

FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POR SUBSTITUIÇÃO
(DOAÇÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO)**

Estefani Aparecida Poças Pereira

Curitiba/PR

2015

FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POR SUBSTITUIÇÃO
(DOAÇÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO)**

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da professora Especialista Dalva Araújo Gonçalves e orientação metodológica da prof. Me. Thaís Arruda B. Petroski.

Curitiba/PR

2015

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POR SUBSTITUIÇÃO
(DOAÇÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO)**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito

DALVA ARAÚJO GONÇALVES
Orientadora

REGINA ELISEMAR CUSTÓDIO MAIA
Examinadora

TACIANE MARIA BRAVO MOREIRA
Examinadora

Curitiba/PR, 03 de dezembro de 2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pelo dom da vida e pelo fim de mais essa etapa, por renovar a cada momento a minha força e disposição e pelo discernimento concedido ao longo dessa jornada.

À minha mãe Conceição, por não ter me deixado abandonar o curso, por ser meu porto seguro, minha heroína, por sempre se fazer presente em minha vida e por sonhar esse sonho comigo. Minha eterna gratidão.

Aos meus padrinhos pelo apoio, incentivo, estímulo para enfrentar as barreiras da vida e por sempre acreditarem em mim.

À minha avó Maria pelo amor e carinho.

Agradeço ao meu tio Dirceu e a tia Leonice por me proporcionarem carinho, paciência, agrado e por me fornecerem o amparo necessário.

Aos meus primos que tanto torceram para que este dia chegasse, por todos os conselhos, dicas, experiências compartilhadas e por serem pessoas presentes e muito especiais em minha vida.

Aos meus amigos que não me deixaram esquecer como sou capaz de realizar meus sonhos e que me proporcionaram inúmeros momentos de alegria.

À minha orientadora, professora Dalva Araújo Gonçalves, que acreditou em mim, que pacientemente aceitou dividir comigo seu conhecimento e experiências, que sempre me motivou. Quero expressar minha total admiração pela sua competência profissional e pela sua amizade, por ser extremamente dedicada e pela forma com que conduziu minha orientação.

Aos professores que contribuíram da melhor forma possível para a minha formação acadêmica. Instigando em mim o desejo e a curiosidade de buscar sempre aprender mais. Meu eterno agradecimento por tudo que aprendi com vocês!

Por fim, agradeço aos meus colegas de classe e com certeza futuros excelentes profissionais.

**Se você pode sonhar, você pode realizar.
WALT DISNEY**

RESUMO

O presente trabalho tem a finalidade de abordar a reprodução humana assistida por substituição (doação temporária de útero) ou barriga de aluguel, como popularmente a maioria das pessoas conhece, realizando inicialmente, para uma melhor compreensão, um breve histórico a respeito dessa técnica de reprodução. Ainda, nesse assunto será necessário analisar os casos concretos, como será reconhecida a paternidade, filiação, quais os requisitos necessários para que esse tipo de reprodução ocorra, quais os principais obstáculos enfrentados pelos casais que optam por conceber um filho através dessa técnica, a diferença entre inseminação artificial homóloga e inseminação artificial heteróloga, demonstrando também a evolução ocorrida nas resoluções do conselho federal de medicina, para que sejam respeitados os aspectos éticos de todos os envolvidos, tanto o casal como os doadores. Para a realização do trabalho obtive a necessidade de recorrer a doutrina e a jurisprudência pátria e as resoluções do conselho federal de medicina, tendo em vista que não possuímos legislação específica sobre o tema.

Palavras-Chave: Reprodução humana assistida. Barriga de aluguel. Inseminação artificial.

ABSTRACT

This study aims to address the human assisted reproduction replacement (temporary donation of uterus) or surrogacy, as popularly most people know, performing initially for a better understanding, a brief history about this reproductive technology . Still, this subject will be necessary to analyze the specific cases, as will be recognized fatherhood, sonship, what the requirements for this type of reproduction occurs, what are the main obstacles faced by couples who choose to conceive a child through this technique, the difference between homologous artificial insemination and heterologous artificial insemination, also shows the evolution occurred in the resolutions of the Federal Council of Medicine, so that the ethical aspects of all those involved are respected, both the couple and donors. To carry out the work got the need for doctrine and jurisprudence homeland and the resolutions of the Federal Council of Medicine, considering we do not have specific legislation on the subject.

Key-Words: Assisted human reproduction. Surrogacy. Artificial insemination

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	10
2.1 HISTÓRICO DA REPRODUÇÃO HUMANA NO BRASIL	10
2.2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA QUANTO AO MATERIAL GENÉTICO.....	13
2.2.1 Inseminação Artificial Homóloga.....	13
2.2.2 Inseminação Artificial Heteróloga.....	16
3 RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.....	23
3.1 RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA 1358/1992.....	23
3.2 RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA DE 1.957/2010....	26
3.3 RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA DE 2013/2013.....	30
4 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POR SUBSTITUIÇÃO OU DOAÇÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO.....	33
5 CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS.....	49
ANEXOS	53

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a filiação decorrente da reprodução humana assistida. Pretende-se demonstrar que, no direito brasileiro as técnicas de reprodução humana assistida, estão elencadas no artigo 1.597, do Código Civil Brasileiro, porém estão sendo regidas pela Resolução do Conselho Federal de Medicina – Código de Ética Médica.

Ainda, compreender as técnicas utilizadas, bem como seus conceitos e características.

Por outro lado, embora a evolução legislativa quando se fala em filiação decorrente de técnicas de reprodução humana assistida, no direito brasileiro, ainda existem lacunas que deverão ser respondidas. A filiação decorrente de reprodução assistida também está assegurada pela Constituição Federal de 1988.

Entretanto, o trabalho terá como ponto de vista, demonstrar a nova formação da família, tendo como base as técnicas de reprodução humana assistida e as dificuldades enfrentadas na caminhada trilhada pelo casal até obter o êxito com a chegada do filho.

Como problemática optei por responder a seguinte pergunta: Quais são as consequências no ordenamento jurídico brasileiro da utilização de terceiros para gerar uma criança?

Como objetivo geral procuro apresentar quais as consequências no ordenamento jurídico brasileiro da utilização de terceiros para gerar uma criança, demonstrar as dificuldades encontradas pelo casal até obter o êxito da tão sonhada gravidez, embora em alguns casos a dificuldades estão no casal, e por isso precisarão da ajuda de uma terceira pessoa para conseguirem o tratamento de reprodução assistida.

Os objetivos específicos estão delimitados a traçar um histórico sobre reprodução humana assistida no direito brasileiro; conceituar Reprodução humana assistida; dar especial enfoque nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina; estudar a problemática da reprodução humana assistida; demonstrar as dificuldades na reprodução humana assistida; demonstrar que, em alguns casos a única opção para o casal é a doação temporária de útero; diferenciar reprodução humana assistida homóloga e heteróloga.

A justificativa pela qual escolhi esse tema se dá ao fato de uma das motivações para o casal optar em fazer a reprodução humana assistida: a impossibilidade de gerar os próprios filhos. Verificar a existência de afetividade reconhecida pela Constituição de 1988 e pelo Código Civil Brasileiro de 2002, que se aperfeiçoa com a sentença judicial.

Analisara que a paternidade/maternidade contempla muito mais do que uma situação social, do que um liame genético.

Todos os filhos, a partir da nova ótica dada pela Constituição de 1988 por todo o direito privado e em especial ao Direito de Família, passaram a ter os mesmos direitos a qualificações, independente da filiação biológica ou afetiva. A reprodução humana assistida se constitui pela manifestação de vontade das partes interessadas, observados os preceitos legais.

Na reprodução humana assistida, a formação da família, terá proteção do Estado, bem como em alguns casos o sistema único de saúde, ira custear o tratamento do casal.

No Brasil, reprodução humana assistida, dado seu procedimento caro, muitas vezes não se alcança seu objetivo na primeira tentativa. Passando o casal a depender de uma terceira pessoa para portar essa nova vida.

E por ser indispensável é que este instituto jurídico merece destaque e análise, motivo pelo qual o presente trabalho adentrara nesta seara de situações jurídicas e de fato, para estudar e compreender a reprodução humana assistida.

A referida pesquisa basear-se-á na coleta de dados da doutrina nacional sobre o tema da reprodução humana assistida por substituição (doação temporário de útero), além de pesquisas jurisprudenciais e pesquisa bibliográfica. Serão analisados casos e a legislação posta para tecer uma análise da realidade social possibilitada por este instituto sócio-jurídico de vital importância em toda a sociedade mundial.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O presente capítulo irá analisar a evolução histórica da reprodução humana assistida, bem como da filiação no direito brasileiro.

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2010, p. 153) conceitua Reprodução Humana Assistida como “a intervenção do homem no processo natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.”

2.1 HISTÓRICO DA REPRODUÇÃO HUMANA NO BRASIL

Os impressionantes avanços da ciência e da técnica, sobretudo nos últimos cinquenta anos, e a sua intervenção cada vez mais crescente em domínios até então inalcançáveis pela ação do ser humano tem suscitado grandes preocupações éticas. (BRAGATO, 2012, p. 209)

Nas palavras de Rizzardo (2014, p. 439):

Um dos assuntos de grande polêmica e discussão versa sobre a procriação artificial, que vem adquirindo importância nos últimos tempos, e em suscitado desafios quanto aos contornos jurídicos que devem ser dados ao problema. Não que o problema seja recente. Em épocas antigas da humanidade, a procura de soluções para obtenção de filhos, diante da esterilidade da mulher, pendia para um caminho bem natural: aceitava-se que o homem fecundasse outra mulher, mantendo-se o casamento, e tivesse filhos em nome daquela. Assim revela a Bíblia, na passagem em que Sara disse a Abraão: “Não tendo Javé permitido que eu tivesse filhos, peço-te que te unas à minha criada; ao menos por meio dela, talvez, eu tenha filhos” (Gênesis, 16, 2). Em outro exemplo, Raquel suplicou Jacó: “Dá-me filhos, senão eu morro! Aqui tens minha criada Balá. Une-te a ela. Que ela dê à luz sobre meus joelhos, e assim por meio dela terei filhos” (Gênesis, 30,1 e 3). Transparece da linguagem o caráter de substituição da mulher destinada a ter filhos com o marido da estéril. Não há exagero em afirmar que é tão antiga a busca de mãe substituta como o ser humano.

Verifica-se que desde os primórdios existe uma discussão sobre a procriação artificial que vem adquirindo grande importância nos dias atuais, tendo em vista que os casais sempre buscavam a continuidade da família podendo ocorrer até a utilização de criadas para a realização do sonho do casal.

Lagrastra Netto (2002, p.106)

Foi em 1975, no Reino Unido, as primeiras tentativas de reprodução humana em laboratório, contudo, os embriões não se desenvolveram além da décima semana. Porém, os primeiros relatos apontados na história de casos de concepção de filhos sem o ato sexual, por inseminação heteróloga, ou seja, doação de esperma por terceiro, ocorreu no final do século XIX, em 1884, realizada por Pancoast, ginecologista americano, na Filadélfia, Pensilvânia, utilizando a técnica de conduta da azoospermia. As técnicas de reprodução assistida tiveram seu ápice de destaque na Inglaterra, em 25 de julho de 1978, quando nasceu Louise Brown, o primeiro “bebê de proveta”, cuja mãe submeteu-se à fecundação in vitro (FIVET) com extração e seleção de seus óvulos, e posterior contato com espermatozoides em estufas para formar embriões que, depois de analisados, foram transferidos para o útero da mãe de Louise

Contudo, a partir deste momento as técnicas de reprodução humana houve um desenvolvimento nas técnicas e sua ampliação para todo o mundo.

Assim nas palavras de Silva (2006, p.369):

A Reprodução Humana Assistida caracteriza-se pela intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas que tenham problemas de infertilidade e esterilidade consigam alcançar a maternidade ou paternidade.

