rogo-te que tomes a minha escrava, para ver se, ao menos por ela, eu posso ter filhos." Abrão aceitou a proposta de Sarai.³⁸

A maternidade de substituição também conhecida por “ barriga de aluguel”, é apontada por muitos doutrinadores como sendo o ato pelo qual há a cessão de útero para a gestação de filho concebido pelo material genético de terceiro, a quem a criança deverá ser entregue após o nascimento, assumindo assim a mulher desejosa ou fornecedora do material genético a condição de mãe. A técnica abordada no trabalho em questão trouxe a uma serie de pessoas a possibilidade de gerar filhos, apesar de suas limitações biológicas, como por exemplo, casais de homossexuais; pessoas que não possuem parceiro, mas gostariam de ter filhos; mulheres com alguma deficiência congênita ou adquirida que lhes impede de gestar; mulheres capazes de gestar, mas que não são biologicamente capazes de produzir óvulos saudáveis, dentre outros³⁹.

Segundo Maria Berenice Dias⁴⁰ a maternidade deve ser vista sob outros aspectos para se averiguar a parentalidade:

³⁸ Bblia Sagrada, A.V., s.d, Génesis, 16:1-2

³⁹ ARAUJO, N., VARGAS, D., MARTEL, L.C.V. Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado Direito Internacional Contemporâneo, Curitiba, 2014, pag 210

⁴⁰ 2011, PAG 83

Não se pode mais levar em conta apenas os aspectos genéticos, biológicos, gestacionais e afetivos, ou até mesmos legais, para a averiguação da parentalidade. Somos parte de algo muito maior, em que a doença da infertilidade fez com que a ciência viabilizasse a formação de vida fora do corpo, e mais, a gestação fora do útero materno, colaborando ainda a cessão de útero para que hipóteses de esterilidade do casal sejam suprimidas por meio de embrião doado por outrem e utilizando o útero emprestado de mulher estranha à relação, realizando-se então o sonho da maternidade e da paternidade. Nesse mesmo sentido, devemos mencionar a possibilidade de utilização da técnica por pessoa que não detenha propriamente patologia que impossibilite a procriação. Ao aplicá-la em casos em que o desejo de ser mãe ou pai é exercido por casais homossexuais, enfrenta-se a inexistência de infertilidade ou de esterilidade, mas ela é utilizada em quem, no exercício de sua sexualidade, copula apenas com pessoas do mesmo sexo; não se pode exigir-lhe que, para a obtenção de descendência, pratique sexo com quem o repulsa, em respeito à sua dignidade humana.

Ainda sobre o conceito é importante destacar que o termo mais comumente empregado, “ barriga de aluguel” é utilizado erroneamente, pois a maternidade de substituição só é autorizada pelo Conselho Federal de Medicina quando não possui fins lucrativos⁴¹, e o contrato de aluguel em tese pressupõe o pagamento em contrapartida ao usufruto de bem móvel ou imóvel, assim a gestação caso envolva dinheiro, será considerada criminosa, sendo justificado com o fato de que, constitucionalmente, é proibido no país trocar órgãos ou tecidos por dinheiro.

4.2 LEGISLAÇÃO COMPARADA E O “CASO BABY M”

Esta prática no âmbito do direito internacional convive com diversas percepções a cerca da maternidade de substituição, existem países em que a locação do ventre é amplamente admitida - trazendo legislações sobre e formas de contrato - outros que permitem de forma restrita e ainda aqueles que proíbem expressamente a técnica.

Na legislação comparada, em caso de conflito de maternidade, o que tem prevalecido de maneira geral, é que a mãe é a que dá a luz a criança, seria aquela estabelecida pelo parto e

⁴¹ Resolução 2121/2015, do CFM: “a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”

não pela sua genética, sendo assim em países como a França, Suíça e Espanha⁴².

Em países como a Índia, por exemplo, a prática do comércio da gestação de substituição é legal desde 2002, mulheres indianas disponibilizam seu útero para a prática, fazendo com que casais do mundo todo procurem o país em razão da ampla oferta e baixo custo. Em média para se contratar os serviços na Índia, um casal gasta apenas 20 mil dólares, enquanto que nos Estados Unidos o valor pode ficar entorno de 280 mil dólares⁴³.

Já nos Estados Unidos as decisões têm apontado que a mãe da criança é aquela que fornece o material genético. Entretanto é importante salientar que no caso do país em questão por não haver uma legislação clara e precisa, acabou por fazer com que surgissem diversas outras, trazendo contradições nas quais fazem com que cada estado siga a sua própria. Assim em alguns estados o contrato é aprovado, havendo regras expressas que autorizam a realização de gestação por substituição a título oneroso, enquanto em outros há o total repúdio, como podemos observar no seguinte trecho⁴⁴:

A jurisprudência norte-americana, entretanto, concorda que o Estado não pode proibir a um casal a decisão de engendrar e dar à luz a um filho. Esta decisão é o fundamento do acordo da maternidade de substituição e se revela como alternativa constitucionalmente protegida. Uma vez que o casal decidiu ter um filho, o método empregado (reprodução natural, inseminação artificial ou maternidade de aluguel) deve ser interpretado como parte dessa ampla garantia constitucional”.

