



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS
DEPARTAMENTO DE DIREITO, HUMANIDADES E LETRAS – DHL

MAYARA SALDANHA CEZAR GUIMARÃES CALDAS

**TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA: REPERCUSSÕES DA GESTAÇÃO
POR SUBSTITUIÇÃO NO CONTEXTO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO**

Três Rios, RJ

2015

MAYARA SALDANHA CEZAR GUIMARÃES CALDAS

**TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA: REPERCUSSÕES DA GESTAÇÃO
POR SUBSTITUIÇÃO NO CONTEXTO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em curso
de graduação em Direito oferecido pela
Universidade Federal Rural do Estado do Rio
de Janeiro, *campus* Instituto Três Rios.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio

Três Rios, RJ

2015

C145t Caldas, Mayara Saldanha Cezar Guimarães, 1993-

Técnicas de reprodução assistida: Repercussões da gestação por substituição no contexto do direito de família brasileiro. / Mayara Saldanha Cezar Guimarães Caldas. -- Rio de Janeiro, 2015.

102 f.

Orientadora: Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios, Departamento de Direito, Humanidades e Letras, Bacharel em Direito, 2015.

1. Direitos Reprodutivos. 2. Técnicas de Reprodução Assistida. 3. Gestação por Substituição. 4. Direito de Família. 5. Filiação. I. Ribeiro Corrêa Sampaio, Vanessa, orient. II. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Instituto Três Rios. Departamento de Direito, Humanidades e Letras. III. Título.

MAYARA SALDANHA CEZAR GUIMARÃES CALDAS

**TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA: REPERCUSSÕES DA GESTAÇÃO
POR SUBSTITUIÇÃO NO CONTEXTO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em curso
de graduação em Direito oferecido pela
Universidade Federal Rural do Estado do Rio
de Janeiro, *campus* Instituto Três Rios.

Aprovado(a) em: _____

Banca Examinadora:

Professora Orientadora Dr.^a Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio – UFRRJ-ITR

Professor Dr. Allan Rocha de Souza – UFRRJ-ITR

Professor Dr. Rulian Emmerick – UFRRJ-ITR

Aos meus pais, os melhores do mundo.

À minha família, pelo apoio infinito.

Ao meu namorado, pelo amor e dedicação.

À minha orientadora, Vanessa, por toda a atenção e carinho.

À Deus, por me abençoar com mais essa vitória.

RESUMO

CALDAS. Mayara Saldanha Cezar Guimarães. **Técnicas de reprodução assistida: Repercussões da gestação por substituição no contexto do direito de família brasileiro.** 2015. Instituto Três Rios, Departamento de Direito, Humanas e Línguas, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2015.

O presente estudo pretende analisar as repercussões da gestação por substituição no contexto do direito de família brasileiro. A gestação por substituição consiste, em síntese, na técnica de procriação assistida através da qual uma mulher se dispõe a gestar o filho de outrem e, ao final, se compromete a entregar o bebê gestado à pessoa ou casal encomendante. Atualmente, a única norma existente que regulamenta a utilização da gestação por substituição e das demais técnicas reprodução assistida é a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que, embora não possua caráter legislativo, disciplina importantes aspectos relativos às condições de uso das referidas técnicas. Em razão da omissão legislativa acerca do tema, faz-se necessário buscar na doutrina a solução para as controvérsias relacionadas à repercussão da gestação por substituição no direito brasileiro. Todavia, na maioria das vezes os ensinamentos dos doutrinadores apontam em sentidos contrários, dando origem a diferentes correntes doutrinárias sobre as diversas questões envolvendo a gestação por substituição, a começar pela sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como acerca da possibilidade de pessoas solteiras e casais homoafetivos terem acesso à técnica, e sobre determinação da parentalidade-filiação das crianças nascidas através desse procedimento de reprodução assistida, em especial nos casos de conflito positivo ou negativo de maternidade, etc. Além disso, sobre outros aspectos jurídicos relevantes, tal como a natureza do acordo celebrado entre os titulares do projeto parental e a doadora do útero, a discussão doutrinária é praticamente inexistente. Justamente em razão da necessidade de um estudo aprofundado para que se possa identificar da natureza jurídica da relação estabelecida entre os pais e a mulher geradora da criança é que o presente trabalho não se debruçará sobre este assunto, voltando-se para uma análise das discussões decorrentes do acordo já existente.

Palavras-chaves: Gestação por substituição. Admissibilidade. Parentalidade-Filiação.

ABSTRACT

CALDAS. Mayara Saldanha Cezar Guimarães. **Assisted reproduction techniques: Repercussions of the pregnancy replacement in the context of Brazilian family law.** 2015. Três Rios Institute, Department of Law, Humanities and Languages, Federal Rural University of Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2015.

This study aims to analyze the repercussions of the pregnancy replacement in the context of the Brazilian family law. Pregnancy replacement is, in short, the assisted reproduction technique by which a woman is willing to gestate someone else's child and at the end, commits to deliver the baby gestated to the person or couple that ordered. Currently, the only existing rule regulating the use of pregnancy replacement and the others assisted reproduction techniques is the Resolution nº 2.013/2013 of the Federal Medical Council, which, although is not legislation, discipline important aspects about the conditions of use of these techniques. Because of the legislative omission on the subject, it is necessary to seek into the doctrine the solutions for the disputes related to the impact of pregnancy replacement in Brazilian law. However, most of the time the teachings of scholars point in opposite directions, giving rise to different doctrinal theses on the various issues involving pregnancy replacement, starting with its admissibility in the Brazilian legal system, as well as about the possibility of single people and homosexual couples have access to the technique and upon the determination of parenting-affiliation of children born through this assisted reproduction procedure, particularly in cases of positive or negative conflict of motherhood, etc. Besides, on other relevant legal aspects, such as the nature of the agreement between the holders of parental project and the donor of the uterus, the doctrinal discussion is virtually nonexistent. Precisely because of the need for a depth study so that we can identify the legal nature of the relationship between the parents and the child's generating woman is that this work will not enter in this matter, turning to an analysis of the discussions arising from the existing agreement.

Key words: Pregnancy replacement. Admissibility. Parenting-affiliation.

LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
CC	Código Civil de 2002
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
CJF	Conselho de Justiça Federal
CP	Código Penal de 1940
FIV	Fertilização <i>in vitro</i>
FIVET	Fertilização <i>in vitro</i> e Transferência de Embriões
ICSI	<i>Intracytoplasm Sperm Injection</i> ou Injeção de Espermatozoides
PAISM	Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher
SisEmbrio	Sistema Nacional de Produção de Embriões
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TET	Transferência do Embrião para a Trompa
ZIFT	<i>Zigot Intra-Falopian Transfer</i> ou Transferência Intratubária de Zigotos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO 1: A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DOS DIREITOS REPRODUTIVOS.....	11
1.1 A construção conceitual dos direitos reprodutivos	11
1.2 O desenvolvimento dos direitos reprodutivos no âmbito internacional	13
1.3 O desenvolvimento dos direitos reprodutivos no Brasil.....	18
CAPÍTULO 2: CONTORNOS JURÍDICOS DO DIREITO À PROCREAÇÃO NO BRASIL E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	23
2.1 O direito à procriação e seus limites.....	23
2.1.1 O direito à procriação de pessoas não casadas	29
2.1.2 O direito à procriação de casais homossexuais	35
2.2 As técnicas de reprodução humana assistida	37
2.3 A Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina.....	41
CAPÍTULO 3: REPERCUSSÕES DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO CONTEXTO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO	48
3.1 A gestação por substituição e sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro	48
3.2 O uso da técnica por pessoas solteiras e casais homoafetivos.....	58
3.3 A gestação por substituição na Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina	62
3.3.1 A necessidade de consentimento informado	70
3.4 A determinação da filiação	76
3.4.1 Conflito positivo e negativo de maternidade.....	86
CONCLUSÃO.....	91
REFERÊNCIAS	94

INTRODUÇÃO

A impossibilidade de procriar é algo que atormenta diversas pessoas no mundo todo. Homens, mulheres e casais, héteros ou homossexuais, são surpreendidos com a notícia de que são inférteis, ou simplesmente não podem se reproduzir entre si em razão de sua orientação sexual ou por não possuírem um parceiro. Por muito tempo, essas pessoas foram impedidas de alcançar o sonho de ter um filho.

Hoje, porém, tal impossibilidade resta superada, ao menos em tese, diante do desenvolvimento de um conjunto de técnicas que auxiliam o processo de reprodução humana e permitem a superação desses impedimentos, as chamadas técnicas de reprodução assistida. Dentre elas se insere a gestação por substituição, objeto do presente estudo.

A gestação por substituição consiste, em síntese, na técnica de procriação assistida através da qual uma mulher se dispõe a gestar o filho de outrem, se submetendo aos procedimentos necessários à implantação do embrião em seu útero e, ao final, se compromete a entregar o bebê gestado à pessoa ou casal encomendante.

Justamente por envolver a cessão temporária de parte do corpo humano, no caso, o útero da gestante, em benefício de terceiros é que a gestação por substituição gera uma série de polêmicas e questionamentos.

Inicialmente, insta dizer que, no que tange à natureza do acordo celebrado entre os titulares do projeto parental e a doadora do útero, a discussão doutrinária é praticamente inexistente sendo necessário estabelecer um raciocínio à luz dos ensinamentos já construídos sobre a teoria do negócio jurídico e a qualidade dos interesses como patrimoniais ou existenciais.

Discute-se, assim, se a teoria contratual deve ser aplicada para a qualificação da natureza dos acordos de gestação por substituição. No entanto, o histórico, desenvolvimento e aplicação desta conduziriam à aplicação de institutos criados para os interesses patrimoniais, que não se coadunam com as características da terapia de reprodução assistida, *in casu*, maternidade substitutiva.

A ser assim impõe-se a categorização dessa manifestação de vontade como negócio jurídico desvinculado da ideia de contrato e voltada para a criação de regras cujo

cumprimento se perfaz como necessário para o atendimento de interesses humanos existenciais e carecedores de tutela jurídica¹.

Por isso, o presente trabalho se voltará para uma análise das discussões decorrentes do acordo já existente, sem apresentar as minúcias para a identificação da natureza jurídica da relação estabelecida entre os pais titulares do projeto parental e a mulher geradora da criança.

Nesse sentido, a primeira questão que emerge acerca do tema diz respeito à admissibilidade do acordo de gestação por substituição no ordenamento jurídico brasileiro, e se a gestante pode receber uma compensação pecuniária pelo “serviço prestado” ou a cessão temporária do útero só deve ser admitida em caráter altruísta.

Importante saber, também, quais são limites de sua utilização, como, por exemplo, em que situações poderá ser aceito o recurso à gestação por substituição, se em quaisquer casos ou apenas quando houver necessidade médica.

Ademais, surgem indagações acerca de quem pode ser beneficiário dessa técnica. Se apenas os casais heterossexuais, ou os casais homoafetivos também podem utilizá-la a fim de superar a impossibilidade de procriarem entre si, por serem do mesmo sexo. E se as pessoas sozinhas também poderiam ter acesso às mesmas.

Além disso, cumpre analisar como será a determinação da paternidade-filiação decorrente da gestação por substituição, e como se resolverá a questão da filiação em caso de conflito positivo e negativo de maternidade, isto é, quando ambas as mulheres envolvidas na técnica ou nenhuma das duas deseja assumir a maternidade da criança.

São esses os questionamentos que o presente estudo pretende responder. Antes, porém, de se adentrar no objeto principal desta pesquisa, faz-se necessária a apresentação de alguns conceitos que compõem a base teórica necessária para que se possa responder adequadamente às questões a que este trabalho se propõe.

Nesse sentido, traz-se à baila uma breve análise da construção conceitual dos direitos reprodutivos no meio internacional e na ordem jurídica brasileira, que culmina com o

¹ Analisando a validade dos acordos de gestação por substituição sob a ótica da teoria contratual, Guilherme Freire Falcão de Oliveira chega à conclusão de que o objeto de tal contrato seria a criança que ao final é entregue aos titulares do projeto parental, o que implica em uma coisificação da pessoa e viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, objeto do contrato seria ilícito, o que conduz à invalidade do negócio jurídico em si. (OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação. Coimbra Editora, 2012. p. 24-25). A partir do exposto, observa-se que a teoria contratual clássica não é adequada para lidar com situações existenciais como a presente, sendo necessário um estudo mais aprofundado para que se possa identificar a natureza jurídica do acordo de vontade estabelecido entre a gestante e os futuros pais e as regras que regem tal manifestação de vontade.

reconhecimento do direito à reprodução como direito fundamental. Com isso, reconhece-se o direito de cada indivíduo de controlar sua fecundidade sem qualquer interferência ou coerção estatal, o que abrange as situações de concepção e contracepção, e, portanto, garante o acesso às técnicas de reprodução assistida como forma de exercício dos direitos reprodutivos.

Em seguida, ressalta-se o caráter relativo desses direitos, cujos limites estão definidos pela própria Constituição Federal, devendo seu exercício obedecer aos princípios da paternidade responsável, dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança. Nesse contexto, discorre-se sobre os direitos reprodutivos de casais homoafetivos e pessoas sozinhas, se teriam ou não direito à procriação e ao acesso às técnicas de reprodução tendo em vista os limites acima referidos.

Após, apresenta-se uma síntese do que se entende por técnicas de reprodução assistida, como elas se classificam, quais são os principais métodos utilizados, e qual a regulamentação atualmente existente acerca da sua utilização, com destaque para a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que enumera uma série de normas éticas, dirigidas à comunidade médica, que regulam os limites da atuação dos profissionais de saúde na medicina reprodutiva, e cuja análise ganha especial relevância diante da ausência de normas legislativas que regulem o uso das técnicas de reprodução assistida.

Com isso, são traçados os pressupostos teóricos necessários para a solução das questões relacionadas à gestação por substituição acima referidas, na tentativa de trazer à luz do direito essa prática cada vez mais presente na sociedade moderna.