O Direito Brasileiro, no parágrafo único do art. 9º da Lei nº 9.263/96, prevê que qualquer método ou técnica conceptiva ou contraceptiva somente poderá ser prescrita após avaliação e acompanhamento clínico, com prévia informação sobre os riscos, vantagens, desvantagens e eficácia da medida, o que pressupõe a existência da infertilidade da mulher, do homem ou do casal, daí o recurso do auxílio médico.

Nesse sentido, deve-se considerar que, no Direito Brasileiro, à luz da Constituição Federal e da Lei nº 9.263/96, o recurso às técnicas conceptivas não é ilimitado ou absoluto, devendo preencher determinados requisitos, como o diagnóstico da esterilidade, para que seja possível o acesso à reprodução assistida.

Maria Berenice Dias (2015, p.400) ensina que:

Até o século passado a paternidade era linear, natural, tinha origem em um ato sexual, seguido da concepção e posterior nascimento. A legislação ainda reproduz este modelo ao não prever as formas de reproduções medicamente assistidas, em que a origem genética deixou de ser determinante para a definição da filiação. A enorme evolução- verdadeira revolução- ocorrida no campo da biotecnologia acabou produzindo reflexos nas estruturas familiares, especialmente em face do surgimento de variadas técnicas procriativas.

Entende-se que a legislação não se atualizou ainda com a relação as reproduções humanas assistidas, uma vez que a legislação apenas assegura a paternidade linear, não acompanhando dessa forma o surgimento de várias técnicas procriativas.

Com relação ao histórico da reprodução humana no Brasil a revista nacional de direito de família e sucessões menciona que:

Atualmente, a única norma acerca da reprodução humana assistida vem do pioneirismo e celeridade do Conselho Federal de Medicina, que recentemente revogou a Resolução até então vigente (Resolução nº 1957 de 2010) para adotar as normas expressas no texto da Resolução nº 2013 de 2013.

Rizzardo leciona que a inseminação artificial, para fins de procriação humana, apresenta varias nuances, com repercussões na maternidade e paternidade, encontrando-se em plena ebulição jurídica, ainda sem consenso definido ou consolidado. (2014, p.439)

Assim a reprodução humana assistida constitui um tema já amplamente debatido no Brasil, tanto do ponto de vista acadêmico (por bioeticistas, filósofos, antropólogos e juristas), quanto político (na mídia, no âmbito dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário). (BRAGATO, 2012, p.208)

Entretanto os avanços tecnológicos na área da reprodução humana emprestaram significativo relevo a vontade, fazendo ruir todo o sistema de presunção da paternidade, da maternidade e da filiação (DIAS, 2015, p.400)

Conforme Barboza foi após a Conferência Internacional do Cairo e a Conferência de Pequim que se reconheceu pela primeira vez em sede oficial a denominação direitos reprodutivos. A autora salienta ainda que no direito à escolha reprodutiva inclui-se o “como” reproduzir-se, relacionado às técnicas de reprodução artificial. (2004, p. 229).

Schiocchet (2012, p. 213) ensina que “no Brasil, os direitos reprodutivos estão implicitamente reconhecidos na Constituição Federal e na Lei do Planejamento Familiar (Lei 9.263/1996)”.

O Conselho Federal de Medicina regulamenta o uso destas técnicas, a partir das edições de Resoluções autorizando o profissional da medicina a realizar tais técnicas.

Portanto, entende-se que desde os primeiros séculos da humanidade, existe a ocorrência de casos de esterilidade e da vontade de se ter filhos, e nota-se que sempre foi procurado uma forma para que essa vontade fosse alcançada.

2.2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA QUANTO AO MATERIAL GENÉTICO

Várias são as técnicas utilizadas para se concretizar a reprodução assistida, no entanto, “a inseminação artificial pode ter sua classificação quanto ao material genético que será utilizado, podendo ser de forma homóloga ou heteróloga.” (LOBÔ, 2009, p.200.)

Parte-se de uma situação biológica especial, em que os casais não conseguem a procriação pelo sistema tradicional da união sexual do homem e da mulher. Ou, em virtude da esterilidade de um dos cônjuges, ou por outros fatores, torna-se impraticável a fecundação no útero materno. (RIZZARDO, 2014, p.439).

Nas palavras de Oliveira e Júnior, “não se aceita, portanto, a utilização desse método apenas por vaidade da mulher que não quer se submeter aos desconfortos da gestação ou em razão de suas atividades profissionais”. (2000, p.52)

Entretanto, opera-se através da inseminação artificial, que é uma técnica de procriação, desdobrada em varias modalidades, consistindo a mais comum no deposito do material genético masculino diretamente no útero da mulher por meio de métodos mecânicos, ou por instrumentos, em substituição do ato natural, que é a relação sexual. (RIZZARDO, 2014, p. 440)

2.2.1 Inseminação Artificial Homóloga

Na inseminação artificial homóloga, o material genético utilizado no procedimento é fornecido pelo próprio casal que se submete à reprodução assistida e que ficará com a criança. Contudo, haverá uma conciliação entre a filiação biológica e a afetiva.

No Código Civil vigente, as técnicas de reprodução humana assistida homóloga são tratadas em dois incisos do art. 1.597, estabelecendo a presunção de que foram concebidos durante o casamento os filhos havidos por “fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido” inciso III e “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga” inciso IV.

Maria Berenice Dias (2015, p.401), leciona que:

Na fecundação artificial homóloga, não há necessidade de autorização do marido. A expressão “mesmo que falecido o marido” tem dado margem a inúmeros debates e discussões. O permissivo legal não significa que a prática da inseminação ou fertilização *in vitro* post mortem seja autorizada ou estimulada. Ainda que o cônjuge tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação depois de sua morte. Somente na hipótese de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento. O princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do material genético. Sem tal, autorização, os embriões devem ser eliminados, pois não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto. Deste modo, a viúva não pode exigir que a clínica lhe entregue o material genético que se encontra armazenado para que seja nela inseminado, por não se tratar de bem objeto de herança.

Entende-se que a utilização do material genético do marido somente será utilizado, sem autorização, quando este estiver vivo, entretanto, após a sua morte a cônjuge somente conseguira fazer inseminação com autorização expressa.

Cristiano Sobral (2014, p. 1041) apud Gustavo Tepedino:

Diz que a procriação homóloga (em que o material genético é do casal) dá-se usualmente por meio de inseminação artificial (quando o sêmen é introduzido diretamente na cavidade uterina da mulher), ou por meio de inseminação *in vitro* (quando a fecundação ocorre extracorporalmente, e posteriormente o embrião é colocado no útero feminino).

Portanto, a procriação homóloga normalmente ocorre por meio de inseminação artificial ou por meio de inseminação *in vitro*.

Para Cristiano Chaves de Farias (2015, p. 573) a fertilização assistida homóloga é caracterizada pela intervenção médica, facilitando casais que têm dificuldade em engravidar a levar a gestação a termo. Trabalha-se com o material genético do próprio casal, não gerando maiores dificuldades.

Contudo, a especialista sobre a matéria Mônica Sartori Scarparo (2005 [s/p]) explica em minúcias as modalidades:

A técnica da inseminação artificial homologa consiste em ser a mulher inseminada com o esperma do marido ou companheiro, previamente colhido através da masturbação. O líquido seminal é injetado pelo médico, na cavidade uterina ou no canal cervical da mulher, na época em que o óvulo se encontra apto a ser utilizado.

Entretanto, é conveniente deixar explícito no que diz respeito a fecundação homóloga, que o material genético é pertencente ao casal, e colhido com consenso recíproco.

Donizetti e Quintella (2014, p.1019) explicam que:

Na tentativa de inovar, o Código de 2002 incluiu no rol do artigo 1.597 os casos de inseminação artificial, e estabeleceu a presunção de paternidade do marido em, todos os casos de fecundação homóloga da mulher, ainda que morto o cônjuge, e mesmo que tenham sido usados embriões excedentários (artigo 1.597, III e IV), bem como nos casos de inseminação heteróloga, se o marido a tiver previamente autorizado (artigo 1.597, V). Fala-se em fecundação artificial homóloga quando, em laboratório, o espermatozoide do marido é inserido no óvulo da mulher. Para que isso ocorra, são gerados vários embriões (óvulos fecundados). Posteriormente, fazem-se diversas tentativas de inseminação, utilizando alguns dos embriões, e mantendo os demais guardados. Embriões excedentários são justamente estes, que são mantidos em armazenamento e vêm a ser utilizados futuramente.

Desta forma, entende-se que o artigo 1.597 do Código Civil estabeleceu que a presunção de paternidade do marido será sempre certa quando houver a fecundação homóloga da mulher, mesmo que tenham sido usados embriões excedentários, e da mesma forma ocorrerá para a inseminação heteróloga se o marido tiver autorizado.

Os doutrinadores nos explicam que fecundação artificial homóloga é quando o espermatozoide do marido fecunda o óvulo da mulher, em laboratório. São gerados vários embriões (óvulos fecundados). Após, essa técnica ocorrem tentativas de inseminação utilizando alguns dos embriões e mantendo os outros guardados/reservados, esses embriões que são reservados para futuras inseminações são chamados de embriões excedentários.

2.2.2 Inseminação Artificial Heteróloga

Será heteróloga a reprodução assistida em que o espermatozoide ou o óvulo utilizado na fecundação, ou até mesmo ambos, forem provenientes de terceiros, que não aqueles que serão os pais sócio-afetivos da criança gerada, e normalmente armazenados em banco de sêmen.

Cristiano Sobral (2014, p. 1041) entende que a fecundação artificial heteróloga ocorre quando o material genético é de um terceiro.

Fernandes (2000, p.58), explica o que é fecundação heteróloga:

Por fecundação heteróloga entende-se o processo pelo qual a criança que vier a ser gerada por qualquer das técnicas de reprodução assistida for fecundada com a utilização de gametas de doadores, dividindo-se a fecundação heteróloga 'a mãe', quando o gameta doador for o feminino, 'a mãe', quando se tratar de doação de gameta masculino, ou total, quando os gametas utilizados na fecundação, tanto os masculinos quanto os femininos, são de doadores.

Fecundação heteróloga diante da explicação de Fernandes é o processo pelo qual a criança vier a ser gerada por qualquer uma das técnicas de reprodução humana assistida, com doação de gametas de terceiros.

Dias (2015, p.402) ensina que:

A fecundação artificial heteróloga ocorre quando o marido manifesta expressa concordância que sua mulher se submeta ao procedimento reprodutivo com a utilização de sêmen doado por terceira pessoa. O fornecedor do material genético é afastado da paternidade, estabelecendo-se uma filiação legal com o marido. É obrigatória a manutenção do sigilo sobre a identidade dos doadores e dos receptores.

Entende-se que quando marido manifestar expressa concordância para que sua mulher se submeta a receber o sêmen de um terceiro a relação ocorrerá a fecundação artificial heteróloga, sendo afastada a paternidade do terceiro e tendo uma filiação legal com o marido.

“O consentimento não precisa ser por escrito, só necessita ser prévio.” (LÔBO, 2010, p.53)

“Ao contrário das demais hipóteses, a fecundação heteróloga gera presunção *juris et de jure*, pois não há possibilidade de a filiação ser impugnada. Trata-se de presunção absoluta de paternidade socioafetiva.” (CHINELATO, 2004, p. 47)

Rolf Madaleno entende que “a fertilização artificial heteróloga somente é utilizada pelo geneticista como derradeiro recurso para tratar de uma infertilidade, após ter se detectado, sob todos os aspectos técnicos, a sua irreversibilidade.” (2009, p. 392).