⁴² O artigo 341 do Código Civil francês dá prioridade à mãe que teve a gravidez e o parto sobre a mãe genética. No direito suíço, conforme o artigo 251/1 do Código Civil, a mulher que dá à luz é considerada mãe da criança. Na Espanha, a Lei n. 35/88 determina que a filiação dos filhos gerados por maternidade de substituição será determinada pelo parto

⁴³ <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/10/1825894-india-votara-lei-que-proibe-barriga-de-aluguel-para-casais-estrangeiros.shtml>

⁴⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito : aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos, cit., p.186

Como exemplo, podemos citar o “ caso Baby M”⁴⁵, primeiro caso em que a justiça americana enfrentou as questões envolvidas em um contrato de maternidade por substituição, através deste que as inovações trazidas pelas técnicas de reprodução assistida foram colocadas como uma questão de interesse social. O dilema que envolve esse caso reside no fato de que Mary Beth, a mãe gestacional, se negou a entregar a criança (uma menina) ao casal Stern após seu nascimento. Decidido pelo juiz Harvey Sorkow que o contrato inicial firmado pelo casal era válido e cabia aos pais biológicos a paternidade da criança, fundamentado no princípio do “melhor interesse da criança”.

4.3..ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

No Brasil, a maternidade por substituição não é regulamentada por norma legal que a permita, tampouco que a proíba, não sendo claramente definida tanto pelos seus tribunais como por seus legisladores, , o que temos na realidade é uma resolução do Conselho Federal de Medicina que trata das técnicas de reprodução assistida, que abordou o tema pela primeira vez 1992 através Resolução nº 1.358/1992⁴⁶ – prevendo que as doadoras temporárias devem pertencer à família da doadora genética e que esta cessão temporária não pode ocorrer de forma onerosa.

1- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o quarto 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

⁴⁵ Caso Baby M.: William e Elizabeth Stern não podiam ter filhos, em razão de doença da mulher. Contrataram então com Mary Beth Whitehead e seu marido, que ela seria inseminada artificialmente com esperma do Senhor Stern, entregando-se a criança a ele e à sua esposa após o parto (que nos Estados Unidos recebe o nome de surrogate motherhood). Depois do nascimento da criança, a Senhora Whitehead arrependeu-se do pacto, negando-se a entregar o bebê ao casal Stern, oferecendo-se para devolver o dinheiro que havia recebido. O Tribunal decidiu que a criança devia ser entregue aos Sterns, mas garantiu o direito de visita à Senhora Whitehead, tendo considerado prioritariamente o melhor interesse da criança que, afinal, é o elemento mais importante para orientar solução desses problemas (Disponível em: <<http://bioetica.udesarrollo.cl/html/documentos/documentos/CasoBabyM.pdf>> . Acesso em: 21 nov . 2018

⁴⁶PORTAL MÉDICO. Resolução CFM nº 1.358/1992. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 21/11/2018

Podemos ainda afirmar que na ausência de legislação específica a doutrina se ampara em princípios balizadores da técnica em questão, ética, bioética, diretrizes do Conselho Federal de medicina e principalmente sobre aqueles que defendem os direitos da criança.

Conforme bem diz o professor Lucas Abreu Barroso⁴⁷:

O sistema jurídico não é pronto e acabado. Quantas injustiças ocorreriam, se o fosse. Enquadrar as incontáveis possibilidades econômico-sociais em normas preestabelecidas é querer recortar o indivíduo do tamanho do direito, sendo preferível flexibilizar o direito de acordo com a atuação humana no contexto da comunidade política. Esse é o sentido do direito hoje.

Podemos ver que a jurisprudência⁴⁸ em se tratando de temas relacionados á Barriga de aluguel tem se demonstrado flexível e tentando se enquadrar aos dias atuais, na apelação a seguir se trata de um v. acórdão no qual a primeira turma manteve a sentença e concedeu 180 dias de licença maternidade à autora. Sendo necessário salientar que até pouco tempo atrás, a jurisprudência e a doutrina brasileira pugnavam no sentido de que a maternidade era estabelecida pelo parto, a qual somente era considerada mãe jurídica aquela que concebeu e deu a luz à criança.

⁴⁷ In A realização do Direito Civil: entre normas jurídicas e práticas sociais, p. 255/283

⁴⁸ APELAÇÃO CÍVEL Nº 534999 PE (0004161-23.2011.4.05.8300) APTE : RENATA DE MESQUITA VALADARES

APELAÇÃO CÍVEL Nº 534999 PE (0004161-23.2011.4.05.8300)

APTE : RENATA DE MESQUITA VALADARES

ADV/PROC : ISABELA GUEDES FERREIRA LIMA E OUTROS

APTE : UFPE - UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

REPTE : PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

APDO : OS MESMOS

ORIGEM : 12ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO - PE

RELATOR : JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Primeira Turma

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA MATERNIDADE. PRAZO DE 180 DIAS. FERTILIZAÇÃO “IN VITRO” EM “BARRIGA DE ALUGUEL”. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA.