CAPÍTULO 1: A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DOS DIREITOS REPRODUTIVOS

1.1 A construção conceitual dos direitos reprodutivos

Na lição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, direitos reprodutivos são “assim considerados os direitos básicos vinculados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana com os limites que lhes são inerentes”².

Esclarece Miriam Ventura que “os direitos reprodutivos são constituídos por princípios e normas de direitos humanos que garantem o exercício individual, livre e responsável, da sexualidade e reprodução humana”³. Consistem, portanto no:

Direito subjetivo de toda pessoa decidir sobre o número de filhos e os intervalos entre seus nascimentos, e ter acesso aos meios necessários para o exercício livre de sua autonomia reprodutiva, sem sofrer discriminação, coerção, violência ou restrição de qualquer natureza.⁴

No mesmo sentido, afirma Heloisa Helena Barboza que os direitos reprodutivos podem ser entendidos como:

Os direitos de “decidir livremente e responsavelmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre eles, e de acessar as informações, instruções e serviços sobre planejamento familiar”, compreendendo ainda “o direito à escolha reprodutiva”, como à liberdade reprodutiva relativa a “se”, “quando” reproduzir-se, ensejando incluir-se nessa escolha o “como” reproduzir-se, relacionado às técnicas de reprodução artificial (...).⁵

Conforme leciona Flávia Piovesan, o conteúdo direitos sexuais e reprodutivos se desdobra em duas vertentes complementares⁶.

De um lado, assegura-se a liberdade e a autodeterminação individual, o que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção e violência. Consagra-se o direito de homens e mulheres tomar decisões no campo da

² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 444.

³ VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3ª ed. UNFPA: Brasília, 2009. p. 19.

⁴ *Id. ibid. loc. cit.*

⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira de. (Coord.). **Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 229.

⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos reprodutivos como direitos humanos**. Disponível em: <http://siteantigo.mppe.mp.br/uploads/p1KdxISyI758jG-2x2XOxQ/oQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ/Artigo_-_Direitos_reprodutivos_como_direitos_humanos_-_Flv.doc>. Acesso em: 15 jan. 2015. p. 12-13.

reprodução, inclusive referentes ao planejamento familiar, deliberando de forma livre e responsável acerca da reprodução, do número de filhos e do intervalo entre seus nascimentos.

De outro, impõe-se a interferência do Estado no sentido de implementar políticas públicas que garantam o acesso universal aos serviços de saúde reprodutiva, inclusive de planejamento familiar e saúde sexual. Para tanto, é fundamental o acesso a informações, meios e recursos seguros, disponíveis e acessíveis. Insere-se também aqui o direito ao acesso ao progresso científico e o direito de receber educação sexual.

Na visão de Sonia Corrêa e Rosalind Petchesky, o terreno dos direitos sexuais e reprodutivos pode ser definido em termos de poder e recursos:

Poder de tomar decisões com base em informações seguras sobre a própria fecundidade, gravidez, educação dos filhos, saúde ginecológica e atividade sexual; e recursos para levar a cabo tais decisões de forma segura.⁷

O conceito de direitos reprodutivos surge no final dos anos 70 e início dos anos 80 do século XX, como resultado da mobilização dos movimentos de mulheres em todo mundo. Suas formulações iniciais estavam baseadas nos princípios da igualdade, autonomia pessoal e integridade corporal, e partiram da premissa de que para que as mulheres atingissem uma posição igual a dos homens na sociedade, elas mesmas deveriam determinar os usos sexuais, reprodutivos e outros de seus corpos e mentes⁸.

Em que pese o termo “direitos reprodutivos” ser de origem recente, Sonia Corrêa e Rosalind Petchesky ressaltam que suas raízes com relação aos princípios de integridade corporal e autodeterminação sexual tem procedência anterior, na medida em que a ideia de que as mulheres devem ser capazes de decidir se, quando e como querem ter filhos provém dos movimentos feministas de controle de natalidade que se desenvolveram principalmente entre os socialistas ingleses por volta de 1830, e se espalhou por várias partes do mundo no século XX⁹.

Com o desenvolvimento dos significados dos direitos sexuais e reprodutivos, esses direitos se expandiram para englobar necessidades sociais que impedem uma real escolha sexual e reprodutiva para a maioria das mulheres do mundo, que são pobres. Assim é que:

Passaram, desde então, a englobar tanto um espectro de necessidades mais amplas que a regulação da fecundidade (incluindo, por exemplo, mortalidade

⁷ CORRÊA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 6, n.1/2, p. 147-177, 1996. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v6n1-2/08.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015. p. 149.

⁸ *Id. ibid.*, p. 152.

⁹ *Id. ibid.*, p. 151.

infantil e materna, infertilidade, esterilização, desnutrição das meninas e mulheres, mutilação genital feminina, violência sexual e doenças sexualmente transmissíveis), quanto uma melhor compreensão das condições estruturais que restringem as decisões sexuais e reprodutivas (tais como cortes nos investimentos sociais por efeito de programas de ajuste estrutural; falta de transporte, água, estruturas sanitárias, analfabetismo e pobreza).¹⁰

Nesse contexto, ressalta Miriam Ventura, que a concepção originária dos direitos reprodutivos, e que até hoje é a mais comum, está diretamente ligada ao direito ao aborto seguro e legal, à maternidade segura, à anticoncepção, à assistência integral à saúde sexual e reprodutiva, à igualdade de responsabilidades contraceptivas e reprodutivas entre homens e mulheres, ao direito à informação e ao acesso aos meios para realizar escolhas sexuais e reprodutivas¹¹.

Conclui-se, portanto, que o conceito de direitos reprodutivos não se restringe à proteção da liberdade e autodeterminação dos indivíduos sobre suas escolhas reprodutivas. Engloba, ainda, uma série de direitos sociais fundamentais para o seu exercício. Com isso, impõe-se ao Estado o dever de não intervenção na vida sexual e reprodutiva das pessoas e, simultaneamente, de promoção, através de leis e políticas públicas, das condições e dos meios necessários para a prática livre, saudável e segura da sexualidade.

1.2 O desenvolvimento dos direitos reprodutivos no âmbito internacional

Como já mencionado, a construção dos direitos reprodutivos é decorrente das reivindicações dos movimentos feministas por autonomia e autodeterminação reprodutiva, que adquiriram força e expressão, sendo incorporadas nas agendas internacionais¹².

Conforme ensina Flávia Piovesan, os primeiros delineamentos internacionais acerca dos direitos reprodutivos enquanto direitos humanos foram introduzidos pela Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, ratificada

¹⁰ CORRÊA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 6, n.1/2, p. 147-177, 1996. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v6n1-2/08.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015. p. 153.

¹¹ VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, Maria Andréa. **Bioética: reprodução e gênero na sociedade contemporânea**. Brasília: Letras Livres, 2005. p. 121.

¹² *Id. ibid.*, p. 119.

pelo Brasil em 1984. A Convenção objetivava eliminar a discriminação contra a mulher e suas causas, bem como estimular estratégias de promoção da igualdade¹³.