Rizzardo (2014, p. 442) explica que:

O procedimento médico na inseminação heteróloga é idêntico ao da modalidade anterior; só que em vez do líquido seminal do marido é utilizado o esperma de um doador fértil, geralmente em banco de sêmen. Entre os critérios a serem observados durante a seleção do doador, sobressaem o controle periódico do sêmen (teste de AIDS ou síndrome da imunodeficiência adquirida) e o anonimato do doador, bem como suas características morfológicas; o grupo sanguíneo, que deve ser idêntico ao da mãe ou de seu marido; a cor da pele e dos olhos; a estatura, tudo devendo ser compatível com o casal. Entre as indicações para a inseminação artificial heteróloga são citadas as seguintes azoospermias ou oligospermias – casos em que há absoluta esterilidade masculina, doenças hereditárias graves do marido, e, ainda, incompatibilidade do tipo sanguíneo do casal, possibilitando a interrupção da gravidez.

Desta forma, entende-se que para que seja utilizado material genético de terceiro, existe alguns critério que devem ser respeitados, como por exemplo, a necessidade de o grupo sanguíneo ser idêntico ao dos pais, e as demais características físicas compatíveis com as do casal.

Neste sentido entende a jurisprudência pátria:

Apelação cível. Direito civil e processual civil. Jurisdição voluntária. Pedido de declaração de dupla maternidade. Parceiras do mesmo sexo que objetivam a declaração de serem genitoras de filho concebido por meio de reprodução assistida heteróloga, com utilização de gameta de doador anônimo. Ausência de disposição legal expressa que não é obstáculo ao direito das autoras. Direito que decorre de interpretação sistemática de dispositivos e princípios que informam a constituição da república nos seus artigos 1º, inciso III, 3º, inciso IV, 5º, caput, e 226, §7º, bem como decisões do STF e STJ. Evolução do conceito de família. Superior interesse da criança que impõe o registro para conferir-lhe o status de filho do casal. 1. o elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento do menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. 2. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no artigo 100, inciso IV, da Lei nº. 8.069/90, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filho das apelantes, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. 2. Sentença a que se reforma. 3. Recurso a que se dá provimento. (TJRJ, AC 0017795-52.2012.8.19.0209, 20ª C. Cív., Rel. Des. Luciano Barreto, j. 07/08/2013).

Contudo, para melhor julgar casos relativos à reprodução humana assistida, é necessário analisar o interesse da criança, e que o afetivo da parentalidade sempre se sobressairá quando o menor decorrer de um sonho do casal, que com cuidado o planejou, tendo em vista que a reprodução foi realizada via inseminação heteróloga.

Agravo de instrumento. Pedido de registro de nascimento deduzido por casal homoafetivo, que concebeu o bebê por método de reprodução assistida heteróloga, com utilização de gameta de doador anônimo. Decisão que ordenou a citação do laboratório responsável pela inseminação e do doador anônimo, bem como nomeou curador especial à infante. Desnecessário tumulto processual. Inexistência de lide ou pretensão resistida. Superior interesse da criança que impõe o registro para conferir-lhe o status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que lhe concebeu. 1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado. 2. Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade - e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício. 3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade. 4. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. Deram provimento. Unânime. (TJRS, AI 70052132370, 8ª C. Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 04/04/2013).

Entende-se que a presente jurisprudência aborda o tema de um casal homoafetivo, que através de técnica de reprodução humana assistida heteróloga, concebeu um bebê.

Com relação à decisão de realizar a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador a infante, nota-se que como a própria jurisprudência menciona, tal fato geraria um tumulto processual, e quebrar o anonimato do doador, inviabilizaria a utilização da técnica de inseminação.

O doador não deseja ser identificado e muito menos ter responsabilidade pela concepção da criança havida através da doação de seu gameta. Esse fato de não ser identificado o doador interfere e se contrapõe ao direito de reconhecimento do estado de filiação, o que somente pode ser feito por quem pretende investigar sua ancestralidade e não por terceiros.

Sendo assim nota-se que caso a menor um dia deseje conhecer sua ancestralidade biológica, poderá fazê-la mediante as informações do doador junto à clínica responsável pela técnica de reprodução, uma vez que essa é uma exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e a jurisprudência entende que não há motivos para citar o laboratório e o doador para integrar o processo, e de nomear curador, por caber única e exclusivamente a infante a vontade de investigar a sua paternidade, tendo em vista se tratar de um direito personalíssimo.

A parentalidade social e afetiva como é o caso que a jurisprudência nos apresenta, se sobressai quando ocorre todo um projeto parental amplo para que pudesse vir a ocorrer nascimento da menor, o casal criou expectativas, realizou planejamentos, obteve envolvimento emocional, diante disso nota-se na jurisprudência que o juiz reconheceu a paternidade.

Maria Helena Diniz (2010, p. 464) ensina que:

Os filhos havidos por inseminação artificial heretóloga, desde que haja prévia autorização do marido, reforçando a natureza socioefetiva do parentesco. Não haveria falsa inscrição no registro civil, ante essa presunção legal de que é filho do marido de sua mãe, mesmo que ele tenha autorizado àquela fertilização? Se a mulher se submeter a uma inseminação heteróloga não consentida, poder-se-á ter uma causa para separação judicial por injúria grave, pois a paternidade forçada (CC, art. 1537, I) atinge a integridade moral e a honra do marido. Pode ocorrer, ainda, arrependimento do marido após a realização da fecundação artificial, sugerindo o aborto, ou depois do nascimento, provocando infanticídio, rejeição, abandono ou maus-tratos, e, ainda, poderá mover ação negatória de paternidade, alegando que foi dolosamente enganado ou que anuiu por coação.

Verifica-se que na inseminação artificial heteróloga existe uma presunção relativa reforçando a natureza socioafetiva do parentesco.

Para efeitos de presunção de paternidade do Código Civil brasileiro, é heteróloga a inseminação artificial quando utiliza o sêmen de um doador que não o marido ou o companheiro, sendo imprescindível o expreso consentimento do parceiro. Entretanto, e para que não parem dúvidas, a cessão de material genético tanto pode implicar produto biológico do homem (espermatozoide), como da mulher (óvulos). (ROSPIGLIOSI, 2010, p. 244).

Todavia compreende-se que inseminação artificial heteróloga é quando se utiliza o material genético de um terceiro para a realização da fecundação, e para que se possa adotar esse método é necessário o consentimento do parceiro. Importante salientar que pode se utilizar nesse tipo de inseminação tanto o material genético masculino, quanto o feminino.

Como explica Eduardo de Oliveira Leite, na inseminação artificial heteróloga “o doador deve possuir a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora”. (1995, p.39)

Para Silmara Juny Chinelato (2004, p.50):

a prévia autorização do marido para a inseminação artificial heteróloga já retira da lei qualquer real noção de presunção, pois não há como reputar presumido o que foi expressamente consentido, porque nenhuma clínica irá aplicar a técnica da reprodução humana medicamente assistida sem o expreso consentimento, e se houve prévia autorização a retratação também precisa ser escrita, oficialmente comunicada, até porque o consentimento marital não é obrigatoriamente vitalício e irreversível, guarda limites temporais, condicionados à subsistência do casamento ou da união estável. A retratação do consentimento só pode ser admitida enquanto não ocorreu a fecundação, porque depois da concepção a lei põe a salvo os direitos do nascituro. (CC, art. 2).

Baseado na explicação de Chinelato entende-se, que a autorização do companheiro para a realização da inseminação artificial não é vitalícia e irreversível, ela pode ser retratada, porém, assim como a autorização, a retratação precisa ser escrita e oficialmente comunicada, e só é admitida enquanto não houver a fecundação.

Ainda as I e III Jornadas de Direito Civil do Centro de Estudos estabeleceram os seguintes enunciados: n. 104:

No âmbito das técnicas de reprodução humana assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual e substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) de vontade no curso do casamento; n.105: as expressões fecundação artificial, concepção artificial e inseminação artificial constantes, respectivamente, dos incisos III IV e V do artigo 1.597 deverão ser interpretadas como técnica de reprodução assistida; n.257: as expressões fecundação artificial, concepção artificial e inseminação artificial, constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do artigo 1597 do CC, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição. (CÓDIGO CIVIL COMENTADO, 2013, p. 1763)

Tendo em vista que o marido precisa autorizar o procedimento de inseminação artificial que utiliza o material genético de um terceiro para a fecundação do óvulo, tal ato gera a presunção absoluta ou relativa de paternidade.

Verifica-se que fecundação artificial, concepção artificial e inseminação artificial, deverão ser interpretadas como técnicas de reprodução humana assistida, devendo ser interpretadas ainda de forma restritiva e não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição.

Entende Caio Mario da Silva Pereira (2015, p.87) que:

Alguns projetos de lei tramitam no Congresso Nacional versando sobre o tema. O projeto que se encontra em estágio mais avançado de tramitação é o Projeto de Lei n. 90/1999, de autoria do Senador Lúcio Alcântara. O substitutivo apresentado pelo Senador Tião Viana veda expressamente a “gestação de substituição”, que era permitida no PL n. 90/1999, com sua redação originária e também no Substitutivo apresentado pelo Senador Roberto Requião (seguindo a mesma orientação da Resolução do CFM 1.358/1992). A matéria é polêmica em todo o mundo e, certamente, será objeto de inúmeros debates no Poder Legislativo.

O autor nos explica que existem projetos de lei a serem votadas no Congresso Nacional, que versam sobre a reprodução humana, entretanto, menciona que a matéria é bastante polêmica e que ainda será objeto de muitos debates no Poder Legislativo.

Donizetti e Quintella (2014, p. 1019-1020) nos conceituam fecundação artificial:

Quando é utilizado material genético da mulher e de um homem terceiro à relação, cuja identidade não deve ser revelada. Nesse caso, o que a lei estabelece também não é uma presunção jurídica – que se caracteriza por ser uma possibilidade de verdade -, mas sim uma ficção jurídica – ou seja, uma inverdade que o Direito considera verdade. Afinal, o gameta utilizado sabidamente não é do marido, a paternidade biológica dele é, indiscutivelmente, uma inverdade fática, que o Direito, no entanto, prefere considerar uma verdade.

Entendem que com a doação do espermatozoide de um homem terceiro a relação, para a fecundação do óvulo, não devera este ter a sua identidade revelada. Explicam ainda que o marido é considerado pai da criança por presunção de paternidade.

Portanto, em caso de fecundação humana assistida heteróloga quando a utilização de material genético de um terceiro para a realização da fecundação exige-se a autorização ou do marido/companheiro ou da esposa/companheira, autorização essa que não é vitalícia e irreversível.

3 RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Inicialmente o presente capítulo irá analisar a evolução das resoluções emitidas pelo Conselho Federal de Medicina quanto a utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

3.1 RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA 1358/1992

O Código de Ética Médica, de 1988, apenas vagamente disciplina a questão. E isso se verifica lendo alguns de seus artigos referentes à matéria:

Art. 42. É vedado ao médico praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação.

Art. 43. É vedado ao médico descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos e tecidos, esterilização, fecundação artificial ou abortamento.

(...)

Art. 68. É vedado ao médico praticar fecundação artificial sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecido sobre o problema.

Assim, uma abordagem bem mais completa sobre o assunto e suas consequências pode ser visto na Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que trata das normas para a utilização das técnicas de Reprodução Assistida. Tudo o que foi normatizado a esse respeito serviu da mesma forma e na mesma medida para a Fecundação *In Vitro*, por ser está um tipo ou espécie daquela. (GASPAROTTO, 2008, 259)

Dando início ao tema do presente capítulo, cumpre citar que:

O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução CFM 1358/92, instituiu as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, em 1992. Os aspectos éticos mais importantes que envolvem questões de reprodução humana são os relativos à utilização do consentimento informado; a seleção de sexo; a doação de espermatozoides, óvulos, pré-embriões e embriões; a seleção de embriões com base na evidencia de doenças ou problemas associados; a maternidade substitutiva; a redução embrionária; a clonagem; pesquisa e criopreservação (congelamento) de embriões. (Brasil Escola, online)

O Conselho em 1992, pela Resolução instituiu normas éticas para a resolução, com a finalidade de evitar que os médicos em técnica de reprodução humana assistida utilizassem sem autorização do paciente a seleção de sexo, a doação de espermatozoides, óvulos, dentre outros.