1. Hipótese em que a autora tendo realizado fertilização “in vitro” e gestação em “barriga de aluguel”, em virtude das dificuldades em engravidar, pretende seja reconhecido o seu direito à licença maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta dias) dias e não de 150 (cento e cinquenta) dias como deferido pela UFPE, bem como indenização por

danos morais.

2. Devem ser computados aos prazos previstos nos artigos 207 e 210, da Constituição Federal, os prazos estabelecidos nos Decretos nºs. 6.690/2008 e 6.691/2008, resultando o benefício de 180 (cento e oitenta) dias para a mãe gestante e 150 (cento e cinquenta) dias para a mãe adotante.

3. A autora é, efetivamente, mãe biológica, não importa se a fertilização foi “in vitro” ou com “barriga de aluguel”. Os filhos são sanguíneos e não adotivos. A autora faz jus à licença maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, o que se justifica, sobretudo, por serem 03 (três) os filhos.

4. Quanto ao pedido de indenização por danos morais, conforme posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o mero dissabor não gera o direito à indenização por danos morais.

5. “O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige” (REsp 898.005/RN, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 19/06/2007, DJ 06/08/2007 p. 528).

6. Apelação a que se nega provimento.

VOTO

O JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (Relator): Hipótese em que a autora tendo realizado fertilização “in vitro” e gestação em “barriga de aluguel”, em virtude das dificuldades em engravidar, pretende seja reconhecido o seu direito à licença maternidade pelo

período de 180 (cento e oitenta dias) dias e não de 150 (cento e cinquenta) dias como deferido pela UFPE, bem como indenização por danos morais.

Penso que a r. sentença não merece reparos

Vejamos.

A Lei nº. 8.112/90 assegura a licença maternidade, diferenciando o prazo da licença concedida à mãe gestante do prazo concedido à mãe adotante, nos seguintes termos:

Art. 207. Será concedida licença à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração. (Vide Decreto nº 6.690, de 2008)

Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada. (Vide Decreto nº 6.691, de 2008)

Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.

Devem ser computados aos prazos acima previstos, os dos Decretos nºs. 6.690/2008 e 6.691/2008, resultando o benefício de 180 (cento e oitenta) dias para a mãe gestante e 150 (cento e cinquenta) dias para a mãe adotante.

Considerando que não há previsão legal para a hipótese dos autos (fertilização “in vitro” com gestação em “barriga de aluguel”), a solução deve ser analisada com base no art. 4º, da Lei de introdução ao Código Civil, como bem entendeu a MM. Juíza a quo, nos seguintes termos:

Diante dessa omissão legislativa é que surge o presente litígio, cuja solução é alcançada por meio do que dispõe o art. 4º da Lei de introdução ao Código Civil, in verbis:

Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Diante disso, a questão é saber se, por analogia, o caso apresentado aos autos, desprovido que é de expressa previsão legal, merece o tratamento dispensado à mãe gestante ou aquele dispensado à mãe adotante.

No entender deste Juízo, deve-se dispensar à autora o mesmo tratamento legal conferido à mãe gestante.

No tipo de concepção apresentado, fertilização in vitro para o desenvolvimento do feto no útero de outra mulher, a mãe biológica, embora não sofra com os procedimentos da gestação e do parto, é submetida a diversos outros procedimentos a fim de propiciar referida fertilização, além de acompanhar diuturnamente seu filho sendo gestado em útero alheio, o que significa, necessariamente, conseqüências

psicológicas típicas de uma mãe gestante.

Já em relação à mãe adotante, a mesma não é submetida, ao menos em tese, a qualquer procedimento de intervenção médica, não chegando, inclusive, na maioria das vezes, a acompanhar a gestação ou a presenciar o parto.

Conforme já realçado acima, o benefício em questão é promovido para suprir uma necessidade imediata da criança, cujo bom desenvolvimento físico e mental depende da atenção que lhe é dada, principalmente pela mãe, nos primeiros meses de vida. A mãe também necessita de tempo para se dedicar aos filhos, mormente quando se trata de trigêmeos, como no caso em análise.

Uma que uma mãe em tal situação aproxima-se mais da condição da mãe gestante do que da condição de mãe adotante, porquanto a distinção entre essas duas é justamente o laço genético havido com a criança, sendo a mãe que opta por conceber um filho através de aludido método mãe biológica tal qual uma mãe gestante.

Pelo exposto, verificados os motivos acima, é de se entender que o tratamento legal em que se enquadra a autora deve ser o mesmo da mãe gestante, sendo-lhe, pois, devido o benefício da licença maternidade a ser gozado no período de 180 (cento e oitenta) dias.

Destarte, a autora é, efetivamente, mãe biológica, não importa se a fertilização foi “in vitro” ou com “barriga de aluguel”. Os filhos são sanguíneos e não adotivos. A autora faz jus à licença maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, o que se justifica, sobretudo, por serem 03 (três) os filhos.