Explica Rulian Emmerick que, embora alguns pactos internacionais anteriores enfatizassem a obrigação dos Estados-partes de incentivar o respeito aos direitos humanos, sem discriminação de qualquer espécie¹⁴, este foi o primeiro documento internacional específico para a garantia, promoção e proteção dos direitos humanos na perspectiva de gênero, que reconheceu internacionalmente a situação de desigualdade econômica, social e cultural das mulheres e a necessidade de criação de mecanismos internacionais e nacionais para garantir a igualdade de direitos entre homens e mulheres¹⁵.

Na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, surge a semente da construção conceitual dos direitos reprodutivos enquanto direitos que exigem do Estado uma dupla atuação no sentido de eliminar a discriminação contra a mulher na esfera da saúde (vertente repressiva), e assegurar o acesso a serviços de saúde, inclusive referentes ao planejamento familiar (vertente promocional)¹⁶.

Outro documento importante foi a Declaração e o Programa de Ação de Viena, resultante da II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, no ano de 1993, em que os direitos das mulheres foram explicitamente declarados como direitos humanos. Em seu artigo 18, a Declaração registra que os direitos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais, e devem ser assegurados pelo Estado através de políticas públicas e mudanças legislativas que garantam a participação das mulheres em igualdade de condições e a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo¹⁷. O documento também afirma o direito da mulher a uma assistência de saúde adequada e aos serviços de planejamento familiar e acesso à educação¹⁸.

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos reprodutivos como direitos humanos**. Disponível em: <http://siteantigo.mppe.mp.br/uploads/p1KdxISyI758jG-2x2XOxQ/oQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ/Artigo_-_Direitos_reprodutivos_como_direitos_humanos_-_Flv.doc>. Acesso em: 15 jan. 2015. p. 7-8.

¹⁴ Como exemplo, citam-se, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1996), e a Conferência de Direitos Humanos do Teerã (1968), onde foram ratificadas as disposições contidas nos dois Pactos de 1966, e também foi proclamado que os países têm o direito humano fundamental de determinar livremente o número de filhos e os intervalos entre seus nascimentos.

¹⁵ EMMERICK, Rulian. **Religião e direitos reprodutivos: o aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 104-107.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos reprodutivos como direitos humanos**. Disponível em: <http://siteantigo.mppe.mp.br/uploads/p1KdxISyI758jG-2x2XOxQ/oQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ/Artigo_-_Direitos_reprodutivos_como_direitos_humanos_-_Flv.doc>. Acesso em: 15 jan. 2015. p. 7-8.

¹⁷ *Id. ibid.*, p. 05.

¹⁸ EMMERICK, Rulian. *Op. cit.*, p. 110.

Os delineamentos iniciais trazidos pela Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 foram aprimorados e consolidados pela Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em 1994, onde, de forma inédita, os direitos reprodutivos foram reconhecidos como direitos humanos no Plano de Ação da Conferência Mundial de População e Desenvolvimento.

Além disso, o documento também aponta como princípio orientador da atuação dos Estados-partes o direito da mulher ao livre exercício de sua sexualidade e reprodução, assim como reitera os direitos da mulheres como direitos humanos¹⁹.

Como dito, o texto introduz pela primeira vez a definição de direitos reprodutivos e considera planejamento familiar como um elemento interno das políticas mais amplas de saúde reprodutiva. A definição de direitos reprodutivos foi expressamente prevista no item 7.3 do Capítulo VII, intitulado “Direitos de Reprodução e Saúde Reprodutiva” do Relatório da Conferência de Cairo, conforme se extrai do trecho abaixo transcrito:

Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.²⁰

O Plano de Ação da Conferência de Cairo trouxe, ainda, o conceito de saúde reprodutiva, que consiste em um estado de completo bem-estar físico, mental e social, que ultrapassa a simples ausência de enfermidade. Segundo o documento, a saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer.

¹⁹ É esse o teor do Princípio 4 do Plano de Ação, assim redigido: “**O progresso na igualdade e equidade dos sexos, a emancipação da mulher, a eliminação de toda espécie de violência contra ela e a garantia de poder ela própria controlar sua fecundidade são pedras fundamentais de programas relacionados com população e desenvolvimento.** Os direitos humanos da mulher e da menina são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena e igual participação da mulher na vida civil, cultural, econômica, política e social, nos âmbitos nacional, regional e internacional, e a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional.” [grifo nosso] (NAÇÕES UNIDAS. **Relatório final da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Plano de Ação do Cairo.** Versão não oficial em português. Cairo, Egito, 5 a 13 set. 2014. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.)

²⁰ NAÇÕES UNIDAS. **Relatório final da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Plano de Ação do Cairo.** Versão não oficial em português. Cairo, Egito, 5 a 13 set. 2014. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

Salienta-se, ainda, que implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha.

Para Rulian Emmerick, o Plano de Ação representou um divisor de águas no que diz respeito aos direitos reprodutivos. Em suas palavras:

Tal documento significou uma mudança no que diz respeito ao debate sobre população, que até então estava adstrito à questão demográfica, para o enfoque dos direitos humanos, em especial para o âmbito do respeito aos direitos reprodutivos enquanto direitos humanos.²¹

Continua o autor explicando que as políticas públicas até então criadas e implementadas na perspectiva do controle de natalidade passaram a serem vistas sob a ótica da defesa dos direitos humanos, do bem-estar social, da igualdade de gênero e do planejamento familiar²². Afirmou-se, assim, a noção de que os direitos reprodutivos fazem parte dos direitos humanos básicos e são fundamentais para o desenvolvimento das nações, devendo orientar as políticas relacionadas à população.

A Conferência do Cairo consignou o direito de homens e mulheres de decidir se e quando desejam reproduzir-se, ou seja, de tomar decisões voluntárias acerca do planejamento familiar, livre de qualquer coerção estatal. Reconheceu-se a ambos o direito de exercer de forma consciente sua liberdade sexual, assumindo as responsabilidades resultantes do exercício desse direito.

Miriam Ventura destaca que na Conferência do Cairo foram reconhecidos como sujeitos de direitos reprodutivos não apenas os casais, mas também adolescentes, mulheres solteiras, homens e pessoas idosas. Nesse sentido, a Conferência representou um avanço, no âmbito internacional dos direitos humanos, na conquista de direitos por parte desses segmentos da população, que deverão ser alcançados pelos programas e políticas públicas e pelas normas legais que garantem os direitos reprodutivos²³.

Após a Conferência de Cairo, foi realizada, em 1995, a IV Conferência Mundial da Mulher, pelas Nações Unidas, em Pequim, na China, onde foi aprovada a Declaração e a Plataforma de Ação de Pequim. Esses documentos endossaram a concepção dos direitos reprodutivos enquanto direitos humanos, realçando a ideia da interdependência e

²¹ EMMERICK, Rulian. **Religião e direitos reprodutivos: o aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 110.

²² *Id. ibid.*, p. 113.

²³ VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3ª ed. UNFPA: Brasília, 2009. p. 36.

indivisibilidade dos direitos humanos ao afirmar que a violação aos direitos reprodutivos das mulheres limita suas oportunidades na vida pública e privada, e o pleno exercício dos demais direitos²⁴.