Relativo à reprodução humana assistida, o Conselho Federal de Medica, em 1992, por intermédio da Resolução 1.358/1992, (em anexo) já se manifestou quanto aos procedimentos mínimos a serem adotados, pelo que segue:

Resolução CFM n. 1358/92. (...) RESOLVE: Art. 1 Adotar as normas técnicas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.(...) Normas técnicas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. I – Princípios gerais 1 – As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade. 2 – As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente. (...) 4 – As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer. (...) II – Usuários das técnicas de RA. 1 – Toda mulher, capas nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado. 2 – Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.III – Referente às clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA. (...) V – Criopreservação de gametas ou pré-embriões. 1 – As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e pré-embriões. 2 – O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído. (...) (DANIEL, 2008, p.48-49)

O Código de 1916 previa em seu artigo 338 que presumisse concebidos na constância do casamento: Inciso I- os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II- os nascidos dentro dos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação. Nota-se então que não mencionava nada a respeito da Reprodução Assistida, passando somente com o Código Civil Brasileiro de 2002 no seu artigo 1.597 a mencionar a respeito da Reprodução Assistida, da seguinte forma:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I- nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II- nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL. 2002, p. 362)

O fato é que no Brasil, até hoje, não houve grande avanços no que se refere à regulação jurídica das praticas de Reprodução Humana Assistida, Donadio (2000, p.641) observa que “em se tratando de aplicação de técnicas de RHA, o direito não tem sido capaz de regular e de controlar a sua realização com segurança”.

Gasparroto e Ribeiro (2008, p. 358-359) explicam que:

As técnicas de reprodução assistida, em especial a Fecundação *In Vitro*, são de utilização bastante recente no cenário nacional. Portanto, como já dito, não há lei específica que regule por completo todas as implicações que estas técnicas podem acarretar. Contudo, dada a importância da matéria, existem algumas disposições normativas que tentam, dentro de seus limites, controlar as práticas médicas relacionadas ao tema. Tais disposições encontram-se reunidas basicamente em três diplomas: o Código de Ética Médica, a Resolução do Conselho Federal de Medicina 359 CFM n. 1.358/92 e a Lei n. 8.974/95 que disciplina os processos de manipulação genética.

Entendemos dessa forma que a utilização de técnicas de reprodução humana assistida é algo recente, e como já mencionado anteriormente não existe lei específica que as regule, e as normativas que procuram controlar tais práticas estão diretamente ligadas apenas com a medicina.

Nas palavras de Diniz (2002, p.523-524)

Poderá ser garantido diante as técnicas de reprodução humana assistida quando da aplicabilidade de algum método não colocar em risco a vida da paciente e da criança que se busca, neste sentido dispõe a Resolução n. 1358/1992.(...) Sabemos que não existe nenhuma regulamentação específica para regular as técnicas de reprodução humana assistida, sendo assim, aplicaria o principio constitucional de que tudo que não é proibido é permitido, mas limitando a atividade médica no que concerne o respeito à dignidade da pessoa humana, conforme garante nossa Constituição Federal no artigo 1, inciso III. (...) Neste sentido, o legislador quando vai editar alguma norma deverá levar em consideração o bom senso, prudência e ponderação deixando de lado qualquer dispositivo que contrarie a espécie humana, os valores sociais e de personalidade.

Desta forma compreendemos que as técnicas de reprodução humana assistida só poderão ser adotadas quando não colocar em risco a vida da paciente e da criança que se busca, e deverá também respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, e não realizar nada que contrarie a espécie humana, os valores sociais e de personalidade.

Ainda a Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, em seu artigo 3º, VI, limitou em quatorze dias o tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões *in vitro* e no seu art. 6º, I, considerou que o número ideal de pré-embriões a serem transferidos não deve ser superior a quatro.

Considera-se embrião, nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo, (2003, p.49)

O ser humano durante as oito primeiras semanas de seu desenvolvimento intrauterino, ou em proveta e depois no útero, nos casos de fecundação *in vitro* (...) o Código Civil não define a partir de quando se considera embrião, mas a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, indica que, “a partir de 14 dias, tem-se propriamente o embrião, ou vida humana. Essa distinção é aceita em vários direitos estrangeiros, especialmente na Europa.

Assim, tendo em vista que o Código Civil não define a partir de quando se considera embrião, a Resolução do Conselho Federal de Medicina, indica que a partir de 14 dias, tem-se propriamente o embrião ou vida humana.

3.2 RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA DE 1.957/2010

Diante disso em 06 janeiro de 2011 o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução 1957/2010, (em anexo) adequando a nova realidade social dirimindo duvidas ainda existentes a respeito da reprodução humana assistida.

Cristiano Chaves (2015, p. 551) ensina que:

O Conselho Federal de Medicina – CFM editou a Resolução n. 1.957/2010 autorizando o profissional da Medicina a realizar a gestação em útero alheio (gestação de substituição), respeitados importantes requisitos: (i) as pessoas envolvidas na maternidade por substituição devem pertencer à mesma família, com parentesco até o segundo grau (por exemplo, mãe e

filha, avó e neta, sogra e nora ou irmãs), devendo os demais casos serem submetidos à prévia autorização do Conselho Regional de Medicina corresponde – que poderá, ou não, conceder a autorização para a realização do procedimento; (ii) a cessão de útero terá, imperativamente, caráter gratuito, vedada a remuneração pelo ato, conforme incidência da norma contida no parágrafo 4 do artigo 199 da Carta Maior (afastando-se, assim, os nebulosos exemplos de aluguel do corpo humano); e (iii) que tenha finalidade médica a sua aplicação, ou seja, somente é permitida a utilização da técnica por pessoas que, realmente, não podem gestar, afastados os casos em que a mulher não quer ficar grávida por questões estéticas, por exemplo.

Entende-se que para que ocorra a maternidade por substituição é necessário que as envolvidas sejam da mesma família e possuam até o segundo grau de parentesco, devendo os demais casos estarem submetidos a autorização do Conselho Federal de Medicina, não podendo ser oneroso e que não tenha caráter/questões estéticas.

Rolf Madaleno (2013, p.530) menciona que:

A Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, ao estabelecer no inciso IV, item 6, ser da unidade (clínica, centros ou serviços que aplicam técnicas de reprodução assistida) a responsabilidade na escolha dos doadores e, dentro do possível, deverá garantir que tenha o doador a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima compatibilidade com a receptora.

Nota-se que existe a necessidade de a clínica escolher o doador que possua a maior compatibilidade possível com a receptora, incluindo semelhança fenotípica e imunológica.

Para Lobo (2010, p. 53): “a lei não exige autorização escrita do marido para a utilização de sêmen de terceiro, podendo ser verbal a sua concordância e como tal comprovada em juízo, no caso de eventual impugnação da paternidade”

Conforme ensinamentos de Lobo a autorização do marido pode ser verbal, não tendo a necessidade de ser escrita quando será utilizado o sêmen de um terceiro.

Rolf Madaleno (2013, p.53) ensina que:

O Código Civil não exige a autorização escrita; entretanto, conforme a Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, será sempre obrigatório o consentimento informado das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida, mediante o preenchimento e a assinatura de formulário especial autorizando a inseminação artificial. Diante da omissão do Código Civil, quanto ao consentimento escrito do marido para a inseminação artificial heteróloga, admitindo seja verbal, outra dúvida se impõe em determinar o termo final de sua retratação, e se ela também pode ser verbal e como tal provada em juízo.

Dessa forma, nota-se que o Código Civil não exige autorização escrita, conforme é solicitado na Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.957/2010, mas, será sempre obrigatório o consentimento das pessoas submetidas às técnicas de reprodução humana assistida.

Rizzardo (2014, p.455) leciona que:

Nesta angularidade, é perfeitamente justificável a necessidade do consentimento do marido para a mulher decidir pela sua inseminação. Do contrário, estará ela infringindo uma regra do casamento, ou pelo menos, impondo ao marido uma situação bastante constrangedora, e que não comporta uma aceitação normal.

Estando claro que existe a necessidade do consentimento por parte do marido, uma vez que a mulher decida pela inseminação, pois do contrário estaria ela infringindo uma regra do casamento ou mesmo impondo ao marido a sua vontade.

Cristiano Chaves (2015, p. 579) entende que:

Incorporando essa compreensão e pretendendo evitar a ocorrência de uma difícil situação jurídica, a Resolução CFM n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina estabeleceu que no momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los? Próximo dessa solução foi editado o Enunciado 107 da Jornada de Direito Civil, no sentido de que "finda a sociedade conjugal", na forma do art. 1.571, deste Código, a regra do inciso IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação destes embriões.

Compreendemos que para que não haja uma difícil situação jurídica a Resolução do CFM, estabeleceu que os cônjuges ou companheiros deveram expressar sua vontade, por escrito quanto ao destino dos pré-embriões em alguns casos determinados.

Diniz (2010, p.462) fundamenta que:

Segundo o Enunciado n. 106 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na Jornada de Direito Civil de 2002, "para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução humana 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".

Para que a paternidade do marido falecido seja presumida, será obrigatório a mulher estar na condição de viúva quando se submeter a uma das técnicas de reprodução humana assistida, sendo obrigatória a autorização escrita do marido para que utilize seu material genético.

Maria Berenice Dias (2011, p.368-369) afirma que a legislação não proíbe a inseminação *post mortem*, mas não se pode presumir o consentimento do marido para a utilização da técnica conceptiva e que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim.

Ainda, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka ainda acrescenta que não se pode presumir que alguém queira ser pai após sua morte (in *As Inovações Biotecnológicas e o Direito das Sucessões*. In: Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional. Tepedino, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p.319).

Os desafios que as técnicas de reprodução medicamente assistida "se traduzem na necessidade de estabelecimento de critérios para o exercício de direitos e obrigações em domínios até pouco tempo atrás alheios à moral e ao direito" (BRAGATO e SCHIOCCHET, 2012, p. 221)

Portanto, para que ocorra a reprodução humana assistida *post mortem* deverá haver autorização expressa, pois não se poderá presumir que o *de cujus* deixou sua vontade para esse fim.

3.3 RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA DE 2013/2013

Tartuce (2014, p. 333) ensina que:

Quanto à reprodução assistida (R.A.), o Conselho Federal de Medicina editou, em 15 de dezembro de 2010, a Resolução 1.957/2010, em substituição à antiga Resolução 1.358/1992. A norma tratava de questões éticas relativas ao tema, tendo grande aplicação prática, por orientar os atos que poderiam ou não ser praticados pelos médicos que atuam nessa área. Em 2013, essa resolução foi revogada pela Resolução 2.013/2013, do mesmo Conselho Federal de Medicina, que procurou aperfeiçoar o tratamento da matéria. São princípios gerais consagrados pela última resolução: “1 – As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.2 – As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente, e a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos.3 – O consentimento informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas a serem submetidas às técnicas de reprodução assistida. 4 – As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.5 – É proibida a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.6 – O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos faz-se as seguintes recomendações: a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.7 – Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária”.

Entende-se que as Resoluções estão em constantes modificações, para aperfeiçoar o tratamento sobre o tema.

As técnicas de reprodução humana assistida tem o objetivo de embasar e auxiliar as resoluções dos problemas, facilitando o processo de procriação. As técnicas de reprodução humana assistida só serão realizadas quando houver a probabilidade de sucesso efetivo e que não traga nenhum risco de saúde para a paciente ou para a criança a ser gerada, existem requisitos a serem respeitados, como a idade de no máximo 50 anos, o consentimento é um requisito

obrigatório para todos que irão passar por técnicas de reprodução humana assistida, nas técnicas de reprodução humana assistida não se pode escolher o sexo da criança, ou mesmo escolher se ela irá nascer ou não com algum problema de saúde, é expressamente proibido a fecundação humana sem a finalidade de procriação.