Devido a falta de legislação pertinente ao tema o Conselho Federal de medicina vem constantemente editando resoluções a respeito, atualmente a instituição médica, por meio da Resolução n. 2.121/2015⁴⁹ do CFM é quem estabelece as regras para a utilização da técnica empregada, “adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida — sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13⁵⁰” (sic).

⁴⁹ RESOLUÇÃO CFM nº 2.121/2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119.

⁵⁰ PORTAL MÉDICO. Resolução CFM nº 2.013/13. 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. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2018

A última resolução do conselho de número 2.168/17⁵¹ amplia ainda o número de parentes que podem ceder o útero para uma gravidez - antes somente familiares ascendentes, como avó, mãe e tia, poderiam receber o óvulo da doadora - trazem ainda pontos importantes como descarte de embriões, gestação compartilhada e de substituição, reforça a importância do termo de consentimento livre e esclarecido e a defesa da autonomia de médicos e de pacientes.

4.4 CONTRATO GESTACIONAL

No plano jurídico, podemos afirmar que é função do Estado impedir lesões e violações aos direitos adquiridos pelo ser humano desde o seu nascimento pela Constituição Federal. A adequação da legislação vigente visa à normatização da situação dos casos em que ocorra a maternidade de substituição, não sendo uma lei de caráter geral.

Importante ressaltar que o disposto na Constituição Federal em seu artigo 199, §4^{o52}, no qual há expressa proibição e comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, o aluguel temporário do útero não pode ser confundido como uma forma de compra e venda de órgão ou tecido do corpo humano, como destaca Eduardo Leite⁵³:

É evidente que a utilização do útero não se encontra incluída no referido dispositivo constitucional. O procedimento não é assimilável ao transplante de órgão, nem à pesquisa, nem ao citado tratamento. Também não ocorre remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas.

⁵¹PORTAL MÉDICO Resolução CFM nº 2.168 de 2017
<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168> Acesso em: 21 de novembro de 2018

⁵²Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

[...]

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

[...]

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

⁵³ 1995, p. 405

Assim, a cerca da validade jurídica do contrato de maternidade realizado entres os pais genéticos e a mãe substituta é obrigatória que haja o Termo de Consentimento informado, no qual há a vontade manifesta de forma livre e consciente, trazendo para o contrato efeito pecuniário referente aos gastos concernentes ao procedimento e não ao “aluguel” da barriga. Aqui a cessão temporária do útero é o objeto contratado, tendo que ser respeitado o vedamento do caráter lucrativo, apresentando a solidariedade familiar, portanto lícita, cumprindo o que determina o Código Civil:

Art. 14, É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Deve ser observado ainda a boa -fé objetiva na realização do contrato, já que as partes ingressam na relação jurídica pela solidariedade familiar, atendendo ainda a função social do contrato ao interesse social de proteção de instituição familiar e da reprodução. Desejável, ainda, que as partes sejam esclarecidas de todos os possíveis riscos legais e incertezas decorrentes da matéria objeto do contrato, além de claramente estabelecer questão da filiação da criança após o seu nascimento, bem como a garantia de seu registro civil pelo casal.

As partes do contrato em questão devem obedecer ao disposto no artigo 104⁵⁴ do Código Civil, no qual o sujeito deve ser capaz e ainda atender aos requisitos da Resolução 2013 do Conselho Federal de Medicina, na qual diz que a mãe temporária deve estar adequada clínica e emocionalmente, respeitando o grau de parentesco e a idade máxima de 50 anos, além dos aspetos médicos, biológicos, jurídicos, econômicos, entre outros⁵⁵.

⁵⁴ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei

⁵⁵ Resolução CFM nº 2.013/13 . 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 parentes coconsanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau

Assim podemos afirmar que o contrato de maternidade de substituição possui respaldo legal, assegurando o desenvolvimento da família e respeitando os princípios constitucionais, trazendo para os sujeitos do contrato segurança jurídica, devendo então ser considerado válido.

4.5 CONFLITO DE MATERNIDADE: QUEM É A MÃE?

4.5.1 TIPOS DE MÃE

No caso da gravidez por substituição há várias hipóteses de conflitos em relação à maternidade, quais sejam o da mulher que desejou construir o vínculo parental, mas não pode ter filhos; a mulher doadora do material genético e o da mulher que gestou o bebê, bem como o melhor interesse da criança que é o que irá prevalecer como aponta Gama⁵⁶.

Como veremos adiante o princípio romano da mater semper cert est, que significa dizer “sabe-se certamente quem é a mãe” já não se aplica mais aos tempos atuais com o

– 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 doará 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

⁵⁶ GAMA, Guilherme Calmom Nogueira da. Ob. Cit., p. 485.

advindo das técnicas de reprodução, fazendo com que indagações surgissem tanto no campo social, quanto no jurídico como podemos ver no trecho de Regina Feiuza Sauwer⁵⁷:

Inversamente a que ocorre com a paternidade, o desenvolvimento de Procriação Assistida e o uso do “útero de aluguel” colocaram em dúvida o principio da maternidade certa Mater semper certa est! Quem é a mãe: a que cedeu o óvulo, a que gestou a criança ou a que encomendou e se propõe a educa-la?