Enfatizou-se, ainda, a importância de garantir os direitos de autonomia e autodeterminação, igualdade e segurança sexual e reprodutiva das mulheres como determinantes para a efetivação dos direitos reprodutivos para as mulheres. Ademais, os documentos de Pequim consideram a prática de abortos ilegais e inseguros como um grave problema de saúde pública e incentivam os Estados-partes a revisar as legislações que estabelecem medidas punitivas a tal prática e a tomar providências efetivas para a redução do número de abortos, por meio da ampliação ao acesso ao aborto seguro nos casos que a legislação local permitir, e também, ao acesso aos métodos e informações sobre contracepção²⁵.

À vista do exposto, conclui Miriam Ventura sobressaltando que a importância dos documentos resultantes das conferências internacionais realizadas no Cairo e em Pequim para os direitos humanos funda-se no reconhecimento da sexualidade e da reprodução como bens jurídicos merecedores de proteção e promoção específicas em prol da dignidade e do livre desenvolvimento humano²⁶.

No entanto, lembra a autora as dificuldades existentes entre a formulação conceitual dos direitos reprodutivos e a efetiva aplicação e incorporação desses novos direitos aos programas, políticas, ações governamentais, em especial diante da oposição de segmentos conservadores, notadamente religiosos, que consideram a procriação um dom divino, sobre o qual não se pode constituir direitos²⁷.

Por fim, importa ressaltar que, embora os documentos internacionais citados não tenham força coercitiva, já que o cumprimento as disposições neles contidas fica a critério de cada Estado-parte, firmam compromissos políticos importantes. Além disso, possuem inegável importância enquanto fontes de direito, na medida em que os princípios neles

²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos reprodutivos como direitos humanos**. Disponível em: <http://siteantigo.mppe.mp.br/uploads/p1KdxISyI758jG-2x2XOxQ/oQBSFV2tXvW3yLQu7NdnQ/Artigo_-_Direitos_reprodutivos_como_direitos_humanos_-_Flv.doc>. Acesso em: 15 jan. 2015. p. 13.

²⁵ VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3ª ed. UNFPA: Brasília, 2009. p. 37.

²⁶ *Id. ibid., loc. cit.*

²⁷ *Id.* Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, Maria Andréa. **Bioética: reprodução e gênero na sociedade contemporânea**. Brasília: Letras Livres, 2005. p. 119.

enunciados servem de base para criação e interpretação de leis nacionais e políticas públicas voltadas para concretização dos direitos humanos de homens e mulheres neles reconhecidos.

1.3 O desenvolvimento dos direitos reprodutivos no Brasil

Influenciado pelos dogmas da religião católica, as normas legais e sociais no Brasil previam a obediência e a servidão da mulher e dos filhos em relação ao homem, e revelavam uma postura pró-natalista, isto é, de incentivo a uma fecundidade elevada. Havia uma legislação claramente contrária ao controle da natalidade pelos indivíduos, que proibia o uso de métodos contraceptivos e o aborto.

Nesse contexto, a esterilização cirúrgica (vasectomia ou laqueadura) ou química era considerada crime de inutilização de membro ou função pelo art. 129, §2º, inciso III do Código Penal de 1940, enquanto a Lei de Contravenções Penais vedava o anúncio de processo, substância ou objeto que provocasse o aborto ou evitasse a gravidez²⁸.

A situação de desigualdade entre homens e mulheres, decorrente de uma sociedade conservadora e patriarcal, se refletia na legislação brasileira, por exemplo, no Código Civil de 1916, que considerava ao homem o cabeça do casal, chefe da família e detentor do pátrio-poder, enquanto a mulher casada era tida como relativamente incapaz²⁹.

Posteriormente, com o aprofundamento da crise econômica no início dos anos 80, a ênfase social das teses pró-natalistas passa a diminuir, e a ideia de que o crescimento populacional podia constituir um entrave para o desenvolvimento e provocar um esgotamento dos recursos ambientais ganha importância. Ao mesmo tempo, o processo de industrialização e urbanização, o aumento da escolaridade e a entrada das mulheres no mercado de trabalho, as mudanças nas relações de gênero, a maior autonomia e a melhoria do *status* sócio-legal da mulher fizeram crescer a demanda por meios de regulação de fecundidade³⁰.

A partir dos anos 80, a postura nacional passou a ser a da não-intervenção estatal sobre a dinâmica demográfica. No plano legal, observa-se a mudança na Lei de Contravenções Penais, em 1979, que deixou de coibir o anúncio de processo ou substância para evitar a gravidez, mantendo apenas a repressão aos meios que provocassem o aborto. Contudo, não

²⁸ VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, Maria Andréa. **Bioética: reprodução e gênero na sociedade contemporânea**. Brasília: Letras Livres, 2005. p. 133.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2015.

³⁰ VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3ª ed. UNFPA: Brasília, 2009. p. 27.

houve qualquer ação estatal por parte do governo brasileiro no sentido de atender a demanda por métodos de controle e espaçamento da fecundidade.

Na ausência de uma política de acesso aos métodos contraceptivos, emergiram as reivindicações do movimento feminista em relação à melhoria das políticas de saúde, especialmente o acesso às informações e aos meios para o pleno exercício dos direitos reprodutivos³¹. Temas como abuso em relações às mulheres, violência física e simbólica, saúde reprodutiva, saúde integral da mulher, esterilização, planejamento familiar, descriminalização do aborto, entre outros ganharam cada vez mais espaço na mídia e no espaço público brasileiros³².

A discussão sobre a regulação da fecundidade e o planejamento familiar se ampliou, e passou a ser defendida dentro do contexto da saúde integral da mulher e dos direitos humanos. Nessa medida, desponta um novo discurso acerca da reprodução humana, baseado nos princípios do direito à saúde e na autonomia das pessoas na definição dos intervalos de nascimento e número de filhos³³. O resultado dessa mudança de paradigma foi a criação do Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), pelo Ministério da Saúde, em 1983.

O programa incorporou o ideário feminista, definindo ações prioritárias para atender às necessidades da população feminina no âmbito da saúde integral da mulher, inclusive aos aspectos da saúde reprodutiva. O PAISM se propunha a dar assistência clínico-ginecológica à mulher em todas as fases da vida, tanto no campo da reprodução (planejamento familiar, gestação, parto e puerpério), como nos casos de doenças crônicas ou agudas³⁴.

Não obstante os avanços já alcançados na temática dos direitos das mulheres, em especial aqueles relacionados à saúde sexual reprodutiva, foi a promulgação da Constituição Federal de 1988 que representou o marco político-institucional e jurídico no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres e da igualdade de gênero, reafirmando, assim, os compromissos assumidos pelo Brasil perante a ordem internacional.

³¹ VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3ª ed. UNFPA: Brasília, 2009. p. 29.

³² EMMERICK, Rulian. **Religião e direitos reprodutivos: o aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 126.