Para a advogada Heloísa Helena Gomes Barboza, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM): “A resolução do Conselho Federal de Medicina é de enorme importância para o Direito de Família, embora contenha apenas normas éticas, não sendo, portanto, norma de âmbito geral como a lei.”

Para Heloisa Barboza (2013, s.p)

a nova resolução é uma evolução da anterior no que diz respeito ao tema útero de substituição, que acontece quando uma mulher gera em seu útero um embrião fecundado com o óvulo de outra mulher, que será a verdadeira mãe da criança, tanto genética quanto afetivamente.(online)

Explica que a resolução 2013/2013 (em anexo) evoluiu com relação a anterior principalmente no que diz respeito ao tema do útero por substituição, que ocorre quando uma mulher gera em seu útero um embrião fecundado com o óvulo de outra mulher.

O CFM firmou sua posição contra a comercialização do útero de substituição. Heloísa Barboza reflete que, “embora não haja retirada do útero, muitas mulheres poderiam ser exploradas e, ficar desprotegidas em face dos riscos inerentes à gravidez, até sob o argumento de que teriam sido pagas para isso.”

Pela Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.957/2010 referente reprodução humana assistida por substituição a mulher que gera o filho tem que ter parentesco de até segundo grau (mãe ou irmã) com o pai ou com a mãe da criança a ser gerada, mas na Resolução 2.013/2013 a permissão foi ampliada, sendo admissível, agora, parentes até o quarto grau (tias e primas), devendo ser respeitada a idade limite de até 50 anos.

Neste sentido entende a jurisprudência pátria:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. INOCORRÊNCIA. LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR. RESOLUÇÃO CFM N.º 2013/2013. REPRODUÇÃO ASSISTIDA. UTILIZAÇÃO DE ÓVULOS DO MESMO NÚCLEO FAMILIAR. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. Afastada a alegação de ilegitimidade ativa ad causam, porquanto, muito embora a matéria trazida à liça, nos presentes autos, seja alusiva à ética médica, é indubitável a sua repercussão no que se refere ao direito próprio das impetrantes, uma vez que é a Resolução CFM n.º

1.957/2010, posteriormente substituída pela Resolução n.º 2013/2013, que expressamente proíbe o procedimento aqui pretendido, qual seja, a utilização de óvulos de pessoas componentes de um mesmo grupo familiar. 2. Conforme disciplinam o art. 5º, incisos LXIX e LXX da Constituição da República e o art. 1º da Lei n.º 12.016/09, mandado de segurança é o remédio constitucional que visa a assegurar direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data, violado ou ameaçado de lesão por parte de autoridade. 3. O direito é certo, desde que o fato seja certo; incerta será a interpretação, mas esta se tornará certa, mediante a sentença, quando o juiz fizer a aplicação da lei no caso concreto controvertido. 4. No caso concreto, os impetrantes, casados há mais de 3 (três) anos, ajuizaram a presente ação mandamental, objetivando a utilização da técnica denominada ovo doação, pela qual a segunda impetrante, em razão da idade avançada, utilizaria, em sua gestação, óvulos doados de alguma das demais impetrantes, todas pertencentes ao seu núcleo familiar. 5. Por sua vez, a Resolução CFM n.º 1.957/2010, posteriormente substituída pela Resolução CFM n.º 2.013/2013, cujo item IV, n.º 2 impede que os doadores conheçam a identidade dos receptores e vice-versa, foi editada a fim de regular as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, considerando a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas (...) e a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica. 6. Em razão de a questão trazida à liça tratar de matéria eminentemente técnica, de rigor seria a produção de prova pericial médica, a fim de comprovar a atual situação clínica da impetrante Maria José de Souza e esclarecer, de modo pormenorizado, os métodos utilizados na reprodução assistida em comento. 7. Ademais, as possíveis repercussões psicossociais para a criança fruto do aludido método reprodutivo deveriam ser analisadas com maior acuidade por um profissional capacitado para tanto. 8. Nesse passo, sendo a questão eminentemente técnica e não comprovando as impetrantes, por meio de documentação idônea, o alegado abuso de poder, não há que se falar em direito líquido e certo capaz de lhe garantir a concessão da ordem pleiteada, sendo de rigor a manutenção da r. sentença recorrida que julgou extinto o processo sem resolução de mérito, ainda que por fundamento diverso, devendo ser ressalvada, contudo, a utilização das vias ordinárias. 9. Apelação improvida. (TRF-3 - AMS: 8452 MS 0008452-65.2013.4.03.6000, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, Data de Julgamento: 11/12/2014, SEXTA TURMA)

Desta forma, tal jurisprudência explica alguns pontos importantes a serem levados em consideração quando se opta pela reprodução humana assistida por substituição, a resolução do Conselho Federal de Medicina 2013/2013 impede, por exemplo, que os doadores conheçam os receptores do material genético ou vice e versa, e para que a situação clínica seja apurada o melhor seria que ocorresse uma prova pericial médica. A jurisprudência menciona ainda que há de se fazer necessário a análise das possíveis repercussões psicossociais que a criança teria de enfrentar por ser fruto de reprodução humana assistida por substituição.

4 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POR SUBSTITUIÇÃO OU DOAÇÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO

O presente capítulo irá conceituar e analisar a utilização de terceiros na reprodução humana assistida.

Nehemias (2014, p.86) menciona que “da mesma forma que o conceito de família mudou ao longo da história, especialmente após o século XX, o conceito e as formas de procriação também mudaram a partir de novas técnicas.” “pelo estágio atual da evolução da ciência, a criação de novo ser da espécie humana depende de três coisas: espermatozóide (microgameta), óvulo (macrogameta) e útero.” (COELHO, 2014, p. 168)

A gestação por substituição é popularmente conhecida como “barriga de aluguel” ou “mãe de aluguel”.

Farias (2015, p.550) explica que:

Gestação em útero alheio ou gestação por outrem é a técnica utilizada pela Ciência Médica para permitir que uma paciente, biologicamente impossibilitada de gestar ou de levar a gravidez até o final, possa ter um filho – resultante de fecundação com o seu óvulo – gestado em útero de terceira pessoa.

É o procedimento que realiza o sonho da maternidade a determinadas pessoas as quais não podem realiza-lo sozinhas por não se mostrar viável.

A reprodução humana assistida por substituição ou doação temporária de útero é antiga, seu primeiro registro ocorreu na Bíblia Sagrada, quando Sarai, entregou sua serva Agar para Abraão, para que pudesse lhe dar descendentes. “E disse Sarai a Abraão: eis que o Senhor me tem impedido de gerar; entra, pois, à minha serva; por ventura terei filhos dela” (GÊNESIS, 16:2, 1995, p. 16.)

Nota-se então que tal método já é adotado há tempos, por mulheres que tem o sonho de ser mães e são impossibilitadas, recorrendo assim a uma terceira.

As controvérsias a respeito da utilização das mães de substituição são imensas, dando ensejo a grandes embates no campo religioso, ético e jurídico. No campo jurídico, tal possibilidade se revela praticamente impensada pela legislação.

No entanto, a Resolução do Conselho Federal de Medicina admite esse tipo de reprodução humana, desde que sem fins lucrativos, e admite-se atualmente, que a cedente seja parente até o quarto grau, da mãe ou do pai da criança.

A Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões explica que:

Com o objetivo de dar filhos à mulher impossibilitada de gerá-los, foi instituída a utilização da técnica conhecida como útero de substituição, ou maternidade de substituição – a popular barriga de aluguel.

Explica Laura Dutra de Abreu (2015, p. 98) que, na gestação em útero alheio, “a maternidade é dividida ou dissociada: a mãe genética, por impossibilidade física recorre à outra mulher, mãe gestacional, para que esta leve a termo a gravidez impossível daquela”.

Entende-se que quando é adotado esse tipo de Reprodução Humana Assistida, existe uma divisão da maternidade, uma vez que a mãe gestacional irá ceder seu útero para gestar a criança da mãe genética, diante da impossibilidade desta.

Neste sentido entende a jurisprudência pátria:

Homoparentalidade. Família homoafetiva formada por duas mulheres. Recurso à reprodução assistida. Uma mulher cede o óvulo, enquanto a outra gesta a criança. Dupla maternidade. Possibilidade de registro civil das duas como mãe do mesmo filho. (TJPI, Pedido de Providências nº 0001313-38.2013.8.18.0139, Rel. Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho, j. 19.12.2013).

Tal jurisprudência aborda o caso de um casal homoafetivo, e notamos que o caso em tela refere-se a duas mulheres que decidiram ter filhos através de técnicas de reprodução humana assistida, e o juiz sabiamente menciona que no caso em que uma mulher cede o óvulo, enquanto a outra gesta a criança, teremos uma maternidade dupla, possibilitando as duas a saírem como mães no registro civil da criança.

Como bem ensina Dias (2015 p.404)

Não cabe outra resposta: ambas são as genitoras. O só fato de ter a mãe gestacional carregado o filho no seu ventre, não a autoriza a registrá-lo somente em seu nome. Aliás, a Justiça já vem admitindo que, em caso de gestação por substituição, o registro seja feito em nome de quem forneceu o material genético. De outro lado, nada justifica impedir que no registro de nascimento conste também o nome de mãe que doou os ovócitos. O exame de DNA comprova ser ela a mãe genética.

Como abordado anteriormente, bem como na doutrina, seria injusto não reconhecer ambas como mães, uma vez que o fato de a mãe gestacional ter carregado o filho em seu ventre não a autoriza a realizar o registro apenas em seu nome, o doutrinador menciona ainda que a justiça vem admitindo que em caso de reprodução humana assistida por substituição, o registro da criança seja feito em nome de quem forneceu o material genético, porém não justificaria impedir que conste no registro também o nome da mãe que doou os ovócitos, pois ela não deixa de ser mãe genética.

Rolf Madaleno (2013, p.533) nos explica as duas modalidades de mães de substituição, ou de útero de substituição:

Mãe portadora, porque apenas empresta seu útero, recepcionando os embriões do casal doador e solicitante do empréstimo do útero, ou recepcionando o óvulo de uma doadora anônima, na chamada ovodoação, e a mãe de substituição, que não só empresta o útero como também pode ceder seus óvulos, sendo inseminada com o esperma do marido da mulher infértil, assumindo o compromisso de dar à luz à criança e entregá-la ao casal que assumirá a filiação, renunciando a mãe genética e gestante.

Diante dessa explicação podemos obter com mais clareza as duas distinções, uma vez que a mãe portadora apenas empresta o útero para carregar consigo o material genético de outrem, quando a mãe de substituição fornece seu óvulo para ser inseminado com o esperma do marido da mulher que é considerada infértil, além do útero para gestar a criança.

Como explica Eliana Cristine da Silva (2003, p.252)

Esta técnica consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do zigoto ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe.

Desta forma, a técnica de reprodução humana assistida por substituição consiste em solicitar a uma terceira pessoa, seu útero para que gere

uma criança, pois a mãe biológica não possui condições para tal ato, uma vez que a gravidez apresenta risco à vida da mãe.

Nas palavras de Garieri, Silva e Salomão (2014, p.70), a Resolução:

Em diversas passagens, enfrenta temas controvertidos, como a gestação de substituição ou doação temporária de útero, vedando sua utilização para casos exclusivamente de caráter lucrativo ou comercial. De acordo com a Resolução, as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau. Questão mais obscura ainda, é o procedimento registral das crianças geradas através da popular “barriga de aluguel” e da reprodução assistida post mortem, uma vez que na omissão da única diretriz brasileira sobre o assunto a solução por vezes demanda o auxílio do Poder Judiciário.

Entende-se desta forma que a Resolução do Conselho Federal de Medicina veda expressamente a utilização do método de reprodução humana assistida por substituição ou doação temporária de útero para casos com caráter lucrativo. Em outras palavras, não é possível a comercialização de útero. Menciona ainda que a questão do registro da criança geradas através desse método é o que tem de mais indefinido.