No que tange saber Jussara Meirelle⁵⁸ sobre o assunto melhor define as modalidades de mãe presentes na gestação de substituição:

[...] a gestação por outrem assume diferentes formas, e, para delinear-las, devem-se distinguir, inicialmente, três figuras essenciais, chamadas aqui hipoteticamente, de mães, que pertencem a categorias diferenciadas conforme a sua participação no pacto efetuado: a mãe social (S) é a que pretende o filho, a mãe genética (G) é a doadora do óvulo que, fecundado, dará a origem a criança, e a mãe biológica (B), também denominada mãe hospedeira, ou mãe substituta, ou mãe portadora, é a que cede o útero, mantendo a gestação em favor da mãe social. Admitindo-se que as categorias aqui elencadas podem confundir –se na mesma pessoa, tem-se as seguintes hipóteses mais observáveis na prática: a) fertilização in vitro, em qualquer óvulo e sêmen são provenientes do casal interessado e implantado no útero, a mãe hospedeira mantém a gestação (S = G); b) através de inseminação artificial ou de fertilização in vitro, a mãe portadora tem um óvulo seu fecundado com o sêmen do marido ou do companheiro da mãe social e, mantém a gestação para o casal interessado. Nesse caso, a mãe hospedeira é também mãe genética, enquanto a mãe social nenhuma participação biológica tem na gravidez (B = G.)

Correto então dizer que no caso da maternidade de substituição teremos a mãe portadora, aquela que recebe um óvulo já fecundado, com gametas do casal – é aquela que irá gestar o bebe; a mãe biológica como sendo aquela que contribui com o seu material genético que também poderá doar seu útero e não somente o material e por último a mãe social, como sendo aquela responsável pelo desencadeamento do processo e pela futura criação da criança. Diante de tantas pessoas envolvidas no processo da maternidade se faz necessário expor quem de fato será considerada a mãe do bebe e como procederá seu registro.

⁵⁷ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWEZ, Severo. O Direito “in vitro Da bioética ao biodeireito. Rio de Janeiro Lumen Juris. 2ªEd. 2001. p. 87

⁵⁸ MEIRELLES, Jussara. Gestação por outrem e determinação da maternidade. Curitiba. Gêneses, 1998, p. 69.

4.5.2 POSIÇÃO DOUTRINARIA

Mãe, seria aquela que desejando ter um filho, dá a luz a uma criança, no entanto a ciência trouxe a dissociação de tais fatores, fazendo se necessário uma análise das circunstancias para determinar quem seria a mãe. Diante das inúmeras mudanças que ocorrem no modelo clássico de determinação dos vínculos familiares, foi encontrar um novo paradigma para o conceito de família que esteja de acordo com a sociedade atual.

Em virtude da ausência de dispositivo legal, havia o entendimento, por parte dos doutrinadores, que a maternidade é estabelecida pela gestação e pelo parto, ou seja, que a mãe jurídica é aquela que dá à luz, entretanto segundo afirma Taisa Maria Macena de Lima⁵⁹, a maternidade jurídica deve amoldar-se à maternidade de intenção.

Maria Helena Diniz⁶⁰ ensina ainda que, “independentemente da origem genética ou gestacional, mãe seria aquela que manifestou a vontade procriacional, recorrendo a estranho para que ela se concretizasse”

Assim podemos dizer que definir 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.

⁵⁹ LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biomédicas. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 252

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena, *O estado atual do biodireito*, cit., p. 580

Diante das palavras de Maria Berenice Dias⁶¹, podemos descrever de melhor forma o que se passa:

Não se pode mais levar em conta apenas os aspectos genéticos, biológicos, gestacionais e afetivos, ou até mesmos legais, para a averiguação da parentalidade. Somos parte de algo muito maior, em que a doença da infertilidade fez com que a ciência viabilizasse a formação de vida fora do corpo, e mais, a gestação fora do útero materno, colaborando ainda a cessão de útero para que hipóteses de esterilidade do casal sejam suprimidas por meio de embrião doado por outrem e utilizando o útero emprestado de mulher estranha à relação, realizando-se então o sonho da maternidade e da paternidade. Nesse mesmo sentido, devemos mencionar a possibilidade de utilização da técnica por pessoa que não detenha propriamente patologia que impossibilite a procriação. Ao aplicá-la em casos em que o desejo de ser mãe ou pai é exercido por casais homossexuais, enfrenta-se a inexistência de infertilidade ou de esterilidade, mas ela é utilizada em quem, no exercício de sua sexualidade, copula apenas com pessoas do mesmo sexo; não se pode exigir-lhe que, para a obtenção de descendência, pratique sexo com quem o repulsa, em respeito à sua dignidade humana.

Como podemos ver nos Enunciado da I Jornada de Direito Civil⁶² promovida pelo Conselho da Justiça Federal este promoveu enunciados com o intuito elucidar as questões pertinentes a maternidade em sua primeira jornada e nas seguintes.