³³ VENTURA, Miriam. *Op. cit. loc. cit.*

³⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Mais sobre saúde da mulher**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/acoes-e-programas/saude-da-mulher/leia-mais-saude-da-mulher>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

A Carta Magna selou, de forma definitiva, a igualdade entre homens e mulheres, elevando-a ao *status* de direito fundamental, em seu art. 5º, inciso I. A Constituição também incorporou em seu texto inúmeras garantias que representam avanço na conquista de direitos das mulheres, tais como a proteção constitucional da maternidade, a igualdade de direitos e deveres na sociedade conjugal, o direito à saúde, inclusive reprodutiva, à assistência social, à seguridade social, dentre outros³⁵.

No que diz respeito aos direitos reprodutivos, estes foram acolhidos de forma expressa pela Constituição Federal de 1988, que trouxe a definição de direitos reprodutivos para o ordenamento jurídico brasileiro, no art. 226, parágrafo 7º, com a seguinte redação:

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.³⁶

Com isso, a Constituição assegura a homens e mulheres o direito de decidir de forma livre e responsável acerca das questões ligadas à reprodução. O dispositivo assevera, ainda, o dever do Estado de garantir os meios para o exercício dos direitos reprodutivos, em especial, atuando no sentido de informar e educar a população a respeito das opções e mecanismos de controle de fertilidade disponíveis, sem, contudo, exercer qualquer tipo de coerção.

Esclarece Guilherme Calmon que:

Tal atuação não possui qualquer conotação de intromissão ou ingerência na vida do casal constituído formal ou informalmente em família, mas detém dupla função: a) preventiva, no que se refere à informação, ao ensino, à educação das pessoas a respeito dos métodos, recursos e técnicas para o exercício dos direitos reprodutivos e sexuais; b) promocional, no sentido de empregar recursos e conhecimentos científicos para que as pessoas possam exercer seus direitos reprodutivos e sexuais, uma vez informados e educados a respeito das opções e mecanismos disponíveis.³⁷

Com o intuito de regulamentar o art. 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal, foi promulgada a Lei nº 9.263 de 1996, denominada Lei do Planejamento Familiar. A norma federal citada definiu planejamento familiar no art. 2º como sendo “o conjunto de ações de

³⁵ EMMERICK, Rulian. **Religião e direitos reprodutivos: o aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 126..

³⁶ BRASIL. **Constituição**. Brasília-DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 jan. 2015.

³⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 448.

regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Verifica-se que o texto legal estabelece que o planejamento familiar não se restringe ao casal, mas também ao homem e à mulher individualmente considerados. Tal postura do legislador mostra-se acertada, na medida em que tais direitos, como quaisquer outros de natureza individual, devem ser reconhecidos aos cidadãos singularmente.

Na opinião de Miriam Ventura, a definição legal é satisfatória e se harmoniza com o conceito internacional, na medida em que faz referência a um conjunto de ações, não só à contracepção, enfatiza a igualdade de direitos entre homem e mulher, e garante o acesso às ações de saúde separadamente à mulher, ao homem e ao casal, evitando, assim, legitimar o exercício e cuidados relacionados à sexualidade e reprodução somente no âmbito da família tradicional³⁸.

De acordo com a Lei nº 9.263/96, o planejamento familiar integra as ações de atendimento global e integral à saúde, obrigando-se o Sistema Único de Saúde, em todos os níveis, a garantir programa que inclua como atividades básicas, entre outras, “a assistência à concepção e contracepção” (art. 3º, parágrafo único, inciso I), devendo ser oferecidos para o exercício do planejamento familiar “todos os meios e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção” (art. 9º)³⁹.

Nesse sentido, ressalta Miram Ventura que:

O direito à assistência à concepção implica na obrigação do Estado de disponibilizar no Sistema Único de Saúde (SUS) os recursos necessários para o tratamento da infertilidade, inclusive o acesso às técnicas de reprodução humana assistida.⁴⁰

Dessa forma, a Lei 9.263/96 reafirma o direito de todo cidadão ao planejamento familiar, isto é, de controlar livremente sua fecundidade, alcançando as situações de

³⁸ VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3ª ed. UNFPA: Brasília, 2009. p. 91.

³⁹ Com o intuito de dar eficácia plena ao dispositivo mencionado, o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 426/GM, de 22 de março de 2005, que institui a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, tendo, ainda, destinado recursos financeiros no valor total de dez milhões de reais aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, através da Portaria nº 3.149/GM de 28 de dezembro de 2012 (MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 426/GM, de 22 de março de 2005**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm>. Acesso em: 25 mai. 2015.)

⁴⁰ VENTURA, Miriam. *Op. cit. loc. cit.* Todavia, em razão da ausência de leis que regulem a matéria e garantam o acesso universal às novas tecnologias reprodutivas através do SUS, a autora salienta que a situação brasileira é de violação de direitos já consagrados na legislação nacional. (*Id. ibid.*, p. 98.)

concepção e contracepção, competindo ao Estado o dever de proporcionar os recursos necessários para a educação e acesso aos métodos existentes de controle de fecundidade.

CAPÍTULO 2: CONTORNOS JURÍDICOS DO DIREITO À PROCREAÇÃO NO BRASIL E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

2.1 O direito à procriação e seus limites

Segundo Christine Keler de Lima Mendes, o desejo de ter um filho é próprio da natureza humana, e pode ser ainda mais intenso se a pessoa se vê impossibilitada de conceber. Justamente por ser um anseio intrínseco à maioria das pessoas, é que a concretização do projeto parental seria um fator essencial para o completo desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, de modo que negar a realização deste desejo seria uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana⁴¹.

Também é esse o entendimento esposado por Marcelo Truzzi Otero, para quem:

Há muito a filiação deixou de ter propósitos religiosos ou econômicos. O desejo de ter filhos, e tê-los pelos modos aceitos ética e legalmente, concretiza, em tempos atuais, um projeto parental idealizado, refletivo, desejado e que, em singela análise, materializará a personalidade dos partícipes do projeto parental, tutelada constitucionalmente pelo princípio da dignidade humana.⁴²

Cabe lembrar que o princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos princípios fundamentais da Constituição, estabelece o fundamento axiológico que deverá conformar todo o sistema, não só no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante à pessoa, mas também no de garantir direitos que possibilitem o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros das comunidades⁴³.

Nesse contexto, pode-se dizer que o direito à procriação encontra amparo no princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que o desejo de ter filhos constitui um

⁴¹ MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro* heteróloga. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 9, n. 0, out/nov, p. 34-56, 2007. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

⁴² OTERO, Marcelo Truzzi. Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, v. 12, n. 20, fev/mar, p. 19-38, 2011. Disponível em: <http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2015.

⁴³ VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, Maria Andréa. **Bioética: reprodução e gênero na sociedade contemporânea**. Brasília: Letras Livres, 2005. p. 119.

verdadeiro projeto de vida, e, assim, representa uma emanção da própria personalidade dos indivíduos, merecendo, portanto, ser reconhecido e tutelado pelo Estado⁴⁴.

No âmbito internacional, destaca Guilherme Calmon Nogueira da Gama que as Declarações Universais e Convenções Internacionais de direitos humanos reconhecem o direito de qualquer pessoa constituir família, que como regra é composta pelos pais e seus descendentes, estando implícito nesse contexto o direito à procriação⁴⁵.