Para Rizzardo, (2014, p.443)

O contrato não se enquadra como de locação de coisas, na espécie do útero, pois nesta figura uma pessoa entrega para alguém – o locatário -, durante certo espaço de tempo, e mediante uma remuneração combinada, o uso e o gozo de um bem não fungível. A função de gestadora sugere uma série de compromissos, deveres e posturas que a mulher assume com os pais genéticos. Embora não tenha qualquer participação na fecundação ou no fornecimento do óvulo, ela converte-se em prestadora de serviços relativamente aos pais genéticos e ao futuro feto. Os serviços vão desde a prestação de alimentos, respiração, calor, ambiente próprio para o crescimento do embrião e posteriormente feto, até uma série de condutas que deve assumir, como a observância de hábitos alimentares, moderação nos esforços físicos, consultas médicas regulares, controle nas emoções e abstinência de vícios, como o de fumar.

Conforme explicado por Rizzardo, entende-se que quando uma pessoa se voluntaria para gestar o filho de outrem ela assume uma série de compromissos, deveres e posturas frente aos pais biológicos da criança. Mesmo sem ter qualquer participação na fecundação ou no fornecimento do óvulo, ela se torna prestadora de serviços em relação aos pais genéticos e ao feto.

Em entendimento contrário, Maria Berenice Dias (2015, p. 404) leciona que:

Apesar deste verdadeiro arsenal de vedações, nada justifica negar a possibilidade de ser remunerada quem, ao fim e ao cabo, presta serviço a outrem. Aliás, um serviço em tempo integral por longos nove meses e que acarreta dificuldades e limitações de toda ordem. E, como bem lembra Rodrigo da Cunha Pereira, se a gravidez ocorresse no corpo dos homens certamente o aluguel da barriga já seria um mercado regulamentado. De qualquer forma, nunca se questionou o fato de o procedimento de inseminação ser pago, e bem pago.

Diante disso, entende-se que segundo Maria Berenice Dias, não há nada que impeça a possibilidade de remuneração há mãe gestacional, tendo em vista que ela presta um serviço a outrem, um serviço de tempo integral e com duração de nove meses.

Venosa (2013, p. 247) explica que:

Quanto ao denominado contrato de gestação, as chamadas barrigas de aluguel, o movimento científico e legislativo internacional tem mostrado repulsa a qualquer modalidade de pagamento para essa atividade, quando não ao próprio fato. Há países, todavia, que admitem a prática e até mesmo a incentivam, como em parte dos Estados Unidos. A fecundação em ventre alheio somente deve ser admitida, em última ratio, por motivos de solidariedade e de afeto, da mesma forma que a doação de esperma. Nesse sentido já existem legislações, como a lei espanhola de 1988 (Bossert e Zannoni, 1996:475). Na ausência de norma, entre nós, um contrato oneroso dessa espécie deve ser considerado nulo, porque imoral seu objeto, e a obrigação dele decorrente pode ser considerada, quando muito, obrigação natural. É como conclui, por exemplo, Francisco Vieira Lima Neto, para quem o pacto de gestação não fere a moral e os bons costumes quando é feito de forma gratuita e para solucionar problemas de infertilidade da mulher (In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.) Biodireito, 2001:140). Acrescenta ainda o autor que o Código de Ética Médica passou a admitir a prática desde que os participantes estejam esclarecidos. Esse autor conclui como nós: “embora o pacto não fira a moral e os bons costumes quando firmado em busca de objetivos nobres e altruísticos, é nulo porque ultrapassa os poderes decorrentes da liberdade contratual ao dispor de forma contrária à lei” (2001:144)

Entende-se que existe uma repulsa quanto ao pagamento quando se há um contrato de barriga de aluguel principalmente no âmbito internacional, menciona ainda que a gestação por substituição deve ser adotada como ultima medida, por motivos de solidariedade e afeto da mesma forma que a doação de esperma. Sendo algo diferente disso, o contrato deve ser considerado nulo, por se tornar imoral e a obrigação dele pode ser considerada quando muito natural.

Segundo Maria Berenice Dias (2015, p.404), maternidade de substituição gerou alterações nos vínculos de filiação e presunções de maternidade.

“a possibilidade de uso de útero alheio elimina a presunção *mater semper certa est*, que é determinada pela gravidez e pelo parto. Em consequência, também cai por terra a presunção *pater est*, ou seja, que o pai é o marido da mãe. Assim, quem dá a luz não é a mãe biológica e, como o filho não tem carga biológica poderia ser considerada, na classificação legal (CC1.593), como “mãe civil”.”

Tal método de reprodução não deixa mais certo a presunção de a mãe gestacional ser a mãe biológica da criança, uma vez que o material genético é de uma e o útero da outra.

Tartuce (2014, p. 338) ensina que:

Reconhecendo que a mãe, na *gestação de substituição*, será aquela que forneceu o material genético, em regra. Na verdade, seria interessante uma norma específica para regulamentar à questão, uma vez que a aplicação por analogia das mesmas regras de presunção de paternidade mostra-se inviável, na grande maioria das vezes.

O autor entende que na gestação por substituição o material genético em regra geral será da mãe genética aplicando-se as regras de presunção de paternidade por analogia.

Venosa (2013, p.248) esclarece sobre a maternidade:

Quanto à maternidade, deve ser considerada mãe aquela que teve o óvulo fecundado, não se admitindo outra solução, uma vez que o estado de família é irrenunciável e não admite transação. Nem sempre será essa, porém, uma solução eticamente justa e moralmente aceita por todos. A discussão permanece em aberto. Muito difícil poderá ser a decisão do juiz ao deparar com um caso concreto. Tantos são os problemas, das mais variadas ordens, inclusive de natureza psicológica na mãe de aluguel, que o mesmo projeto de lei sobre reprodução assistida citado, em tramitação legislativa, proíbe a cessão do útero de uma mulher para gestação de filho alheio, tipificando inclusive essa conduta como crime. Sem dúvida, essa é a melhor solução. No entanto, a proibição não impedirá que a sociedade e os tribunais defrontem com casos consumados, ou seja, nascimentos que ocorreram dessa forma, impondo-se uma solução quanto à titularidade da maternidade. Sob o ponto de vista do filho assim gerado, contudo, é inafastável que nessa situação inconveniente terá ele duas mães, uma biológica e outra geratriz. Não bastassem os conflitos sociológicos e psicológicos, os conflitos jurídicos serão inevitáveis na ausência de norma expressa. Outra questão que nos deve preocupar é a clonagem de seres humanos, a qual deve ser em princípio vedada, autorizada unicamente em situações especialíssimas descritas em lei. A futura legislação sobre biogenética e paternidade deverá ocupar-se, portanto, de muitos novos aspectos, nem sequer imaginados em passado próximo. Os aspectos preocupantes são, como se percebe, proeminentemente éticos.

Venosa menciona que o no seu entender a pessoa quem obteve seu óvulo fecundado é que devera ser considerada a mãe da criança, quando esta for

gerada por gestação de substituição, porém menciona ser uma afirmação complicada de se fazer diante de um caso concreto pois existem diversos problemas das mais variadas ordens a serem analisados.

Com relação à filiação decorrente de substituição de útero, Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald (2015 p.552) entendem que:

Sob o ponto de vista filiatório, não se pode deixar de notar que, apesar da falta de disciplina legal expressa, a gestação em útero alheio, implica em relativização da presunção mater sempre certa est (a mãe é sempre certa, indicada pelo parto), derrubando identicamente, a incidência da presunção pater is est (segundo o qual o pai do filho de uma mulher é o seu marido). Em tais hipóteses, a determinação de filiação será submetida a outros critérios, em especial o cumprimento aos requisitos estabelecidos na Resolução do Conselho Federal de Medicina, devendo ser prestigiada a filiação biológica, garantindo-se a quem emprestou material genético estabelecimento da relação de parentesco.

Rosenvald faz entender que diante da falta de legislação a respeito da filiação, nas hipóteses de determinação de filiação, esta será submetida a outros critérios, diversos da mater sempre certa est e do pater is est, e ao cumprimento dos requisitos imposto pela Resolução do Conselho Federal de Medicina, garantindo desta forma, a relação de parentesco a quem emprestou o material genético.

Neste sentido a jurisprudência pátria:

Processo 1028191-10.2015.8.26.0100 – Pedido de Providências – Registro Civil das Pessoas Naturais – Debora Cristina Gouveia e outros – Vistos. Cuida-se de ação ajuizada por Debora Cristina Gouveia, Francis Reggio do Rosário Silva, Regina Celia Diniz Gouveia e Daniel de Gouveia, qualificados na inicial, informando que recorreram a fecundação in vitro e gestação por substituição, pretendendo que da Declaração de Nascido Vivo e da lavratura do assento de nascimento constem os pais biológicos Debora Cristina Gouveia e Francis Reggio do Rosário Silva. Recebida a Emenda da Inicial para constar como pedido que do assento de nascimento constem os pais biológicos, já mencionados. O procedimento foi instruído, inicialmente, pelos documentos de fls. 01/61, 71/72 e 91/95. O representante do Ministério Público ofereceu manifestação favorável às fls. 99. É o breve relatório. DECIDO. Até o momento não há previsão de regra de direito específica para a questão posta nestes autos, competindo a aplicação de princípios enquanto espécies de normas jurídicas. A situação de biodireito humano posta não é passível de uma solução por meio da projeção futura do passado, os Códigos Civis são pensados por meio desse elemento cultural o futuro estaria no passado. Na pós-modernidade o tempo passa ser autoreferencial (o presente influenciado pelo próprio presente ante a inexistência de passado no tema). As disposições do Código Civil, em regra, não tratam da possibilidade de um ser humano gerado por meio de reprodução assistida (fertilização in vitro, na hipótese) em maternidade de substituição, daí o aparente conflito do nascimento havido e seu registro público.