Enunciado n. 103 – O Código Civil reconhece, no artigo 1.593, outras espécies de parentesco civil, além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho;

Enunciado n. 108 – No fato jurídico do nascimento, mencionado no artigo 1.603, compreende-se à luz do disposto no artigo 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva;

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed., ver . atual. ampl. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2011

⁶² As Jornadas de Direito Civil surgiram por iniciativa do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça e jurista Ruy Rosado de Aguiar. A partir da experiência argentina, foi adotado um sistema de aprovação de enunciados, visando a elucidar o conteúdo do então Novo Código Civil Brasileiro

Enunciado n. 111 – Artigo 1.626: A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

Podemos concluir então que os conflitos resultantes da maternidade de substituição necessitam ser solucionados por intermédio do princípio da dignidade humana, da paternidade responsável e do princípio do melhor interesse da criança devido à omissão da legislação referente a matéria, sendo então definido, originalmente, na mulher que desejou ter a criança, mesmo que para isso tenha que ter recorrido à uma terceira pessoa que engravidou.

4.6 REGISTRO CIVIL

Importante elucidar que a polêmica acerca da maternidade de substituição também prevalece no momento do registro da criança, haja vista que a mãe gestacional é quem recebe do hospital a Declaração de Nascido Vivo (DNV) onde haverá as informações referentes a gestação e ao parto em nome na parturiente, ou seja, daquela que cedeu o útero, para que haja o assentamento do nascimento no Registro Civil, deixando de fora a mãe intencional. Em alguns casos o que se fazia era perante autorização judicial adicionar o nome da mãe intencional ao DNV.

Assim, em 15 de março de 2016 o Conselho Nacional de Justiça anunciou o provimento n. 52 que dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos nascidos por reprodução assistida Na primeira parte do documento cuida da regularização, sem qualquer intervenção judicial, dos filhos gerados pelas técnicas de reprodução assistida de casal heteroafetivo ou homoafetivo, observando, com relação ao último, dentre outras exigências, que o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes sem qualquer distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

O artigo 2º, §2º do provimento da CNJ disciplina:

Art. 2º. É indispensável, para fins de registro e da emissão da certidão de

nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

[...]

§2º. Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na Declaração de Nascido Vivo – DNV.

Então os envolvidos no procedimento de gestação por substituição não terão que invocar a tutela jurisdicional, bastando a apresentação dos documentos exigidos ao responsável pelo registro, que deverá lavrar o assento, desde que satisfeitas as condições.

Mesmo após o provimento, foram registrados cinco casos judiciais existentes no Brasil sobre a gestação de substituição, os quais versaram tão somente quanto o momento da transcrição do registro de nascimento, não havendo litígio quanto o conflito de maternidade, prevalecendo o desejo de ter reconhecido, no plano jurídico, a situação de fato que se estabeleceu antes da concepção.

Assim em recente provimento a Corregedoria Nacional de Justiça, publicou no dia 17 de novembro de 2017, seu provimento de número 63, levando em consideração a necessidade de uniformização dos registros de nascimento e da emissão da respectiva certidão para filhos havidos por técnica de reprodução assistida de casais homoafetivo ou heteroafetivos, foi mais além e estabeleceu a salutar regra contida no artigo 17, III, § 1º: "Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação".

Não há, portanto, necessidade de autorização judicial. O ato poderá ser realizado perante o cartório de registro civil das pessoas naturais de todo país, bastando somente a presença dos pais munidos da documentação exigida pelo Provimento, este vindo ao encontro do democrático direito das famílias.

5. CASAIS HOMOAFETIVOS

5.1 REPRODUÇÃO ASSISTIDA ENTRE CASAIS HOMOAFETIVOS

Com as constantes mudanças que ocorreram em nossa atual sociedade, podemos afirmar que existem muitas formas de família, não havendo um padrão para determinar o que é uma família, estado este conceito em constante mudança, assim como afirma Pena Jr:

Tentando acompanhar de perto as mudanças de comportamento da sociedade no mundo globalizado, o Direito de Família no Brasil vai se transformando tendo à frente o afeto, a solidariedade e a dignidade, como norteadores de um novo ordenamento ético-jurídico. Inegavelmente, é, entre os ramos do Direito, o que mais alterações têm sofrido nos últimos tempos.

A gestação de substituição se tornou uma maneira de reprodução acessível a casais tanto heteroafetivos quanto homoafetivos (tanto feminino quanto masculino, é naturalmente infértil, entretanto nada impede que estes recorram ao método natural de reprodução, pois o casal é infértil, mas os indivíduos, em si, não) como vimos anteriormente, este método tem por finalidade ampliar as possibilidades da constituição concreta e completa de família.

Entretanto durante muito tempo, a legislação não era capaz de reconhecer e permitir que casais do mesmo sexo realizassem o desejo de constituir uma família, sendo que somente em 2011 o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a união estável entre casais homoafetivos, como podemos ver na seguinte jurisprudência⁶³:

⁶³ RE 477554 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25- 08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287 RTJ VOL00220- PP-00572).