A Constituição Federal de 1988 confere proteção especial à família (art. 226, *caput*), enquanto estrutura básica da sociedade, onde o homem primeiro desenvolve sua personalidade. Para Cristiano Chaves, a entidade familiar deve ser entendida como *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana e a concretização do projeto de felicidade⁴⁶. O conceito de família trazido pela Carta Magna no art. 226 é amplo e indeterminado. Dessa forma, estão sob proteção constitucional a família originada através do casamento, a decorrente de união estável, a família monoparental, assim como todo e qualquer outro modelo familiar não previsto em lei.

Assim é que, se o conceito de família para determinada pessoa está atrelado à existência de filhos, não se pode impor obstáculos à concretização do projeto parental idealizado por ela, em especial diante da proteção constitucionalmente assegurada a todas as formas de família, como instrumento para o desenvolvimento da pessoa humana e alicerce fundamental para o alcance da felicidade.

Corroborando tal pensamento, expõe Guilherme Calmon Nogueira da Gama que:

No direito brasileiro, além das normas constitucionais já referidas, há a previsão contida no art. 226, *caput*, do texto da Constituição, que prevê a especial proteção que o Estado deve prestar à família e, logicamente, nela devem ser considerados os filhos, se assim for decidido responsabilmente pelo casal no exercício do direito ao planejamento familiar. Assim, como seria possível implementar o comando constitucional se não se assegurar o próprio direito à reprodução?⁴⁷

⁴⁴ OTERO, Marcelo Truzzi. Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, v. 12, n. 20, fev/mar, p. 19-38, 2011. Disponível em: <http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2015.

⁴⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 712.

⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito à família**. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_marco2004/docente/doc04.doc>. Acesso em: 19 mar. 2015.

⁴⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit. loc. cit.*

Não bastasse isso, o artigo 226, §7º, da Constituição Federal de 1988, embora não faça menção expressa ao direito de se ter filhos, eleva ao patamar da dignidade da pessoa humana o direito ao planejamento familiar, cabendo ao Estado assegurar os recursos científicos e educacionais para garantir a efetividade da autodeterminação do casal.

Aqui merece novamente destaque a lição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, para quem a interpretação sistemática dos preceitos contidos no *caput* e no §7º do art. 226 da Constituição Federal assinala a existência do direito à reprodução como direito fundamental. E, se a reprodução é juridicamente tutelada, não se pode discriminar, para este fim de qualificar como direito fundamental, a procriação carnal da procriação assistida⁴⁸.

Regulamentando o dispositivo constitucional citado, a Lei nº 9.263/96 assegura a todo cidadão, o direito de regular sua fecundidade lançando mão dos meios disponíveis para tanto. Em seu já citado art. 2º, a lei define como planejamento familiar o conjunto de ações de regulação de fecundidade, que incluem tanto a assistência à contracepção, quanto o auxílio à concepção. Nesse sentido, dispõe o *caput* do art. 9º da referida lei que:

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.⁴⁹

Disso se conclui que o Estado tem a incumbência de fornecer meios eficazes para o controle, bem como proporcionar a satisfação da fecundidade no seio familiar, o que reforça a ideia de que o desejo de procriar é um direito subjetivo, cabendo ao Estado assegurar seu pleno exercício⁵⁰. Nesse contexto, ganham especial relevância as técnicas de reprodução assistida como forma de concretizar o direito à procriação quando a concepção natural restar inviabilizada.

Sob outra ótica, é certo que o art. 6º e o art. 196 da Constituição Federal asseguram a todos o direito à saúde, enquanto desdobramento do próprio direito à vida, fonte primária de todos os demais bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, ressalta Tycho Brache Fernandes que, uma vez que o Estado considera a infertilidade e a esterilidade

⁴⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 712.

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 9.263**. Brasília-DF, 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 19 mar. 2015.

⁵⁰ MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro* heteróloga. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 9, n. 0, out/nov, p. 34-56, 2007. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

como doenças, reconhece o direito de todo cidadão exigir que lhe promova a saúde, fornecendo o tratamento eficaz para seu problema de saúde, que neste caso específico, seria através do emprego das técnicas de reprodução assistida que, embora não representem de fato a cura, são capazes de superar a barreira da infertilidade e da esterilidade⁵¹.

Na mesma direção, expõe Maria Claudia Brauner:

Se considerarmos que é um direito da pessoa ter acesso aos tratamentos de saúde, cabe incluir a esterilidade como sendo um problema de saúde reprodutiva e que, portanto, autoriza o recurso à medicina para solucioná-lo, não significando, entretanto, concluir que todas as possibilidades oferecidas pela medicina possam ser aceitas e utilizadas sem limitações pelo homem e pela mulher.⁵²

Combatendo o argumento no sentido de que a procriação assistida não deve ser admitida por haver a possibilidade de adoção pelo casal, Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que a questão envolvendo crianças e adolescentes abandonados é de índole social, econômica e política, não podendo o Poder Público impor às pessoas a responsabilidade de assumir encargos que ele próprio deve desempenhar, razão pela qual tal argumento não merece ser acolhido⁵³.

Noutra senda, discorrendo sobre os fundamentos do direito de procriar, Christine Keler de Lima Mendes sustenta que o Estado não pode restringir o desejo de ter filho e formar uma família, pois tal decisão se insere no âmbito da intimidade e da vida privada dos indivíduos, não podendo sofrer intervenção estatal (art. 5º, X, da CF)⁵⁴.

Semelhante é a opinião de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, que vê no princípio da liberdade um dos fundamentos do direito à reprodução, na medida em que a procriação se insere na esfera do mais privado dos interesses, não podendo o Estado interferir nesta decisão. E, no caso de se verificar a impossibilidade de conceber, cumpre ao Estado fornecer recursos educativos e científicos para o exercício do direito ao planejamento familiar⁵⁵.

⁵¹ FERNANDES, Tycho Brache *apud* MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro* heteróloga. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 9, n. 0, out/nov, p. 34-56, 2007. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

⁵² BRAUNER, Maria Claudia. **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/repbrau.htm>> Acesso em: 19 mar. 2015.

⁵³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 756.

⁵⁴ MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro* heteróloga. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 9, n. 0, out/nov, p. 34-56, 2007. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

⁵⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 713.

Ambos os autores também defendem que o direito à procriação se justifica, ainda, na defesa da integridade física e mental do indivíduo, que se vincula ao direito à saúde. Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a descoberta de doença relacionada à impossibilidade de procriar naturalmente gera uma série de desequilíbrios psicológicos à pessoa ou casal, afetando, portanto, suas integridades físico-psicológicas e, conseqüentemente, sua saúde⁵⁶.

Salienta Christine Keler de Lima Mendes, que à noção de infertilidade e esterilidade sempre foi atribuída um valor negativo pela sociedade, em contraposição à fecundidade, o que certamente provoca implicações psicológicas na pessoa infértil ou estéril, que merece, então, a garantia de acesso aos meios que permitirão alcançar a fecundidade e a realização pessoal do projeto parental, além de fazer cessar os transtornos decorrentes da infertilidade/esterilidade⁵⁷.