A Resolução n. 2013/2013, do Conselho Federal de Medicina, apesar de conforme ao que se decidirá, respeitosamente, não será posta como fundamento para presente decisão pelo fato da ausência de legitimidade para vinculação social, o que somente pode ocorrer pelo processo legislativo previsto na Constituição Federal. O art. 1.597, inc. V, do Código Civil, estabelece: Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Essa disposição, associada aos princípios da filiação e a constante evolução da tecnologia, permitem o registro civil na forma pretendida. Cumpre também salientar a existência de precedente administrativo da E. Corregedoria Geral da Justiça, assim, no processo n. 2009/104323, o culto Dr. José Marcelo Tossi Silva, MM Juiz Auxiliar da Corregedoria, em parecer aprovado pelo Excelentíssimo Desembargador Antonio Carlos Munhoz Soares, Corregedor Geral da Justiça à época, afirmou: Fora, porém, do campo da ética na conduta dos médicos, encontra-se na doutrina jurídica divergência sobre o tratamento a ser dispensado aos casos de gestação por substituição, em que ocorre a fertilização do óvulo de outrem, in vitro, e a sua posterior inseminação, por meio artificial, naquela que acaba por suportar a gestação e realizar o parto. Rolf Madaleno, sobre o tema, assim se posiciona: “Anota Belmiro Pedro Welter ser definida a maternidade pelo parto e esta é a orientação que tem prevalecido de ser mãe aquela que dá à luz a criança, sendo negados efeitos jurídicos aos contratos de gestação substituta e que a quase totalidade dos países consideram inclusive um ilícito penal” (Curso de Direito de Família, 2008, Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., págs. 395/396). Paulo Lôbo, seguindo linha não dissonante, diz que: “O Brasil, ao lado maioria dos países, não acolheu o uso instrumental do útero alheio, sem vínculo de filiação (popularmente conhecido como “barriga de aluguel”). Com a natureza de norma ética, dirigida à conduta profissional dos médicos, a Resolução n. 1.358, de 1992, do Conselho Federal de Medicina, admite a cessão temporária do útero, sem fins lucrativos, desde que a cedente seja parente colateral até o segundo grau da mãe genética” (Direito Civil: famílias, 2008, São Paulo: Saraiva, págs. 199/200). O referido autor, além disso, prossegue esclarecendo que o § 1.591 do Código Civil alemão, com a redação dada por lei de 1997, prevê que a maternidade da mãe parturiente “não pode ser anulada por falta de ascendência genética, nem desafiada por ação de investigação de maternidade” (obra citada, pág. 200). Já para Sílvio de Salvo Venosa: “Quanto à maternidade, deve ser considerada mãe aquela que teve o óvulo fecundado, não se admitindo outra solução, uma vez que o estado de família é irrenunciável e não admite transação. Nem sempre será essa, porém, uma solução eticamente justa e moralmente aceita por todos. A discussão permanece em aberto. Muito difícil poderá ser a decisão do juiz ao deparar com um caso concreto. Tantos são os problemas, das mais variadas ordens, inclusive de natureza psicológica na mãe de aluguel, que o mesmo projeto de lei sobre reprodução assistida citado, em tramitação legislativa, proíbe a cessão do útero de uma mulher para gestação de filho alheio, tipificando inclusive essa conduta como crime. Sem dúvida, essa é a melhor solução. No entanto, a proibição não impedirá que a sociedade e os tribunais defrontem com casos consumados, ou seja, nascimentos que ocorreram dessa forma, impondo-se uma solução quanto à titularidade da maternidade. Sob o ponto de vista do filho assim gerado, contudo, é inafastável que nessa situação inconveniente terá ele duas mães, uma biológica e outra geratriz. Não bastassem os conflitos sociológicos e psicológicos, os conflitos jurídicos serão inevitáveis na ausência de norma expressa” (Direito Civil: direito de família, 2007, São Paulo: Atlas, 7ª ed., pág. 224). Por seu lado, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, ao comentar o que denomina como “maternidade-de-substituição”, conclui que deve prevalecer a vontade volitiva que se revelar em prol do melhor interesse do filho, o que faz nos seguintes termos: “No Brasil, contudo, no estágio atual dos valores culturais, religiosos e morais

relativamente à maior parte da sociedade, não se mostra possível conceber a licitude da prática da maternidade-de-substituição, conforme foi analisado, mesmo na modalidade gratuita. Contudo, em havendo a prática – mesmo que de forma ilícita –, logicamente que a criança não poderá ser considerada espúria e, conseqüentemente, deve ter resguardados os seus direitos e interesses, entre eles o de integrar uma família onde terá condições de ser amparada, sustentada, educada e amada, para permitir seu desenvolvimento pleno e integral em todos os sentidos, cumprindo-se, desse modo, os princípios e regras constitucionais a respeito do tema. Quanto à paternidade, maternidade e filiação originárias, no entanto, é oportuno observar o mesmo raciocínio anteriormente desenvolvidos a respeito da vontade como principal pressuposto para o estabelecimento dos vínculos, em substituição à relação sexual, já que também na maternidade-de-substituição – como prática associada às técnicas de procriação assistida – não há que se cogitar na conjunção carnal para o fim de permitir a concepção e o início da gravidez da mulher gestante” (O Biodireito e as Relações Parentais, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, págs. 862/863). Luiz Edson Fachin, considerando predominantes a verdade biológica ligada à verdade sócio-afetiva, entende que: “O avanço da técnica médica presta relevantes serviços aos fins do Direito de Família. Sem embargo, a plena possibilidade de atestar a verdade biológica, em percentuais elevados de confirmação da paternidade pela via do exame em DNA, traduz consigo mesma um paradoxo: a verdade biológica pode não expressar a verdadeira paternidade. Cogita-se, então, da verdade socioafetiva, sem exclusão da dimensão biológica da filiação. De outra parte, verifica-se que a procriação artificial tem a finalidade de possibilitar a geração de um descendente de sangue. Neste aspecto, também aqui surge o problema da valoração da verdade socioafetiva. No vazio legislativo ordinário, contempla a temática na perspectiva da inseminação artificial a Resolução n. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina. Das “Normas Éticas para a Reprodução Assistida” daquela Resolução emergem algumas características: 1) A reprodução assistida é “subsidiária”; 2) Toda manipulação genética deve evitar a seleção da espécie, princípio fundamental para evitar a eugenia; 3) A mulher, para submeter-se à reprodução assistida, deve ser casada ou manter união estável; 4) A Resolução prevê a gestação por substituição, desde que seja com pessoa da família, parentes de segundo grau. Assim, em tese, estaria vedada a contratação de terceiro para realizar a gestação por substituição. Em suma, parentesco e benemerência, gratuidade e impossibilidade da reprodução pelas vias normais equilibram esse regime de “doação gratuita e temporária” do útero”. Verifica-se na doutrina citada que, ante a ausência de regulamentação legislativa, a solução para as situações concretas, ocorridas a fertilização in vitro e a posterior inseminação artificial em “cedente de útero”, ou “mãe-desubstituição”, deve prevalecer o melhor interesse da criança desse modo concebida e nascida, o que, neste caso concreto, corresponde à lavratura do assento de nascimento com base na verdade biológica da filiação. Diante disso, a situação, consoante a referida previsão do Código Civil, é de reprodução assistida com maternidade de substituição, daí o cabimento do registro em conformidade ao tratamento médico realizado, levando ao registro público a verdade, nada além da verdade. Pelos fundamentos expostos, defiro a lavratura do assento de nascimento, determinando que Debora Cristina Gouveia e Francis Reggio do Rosário Silva, figurem como seus respectivos pais, observadas as formalidades necessárias, servindo esta sentença como mandado. Encaminhe-se cópia desta decisão à Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, por e-mail; inclusive, respeitosamente, para eventuais estudos, se assim se tiver por pertinente, para o regramento administrativo da presente situação nas NSCGJ. Ciência ao MP.

Entende-se a jurisprudência em comento que por mais que não tenha uma legislação específica aplica-se ao caso o artigo 1597 inciso V do Código Civil de 2002, por se trata de inseminação artificial heteróloga, tendo em vista que teve previa autorização das partes para realização da inseminação artificial bem como a utilização de barriga de substituição.

De acordo com o Desembargador Antonio Carlos Munhoz Soares, Corregedor Geral à época, a doutrina diverge quanto ao tratamento de gestação por substituição, diante disso, requer citar o entendimento dado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 862 e 863)

ao comentar o que denomina como 'maternidade-de-substituição', conclui que deve prevalecer a vontade volitiva que se revelar em prol do melhor interesse do filho, o que faz nos seguintes termos: "No Brasil, contudo, no estágio atual dos valores culturais, religiosos e morais relativamente à maior parte da sociedade, não se mostra possível conceber a licitude da prática da maternidade-de-substituição, conforme foi analisado, mesmo na modalidade gratuita. Contudo, em havendo a prática – mesmo que de forma ilícita -, logicamente que a criança não poderá ser considerada espúria e, conseqüentemente, deve ter resguardados os seus direitos e interesses, entre eles o de integrar uma família onde terá condições de ser amparada, sustentada, educada e amada, para permitir seu desenvolvimento pleno e integral em todos os sentidos, cumprindo-se, desse modo, os princípios e regras constitucionais a respeito do tema. Quanto à paternidade, maternidade e filiação originárias, no entanto, é oportuno observar o mesmo raciocínio anteriormente desenvolvidos a respeito da vontade como principal pressuposto para o estabelecimento dos vínculos, em substituição à relação sexual, já que também na maternidade-de-substituição – como prática associada às técnicas de procriação assistida – não há que se cogitar na conjunção carnal para o fim de permitir a concepção e o início da gravidez da mulher gestante.

Assim, verifica-se que devesse prevalecer o melhor interesse da criança, bem como, a vontade dos pais biológicos.

Luiz Guilherme Loureiro (2010, p.1076) leciona que:

Na maternidade em substituição, a mulher que será responsável pela gestação recebe por meio da inseminação artificial o esperma de um homem (marido ou companheiro) cuja esposa é estéril (no sentido de que não produz mais óvulos, nem possui útero) e pretende ter um filho. Neste caso, a mulher engravida e se arrepende do acordo, desejando manter a guarda do filho, não poderá ter o seu vínculo maternal constatado pela mulher estéril. De fato, nosso direito não disciplina tal figura e um acordo desse tipo seria nulo de pleno direito por contrariar a moral. Na verdade, este tipo de acordo não teria a natureza jurídica de um contrato, uma vez que tal instituto, necessariamente, deve 'consistir na obrigação de fazer ou dar qualquer coisa suscetível de expressão pecuniária, segundo os valores do mercado e, portanto, numa qualquer forma de circulação de riqueza, em suma numa operação econômica'.

Assim, não seria aplicado o princípio *pacta sunt servanda*. Aquela que leva a criança em seu útero é a mãe biológica e sua maternidade não poderá ser contestada.

Entretanto, a mulher que doa seu útero para a gestação recebe por meio da inseminação artificial o espermatozoide do marido cuja esposa é estéril se esta se arrepender do acordo, não há na legislação nada que a obrigue a entregar a criança, uma vez que para a legislação brasileira a mãe biológica é aquela que leva a criança em seu útero e sua maternidade não poderá ser contestada.

Loureiro (2010, p 1078) cita Massage e Lampe no sentido de a maternidade não ser um vínculo genético:

A questão se coloca em saber se a doadora do óvulo pode contestar a maternidade da receptora, maternidade que seria fundada apenas sobre a gestação e a parição. A regra do anonimato da doação deveria, na prática, eliminar esta questão; mas em teoria a questão poderia ser resolvida pela significação particular que seria dada à relação intrauterina e à parição. Não se pode, com efeito, reduzir a maternidade à só herança genética e negar, por isso mesmo, o caráter essencial da gestação e da parição.

Nota-se que existe uma incógnita referente ao fato de a doadora do óvulo poder ou não contestar a maternidade da receptora, incógnita esse que deveria ser respondida pelo fato de a doadora ter o anonimato preservado, entretanto como mencionado na citação existe a justificativa de que a maternidade não pode ser reduzida somente a herança genética, pois seria errôneo não observar o caráter essencial da gestação e da parição.

Nas palavras de Pereira (2015, p. 83 - 84) “É que a maternidade, cuja certeza já o romano proclamava (*mater sempre certa est*), ostenta-se por sinais visíveis e aparentes, com a gravidez, o parto especialmente.”

Para Luiz Guilherme Loureiro (2010, p. 1088):

Segundo o direito brasileiro, é o fato do nascimento, e não a vinculação genética, que deve ser dado a registro (art. 50 da LRP). Mãe, portanto, será aquela que levou a criança no seu útero e a trouxe ao mundo. Aliás, o nosso ordenamento determina que ‘ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro’(art. 1.604 do CC). Ora, neste caso não haveria erro e tampouco falsidade. A declaração corresponderia a um fato verdadeiro, vale dizer, a criança realmente saiu do ventre da mulher cujo nome foi declarado ao Oficial. Assim, ninguém, nem mesmo a doadora do óvulo, pode vincular a maternidade daquela criança.

Entende-se então que para o direito brasileiro, o que importa é o fato do nascimento e não a vinculação genética, que deve ser levado em consideração no registro. Diante disso a mãe será aquela que trouxe a criança ao mundo.

Portanto, verifica-se que para o ordenamento jurídico brasileiro o que importa é o nascimento da criança não sua genética, porém conforme consta na resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina o médico que acompanhou o processo de reprodução humana assistida terá que indicar na declaração de nascido vivo que o parto originou-se de reprodução humana assistida por substituição, para que a certidão de nascimento conste o nome de seus pais genéticos e não da mãe portadora.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como discussão inicial a seguinte problemática quais são as consequências no ordenamento jurídico brasileiro da utilização de terceiros para gerar uma criança?