E M E N T A: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema políticojurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigure as 73 pessoas em razão de sua orientação sexual. RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à

qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” 74 em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquiconormativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.

Em Recife, no ano de 2012 houve uma decisão inédita⁶⁴ no Brasil com relação ao registro de uma criança filha de um casal homossexual, que teve sua relação homoafetiva convertida em casamento civil depois que o STF reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, pelo método de reprodução assistida com a barriga solidária da prima de um dos dois homens da relação.

⁶⁴ Sentença de Processo de Indicação de Paternidade, proferida em Recife, 28 de fevereiro de 2012, pelo Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito, Clícério Bezerra e Silva. Disponível em <http://www.jurisciencia.com/pecas/integra-da-decisao-judicial-inedita-que-concedeu-a-casal-homossexual-dupla-paternidade-de-bebe-fertilizado-in-vitro-tjpe-clicerio-bezerra-e-silva/898/>

No caso, os dois cederam espermatozoides para serem fecundados em óvulos de um banco de doadora e utilizaram o procedimento de fertilização *in vitro*. Clicério Bezerra e Silva, juiz da 1ª Vara da Família do Recife, proferiu sentença favorável ao registro da filha do casal que planejou a constituição familiar, tendo a menina dupla paternidade, pois em sua certidão de nascimento constam os nomes de ambos os pais. Segundo o mesmo juiz, esse foi o primeiro caso no Brasil em que dois homens registraram uma criança, sendo este um marco importante e significativo no âmbito constitucional, jurídico e social na luta pelos direitos iguais entre os indivíduos, independentemente da opção sexual de cada um.

[...] Pelas frestas dos presentes autos, se percebe a busca de dois cidadãos à fruição de direitos basilares, constitucionalmente albergados, e, à devida tutela estatal à nova formação de entidade familiar e, em especial, de seus consectários, *in casu*, o direito à homoparentalidade. Nota-se que os requerentes, os quais mantêm uma relação homoafetiva há mais de 15 anos, buscam converter um vínculo precário, em que, teoricamente, apenas um dos requerentes poderia ter a paternidade reconhecida com base na consanguinidade, para um vínculo institucionalizado, no qual os dois requerentes poderão ter a paternidade simultaneamente reconhecida, com alicerce na afetividade e na aplicação da mais moderna hermenêutica jurídica. [...] Numa sociedade democrática na qual o pluralismo e a convivência harmônica dos contrários devem subsistir, não há espaço para prevalência de normas jurídicas que conduzam a interpretações polissêmicas e/ou excludentes dos direitos de minorias, como se dá no bojo das normas que restringem a legitimação estatal às relações puramente heteroafetivas. [...] A aludida pretensão encontra fundamentação no Preâmbulo Constitucional; nos princípios da República; nos direitos e garantias fundamentais, quais sejam a igualdade, liberdade, intimidade e proibição da discriminação; no art. 226 §§ 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, todos da Constituição da República; na decisão do STF na ADI 4.277 e na ADPF 132, acolhida como ADI e, por fim na Resolução do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

No caso dos casais homoafetivos pela inexistência de um dos dois materiais necessários exigidos os procedimentos ocorrem de maneira diferente. Para os casais composto por duas mulheres, a reprodução poderá ocorrer de duas maneiras, por inseminação artificial ou fertilização *in vitro*- o que diferencia as duas formas é local onde ocorre a fecundação, sendo a primeira delas dentro do organismo e outra, em laboratório, em ambos os processos será preciso a doação de espermatozoides e, segundo a legislação, é obrigatória que

ela seja anônima, entretanto é possível que se utilize o material das mães. No caso de casais do sexo masculino, haverá a necessidade de se recorrer a um banco de óvulos. Nesta situação, a doadora deverá, obrigatoriamente, ser anônima, não podendo ser parente e, ao mesmo tempo, sendo voluntária.

Importante ainda ressaltar que no caso de casais do sexo masculino estes passam ainda por mais uma dificuldade , , pois estes precisam também encontrar uma pessoa disposta a conceder o útero para a gestação que precisa respeitar as regras Conselho Federal de Medicina (CFM) que diz que a barriga solidaria que irá a carregar a criança deve, impreterivelmente, ser parente de até quarto grau de uma das partes, enquanto os gametas precisam ser provenientes de doadoras anônimas, lembrando aqui do vedamento da chamada “barriga de aluguel”.

Apesar das grandes mudanças no que tange aos casais homoafetivos, ainda assim, muitos casais sofrem com situações cotidianas advindas da maternidade, como o entrave ao realizar o registro civil do seu filho , devido ao fato de que ainda existam cartórios que se recusam a lavrar a Certidão de Nascimento, apesar de já existir uma Resolução do Conselho de Justiça ⁶⁵sobre o assunto, levando com que os pais procurem ao judiciário que através uma de ação declaratória de paternidade/maternidade reconhecerá a filiação e a Certidão de Nascimento.

⁶⁵ Provimento 63/2017 : Art. 8º O oficial de registro civil das pessoas naturais não poderá exigir a identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida.

Art 16, § 2º No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A maternidade é considerada por muitos como um dos maiores dons que Deus poderia ter dado à mulher, entretanto por motivos como a infertilidade e a esterilidade, por exemplo, muitas veem o sonho de ser mãe morrer. Entretanto com a ajuda da ciência e da tecnologia, com a criação das técnicas de reprodução humana medicamente assistidas e sua gradativa evolução a cada dia, veem possibilitando a estas mulheres que não podem gerar uma criança em seu ventre, a possibilidade de ser mãe sem ser pelo instituto da adoção, utilizando se assim do útero alheio para a gestação de seu próprio filho.

O tema abordado é atual e seu estudo relevante nos tempos modernos, levando em consideração que os avanços da tecnologia e da ciência andam em descompasso com os do ordenamento jurídico atual, que deixam de certa maneira essas mães desamparadas, já que faz surgir aspectos discutíveis e não respaldados legislativamente pelo ordenamento. Tais avanços fizeram com que, por exemplo, os julgamentos norteadores da determinação de maternidade se modificassem.

Como visto o sistema jurídico brasileiro em sua Constituição Federal de 1988 tem como direito fundamental o direito de procriar, resultante dos direitos constitucionais à liberdade, à intimidade e ao planejamento familiar – dando assim ao Estado o dever de oferecer métodos existentes para a sua eficácia. Esse direito assim, assegura a utilização de técnicas de reprodução assistida, quando não for possível privilegiar a reprodução natural.

A maternidade de substituição no Brasil teve como seu marco regulamentário a respeito do assunto uma resolução do Conselho Federal de Medicina de número 1.358/92, sendo esta constantemente modificada, tendo sua última atualização ocorrido em 2017 através da Resolução 2.186/17. Assim para que ocorra a maternidade de substituição será preciso respeitar determinadas regras dispostas nestas resoluções, como por exemplo, o grau de parentesco entre a mãe substituta e um dos pais, o caráter não oneroso do contrato, a elaboração de documento que contenha o consentimento esclarecido de todos os envolvidos, entre outros.

No tocante à filiação, como visto os modelos tradicionais já não são mais suficientes para elucidar a problemática proveniente das técnicas de reprodução, não bastando mais somente o princípio *mater sempre certa est*, ou seja, tendo como mãe aquela que gestou e pariu a criança. Para a solução de tal conflito para a determinação de quem será a mãe, deve se respeitar a vontade da mulher em ser mãe – levando em consideração que será aquela que manifestou a vontade procracional, independente da origem genética, biológica da criança - e não como sendo aquela que gestou, que ao final deverá entregar a criança.

Sendo assim na hora do registro na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação, os provimentos de número 52 e 63 do Conselho Nacional de Justiça vieram então para sanar de forma definitiva as várias discussões quanto ao registro da maternidade, favorecendo a desjudicialização dos conflitos.

Por fim, podemos concluir que no Brasil não há legislação específica sobre o assunto, deixando com que seja manejado conforme os princípios constitucionais inerentes ao direito de família, além da doutrina e jurisprudência para a solução de conflitos decorrentes da maternidade de substituição. É correto afirmar assim que para a necessidade de uma legislação específica sobre o assunto, que traga normas claras e precisas de acordo com nossos princípios constitucionais para que haja maior segurança jurídica entre as partes contratantes.

REFERÊNCIAS

Apelação cível nº 700013388982, 7ª Câ. Cível. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 14 de março de 2001

BRASIL. Constituição da República 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 novembro 2018 – A

BRASIL. Projeto de lei do Senado nº. 470/2013. Estatuto das Famílias. Disponível em:<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=140057&tp=1>>
Acesso em: 19 novembro de 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 115/2015. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=94550>
4>. Acesso em: 19 de novembro de 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 1358 de 11 de novembro de 1992. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. D.O. [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, p. 20.944, 19 de novembro de 1992.

CASAIIS estrangeiros vão à Índia em busca de mães- -de-aluguel. Disponível em:
<http://ultimosegundo.ig.com.br/new_york_times/2008/03/10/casais_estrangeiros_vao_a_india_em_busca_de_maes_de_aluguel_1222824.html>. Acesso em: 08 nov. 2018).

CASO Baby M. Disponível em: <<http://bioetica.udesarrollo.cl/html/documentos/documentos/CasoBabyM.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

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

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Taisa Maria Macena de. *Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 251-280.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*, *In*.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. Da filiação e seus fundamentos no ordenamento jurídico pátrio. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br> 24 nov. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.183.378/RS. Quarta Tuma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 25 de outubro de 2011. DJe 01 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 21 set.2018.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. Família e Sucessões. 7. ed. Atlas, 2014. Ebook. Disponível em:

<<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522494132/page/86>>. Acesso em: 19 nov. 2018

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Estatuto da reprodução assistida. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book. Disponível em:

<<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502152885>>. Acesso em: 19 nov. 2018

VENOSA, Silvio Salvo de. *Direito Civil*. Volume VI. 5ª edição. São Paulo: Atlas Jurídico, 2005.