A pesquisa teve início com o histórico da reprodução humana assistida no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, seu conceito e técnicas que foram desenvolvidas e aprimoradas com o passar dos anos. A reprodução humana assistida vem sendo discutida desde os primórdios tendo como marco inicial a Bíblia Sagrada com o exemplo de Raquel pedindo a Jacó para que se deitasse com sua criada para que assim ela pudesse ter um filho.

Verificasse que a reprodução humana assistida surgiu para dar a casais com problemas de infertilidade, a possibilidade de terem o sonhado filho, auxiliados pelas técnicas de fecundação artificial.

Com os avanços tecnológicos a discussão sobre novas tecnologias, o tema continua sendo amplamente debatido tanto pelos doutrinadores bem como pela jurisprudência, tendo em vista que atualmente encontra-se amparado por Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

O Código Civil brasileiro de 2002 em seu artigo 1.597 apresenta as distinções de filiação, com a utilização das técnicas de reprodução humana assistida homóloga e heteróloga. O presente trabalho apresentou os conceitos e características das reproduções humana assistidas homóloga e heteróloga bem como o pensamento da doutrina brasileira ao tema.

A legislação brasileira não possui regras específicas quando se fala em reprodução humana assistida utilizando como parâmetro as Resoluções do Conselho Federal de Medicina buscou-se uma análise histórica e evolucionar destas Resoluções a partir de 1992 a 2013, que foi a Resolução mais recente editada, estando em vigor e sendo amplamente utilizada pelas clínicas que prestam serviço de reprodução humana assistida, bem como pela doutrina e jurisprudência quando trata de filiação decorrente de reprodução humana assistida.

No decorrer da pesquisa foi abordado o tema principal a reprodução humana assistida por substituição, que consiste na utilização de uma terceira

pessoa que ira ceder temporariamente seu útero para abrigar o material genético de um casal impossibilitado de gerar filhos.

Na doutrina existe divergência quanto a doação e a cessão, para uma corrente existe a doação temporária do útero, uma vez que não será remunerada, tendo em vista que a doadora de útero será portadora e não mãe genética, somente irá carregar a criança em seu ventre, por outro lado, existe o empréstimo temporário do útero, que este sim possui caráter oneroso, por ser tratar nas palavras de Maria Berenice Dias uma obrigação de fazer, uma vez que a pessoa que emprestará seu útero, terá certos cuidados necessários, como por exemplo idas regulares a médicos e muitas vezes até afastamento empregatício.

Ainda a possibilidade de útero alheio elimina a presunção que a maternidade é sempre certa uma vez que terá no caso da doação de óvulo ou da barriga por substituição a gestação sempre certa, porém, poderá ser que a mãe que deu a luz a criança não seja a mãe genética.

Para que seja realizada a reprodução humana assistida por substituição, não se é admitido a justificativa estética, uma vez que o Conselho Federal de Medicina, em suas resoluções, admite a utilização temporário de útero por terceiro apenas quando existe comprovação de infertilidade feminina ou masculina, bem como, que a mãe genética não possui condições para gerar uma criança.

Além disso, a cedente deverá ser parente de até 4 grau da mãe ou do pai genéticos, admitindo-se terceiro estranho a família quando existe a falta de parentes aptos a realização da substituição.

No direito brasileiro, não se admiti a conhecida barriga de aluguel, uma vez que as próprias resoluções proíbem a onerosidade deste tipo de reprodução humana assistida.

Verificou-se ainda no decorrer do trabalho a existência da dupla maternidade ou da dupla paternidade, uma vez que a Resolução 2013/2013 assegurou que casais homoafetivos poderiam utilizar das técnicas de reprodução humana assistida para gerar uma criança com material genético do casal ou com a utilização de material genético de doador.

Buscou-se assim uma igualdade na formação da família, tendo em vista que a Resolução 2013/2013 reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável, considerando o que foi decidido pelo STF na ADIN 4277 e ADPF 132.

Ainda a Resolução 2013/2013 autorizou o uso das técnicas de reprodução humana assistida para pessoas solteiras desde que o participante esteja de inteiro acordo e devidamente esclarecido sobre as técnicas.

A própria Resolução 2013/2013, quando trata de gestação de substituição ou doação temporária do útero prevê um contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero que ira receber o embrião em seu útero e dará a luz, estabelecendo claramente a questão de filiação da criança bem como o risco inerente a maternidade bem como a impossibilidade de interrupção da gravidez a garantia do registro civil da criança pelos pais genéticos, a garantia de tratamento e acompanhamento medico dentre outros pontos.

Restou claro que a Resolução 2013/2013, quis proteger as partes envolvidas, quando atualizou as novas técnicas de reprodução humana assistida, bem como quando incluiu a gestação por substituição.

O presente estudo não buscou esgotar o assunto, uma vez que a própria doutrina apresenta em constante transformação limitando-se o tema a discussão da utilização de gestação por substituição com análise especifica na Resolução 2013/2013 e no artigo 1.597 do Código Civil.

Entretanto, com o avanço das técnicas de reprodução humana assistida o direito se vê desafiado a criar uma legislação especifica, quando trata das técnicas de fertilização e fecundação humana uma vez que aplica-se aos casos somente uma Resolução apresentada pelo Conselho Federal de Medicina, tendo em vista, que o Código Civil apenas apresenta as distinções e os prazos para a utilização dos materiais criopreservados.

A utilização da barriga ou de útero por substituição ocorre em casos específicos, porém gera grandes discussões na doutrina e na jurisprudência uma vez que não se tem uma regra específica de como será a filiação decorrente dessa técnica, deixando a responsabilidade para o médico que deverá declarar que se trata de técnica procriativa utilizando terceira pessoa para gestar o óvulo fecundado.

Portanto, o presente trabalho concluiu que ainda falta muito para delimitar quais as consequências no ordenamento jurídico brasileiro na utilização de terceiros para gerar uma criança, uma vez que doutrina e jurisprudência não são unânimes do tratamento aplicado a esta nova técnica apresentada, porem, caberá ao médico à indicação na declaração de nascidos vivos constando que houve a

utilização da barriga por substituição para que ocorra o correto registro da criança em nome da mãe biológica e pai biológico.

REFERÊNCIAS

ABREU, Laura Dutra de; **A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição**. Op.cit., p. 98.

BARBOZA, Heloísa Helena. **Reprodução Assistida e o Novo Código Civil**. In: Maria de Fátima Freire de Sá; Bruno Torquato de Oliveira Naves (coordenadores). *Bioética, Biodireito e o Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Resolução do CFM é evolução, mas ainda é necessário lei sobre o tema, diz especialista Heloísa Helena Gomes Barboza. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5033/novosite>. Acesso em 10 de novembro de 2015.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; SCHIOCCHET, Taysa. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e legais da fecundação artificial post mortem no direito brasileiro**. In: **Direito de família: em perspectiva interdisciplinar**. Fabrício Dani de Boeckel, Karin Regina Rick Rosa, organizadores. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012

BRASIL ESCOLA. **Bioética e Reprodução Humana**. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/biologia/bioetica-reproducao-humana.htm/>>. Acesso em: 08 mai 2015.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - TRF-3 - AMS: 8452 MS 0008452-65.2013.4.03.6000, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, Data de Julgamento: 11/12/2014, SEXTA TURMA.

_____, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUI TJPI, Pedido de Providências nº 0001313-38.2013.8.18.0139, Rel. Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho, j. 19.12.2013.

_____, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Processo 1028191-10.2015.8.26.0100 Pedido de Providências - Registro Civil das Pessoas Naturais - 13/07/2015 do TJSP

Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916/ coordenador Cezar Peluso. – 7 ed. rev. e atual. – Barueri, SP: Manole, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa; **Curso de direito civil: Família e sucessões**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, Maria Berenice; **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011

_____. **Homoafetividade e direito homoafetivo.** Disponível em http://www.mariaberenice.com.br/uploads/52_-_homoafetividade_e_direito_homoafetivo.pdf, Acesso em 06/11/2015.

DONADIO, Nilson, **Ética em Reproducao Humana Laboratorialmente Assistida.** In Hildoberto Carneiro de Oliveira; Ivan Lemgruber. (Ed.) *Tratado de ginecologia da Febrasco.* Rio de Janeiro: Revinter, 2000, v.I.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA. **Normalização de apresentação de trabalhos científicos do curso de Direito,** Curitiba, 2015. 53 p. Disponível em: < <http://www.santacruz.br/v4/download/manual-de-normalizacao-do-curso-de-direito.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2015

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias.** 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____, **Curso de Direito Civil: Famílias.** 5 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito.** 2000, p. 58.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Biodireito e as Relacoes Parentais,** Rio de Janeiro: Renovar, 2003

GARIERI, Daniela Cristina Caspani; SILVA, Luisa Angelo Meneses Caixeta; SALOMÃO, Wendell Jones Fioravante. **Reprodução humana assistida: as Conseqüências do Surgimento de Famílias Construídas in Vitro.** Porto Alegre: Magister, 2014.

GASPAROTTO, Beatriz Rodrigues. RIBEIRO, Viviane Rocha. **FILIAÇÃO E BIODIREITO: UMA ANÁLISE DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA SOB A ÓTICA DO CÓDIGO CIVIL,** 2008, pp. 354-376, disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04_819.pdf. Acesso em 10/10/2015.

LAGRASTA NETO, Caetano. **Diálogos de um juiz.** In: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos.* São Paulo: Atlas, 2011

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito.** São Paulo: R1, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Código Civil Comentado: Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial** - vol. XVI. Álvaro Vilaça Azevedo (coordenador). São Paulo: Atlas, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito civil, famílias.** São Paulo: Saraiva, 2015.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso Completo de Direito Civil**. 3 ed. São Paulo: Método, 2010.

MADALENO, Rolf, **Curso de direito de família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MELO, Nehemias Domingos de, **Lições de Direito Civil, Família e Sucessões**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de direito civil: Família e sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Marisa Schmitt Siqueira; QUEIROZ, Yury Augusto dos Santos. Barriga de aluguel: legalizar? . **Revista Jus Navigandi**, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26030/barriga-de-aluguel-legalizar#ixzz3r2IJ6msJ>>. Acesso em: 9 nov. 2015.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PORTAL EDUCAÇÃO. **Inseminação Artificial Homóloga e Heteróloga**. Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/18122/inseminacao-artificial-homologa-e-heterologa/>. Acesso em: 10 mai 2015.

QUEIROZ, Lincoln. **Reprodução Humana Assistida com maternidade de Substituição Gestação por substituição ou doação gratuita e temporária do útero**. 2015. Disponível em: <<http://www.portaldori.com.br/2015/07/14/2a-vrpsprcpn-reproducao-assistida-com-maternidade-de-substituicao-gestacao-por-substituicao-ou-doacao-gratuita-e-temporaria-do-utero/>> Acesso em 24 out. 2015.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÕES. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v.35, set. 2013.

REVISTA NACIONAL DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. Porto Alegre, v. 3, dez.2014

RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de Família**, 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. **El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial**. 2.ed. Lima:Jurista Editores, 2010.

SCARPARO, Mônica Sartori (2011) apud PISSETA, Francieli. **A filiação e o direito sucessório dos filhos havidos por inseminação artificial e fecundação in vitro homólogas post mortem frente ao Código Civil brasileiro de 2002**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20022/a-filiacao-e-o-direito-sucessorio-dos-filhos-havidos-por-inseminacao-artificial-e-fecundacao-in-vitro-homologas-post-mortem-frente-ao-codigo-civil-brasileiro-de-2002>> acesso em: 9 nov. 2015.

SILVA, Eliane Cristina da. **Aspectos relevantes da reprodução humana assistida**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

SILVA, Elizandra Mara da. **A filiação em face da reprodução humana assistida.** REVISTA DA ESMESC, v.13, n.º19, 2006, p. 367-398.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 5: direito de família. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

ANEXOS

**ANEXO A – RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA
1.358/1992**

**ANEXO B – RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA
1.957/2010**

**ANEXO C – RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA
2013/2013**