Além disso, a autora ainda argumenta que, segundo o princípio da legalidade, o direito de ter filho por qualquer método que seja não pode ser vedado, visto que em nosso Estado, tudo o que não é proibido é permitido, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei⁵⁸.

Ademais, privar as pessoas inférteis ou estéreis de alcançar o projeto parental através da procriação assistida representaria uma verdadeira discriminação e violação do princípio da igualdade, em especial porquanto é garantido a todos o direito de acesso aos meios de concepção (art. 226, § 7º da CF; art. 9º da Lei nº 9.623/96), sendo ainda vedado pela Carta Magna qualquer tipo de discriminação (art. 5º, *caput*, da CF).

Sobre esses alicerces é que se fundamenta o direito à procriação, que deve ser reconhecido enquanto direito fundamental, como expressão de outros direitos de índole constitucional, como o direito à vida e à saúde, à liberdade, à igualdade, à inviolabilidade da vida privada e, acima de todos, o princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁹.

⁵⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 713.

⁵⁷ MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro* heteróloga. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 9, n. 0, out/nov, p. 34-56, 2007. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

⁵⁸ *Id. ibid.*

⁵⁹ Embora seja entendimento majoritário na doutrina a existência do direito à procriação, há quem se posicione em sentido contrário. A corrente contrária ao direito à procriação defende que a procriação não é um direito, mas uma faculdade que pode ou não ser exercida, pois, caso contrário, haveria flagrante violação à dignidade do futuro filho, que se tornaria mero objeto do desejo dos pais. O principal expoente dessa vertente é o autor Eduardo de Oliveira Leite, para quem: “Na realidade, não há direito a ter filhos, nem direito de fazer um para outrem. O que há é uma liberdade de desejar um e a liberdade de ajudar o semelhante (estéril) a ter um.” (LEITE, Eduardo Oliveira. *apud* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a

Todavia, é sabido que nenhum direito é absoluto, e não seria diferente em relação ao direito à procriação. A própria Constituição faz a ressalva de que o direito ao planejamento familiar é relativo, pois a livre decisão do casal encontra limites na observância necessária dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a imposição desses limites ao exercício dos direitos reprodutivos e à utilização das técnicas de reprodução assistida, evidencia que os interesses da criança e do adolescente devem ser priorizados, e revelam uma preocupação do legislador não só com as pessoas já existentes, mas também com as pessoas futuras, que nascerão a partir do recurso a essas técnicas⁶⁰. No mesmo sentido enfatiza Heloisa Helena Barboza que ao se reconhecer o direito à procriação, é indispensável que se considerem os direitos fundamentais do filho, também internacionalmente reconhecidos⁶¹.

Nesse contexto, Guilherme Calmon Nogueira da Gama aponta três limitações principais ao direito ao planejamento familiar, são elas: a dignidade da pessoa humana, a paternidade responsável e o melhor interesse da futura criança⁶².

Por força do princípio da paternidade responsável, o projeto parental não pode se restringir à concepção e ao nascimento da criança, devendo abranger também às necessidades da criança após o nascimento, notadamente no que tange à educação, à afetividade, ao amparo, à proteção e à total assistência da futura criança⁶³.

Os direitos e interesses do novo ser devem estar sempre em foco, que não pode em nenhuma hipótese ser considerado um mero instrumento para satisfação pessoal dos pais. Assim, não é apenas os direitos reprodutivos daqueles que desejam ter um filho que devem assegurados, mas acima de tudo o melhor interesse da futura criança.

Com isso, não se pode permitir que a criança seja encarada como um produto decorrente da utilização das técnicas de reprodução assistida, sob pena de coisificação da pessoa, o que viola o princípio da dignidade humana.

utilização de útero de substituição. In: CASABOBA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 310).

⁶⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 449.

⁶¹ BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira de. (Coord.). **Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 231.

⁶² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 450.

⁶³ *Id. ibid.*, p. 715.

Nesse contexto, não serão todas as hipóteses que permitirão o acesso às técnicas de reprodução assistida, de modo que sua utilização somente será legítima e constitucional nos casos em que haja a real necessidade de sua adoção, e que estejam em sintonia com a ordem jurídico-constitucional brasileira.

Em contrapartida, o recurso às técnicas de reprodução assistida, quando motivado por interesses egoístas e arbitrários, como, por exemplo, para escolher o sexo ou as características fenotípicas da criança, não encontra amparo legal, por violar o conjunto de princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, é o pensamento de Anna de Moraes Salles Beraldo, quando afirma:

Ademais, é imprescindível destacar que a reprodução medicamente assistida deve ser a exceção, não sendo concebível sem emprego para satisfação de preferências meramente egoísticas dos pais, como a escolha do sexo ou outras característica física, a não ser que isso possa causar grave prejuízo à criança.⁶⁴

Maria Claudia Brauner também ressalta que o direito de procriar não é absoluto, podendo ser cerceado se a pessoa não apresentar condições psíquicas para se cuidar de uma criança (por doença mental) ou se sua intenção de gerar for imoral, ilícita ou, ainda, desvirtua a importância da paternidade responsável, menosprezando o papel paterno ou materno na vida do filho⁶⁵.

Conclui-se que, embora inexista regulamentação expressa dos direitos reprodutivos, dúvidas não há de que seu exercício estará sempre limitado à observância dos demais princípios que regem a ordem jurídica brasileira, máxime a dignidade humana do futuro ser. E, por isso, é perfeitamente admissível a imposição de normas pelo Estado que estabeleçam requisitos subjetivos e objetivos para a utilização das técnicas de reprodução assistida.

2.1.1 Direito à procriação de pessoas não casadas

Viu-se que a Constituição Federal de 1988 reconhece expressamente ao “casal” o direito de decidir livremente quanto ao planejamento familiar, enquanto o Código Civil presume concebidos na constância do casamento os filhos havidos por reprodução assistida,

⁶⁴ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 21.

⁶⁵ BRAUNER, Maria Claudia. **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/repbrau.htm>> Acesso em: 19 mar. 2015.

nos casos especificados no art. 1.597⁶⁶. Incontroverso, portanto, o direito à reprodução e a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida pelos cônjuges.

Por outro lado, restam dúvidas acerca possibilidade de pessoas não casadas (pessoa sozinha ou que convive em união estável) terem acesso às técnicas de reprodução assistida.

No que se refere aos casais em união estável, a doutrina em geral não apresenta óbices ao uso das técnicas de reprodução assistida pelos conviventes, porquanto já foi reconhecido o *status* constitucional de família à união estável pela Carta Magna de 1988. A divergência permanece apenas com relação à aplicação à união estável das regras do art. 1.597 do Código Civil que fixa a presunção de paternidade dos filhos havidos por reprodução assistida (incisos III a V do dispositivo citado).

Inicialmente, cumpre mencionar que a questão se insere no bojo de uma discussão mais ampla, referente à aplicação ou não de todas as presunções de paternidade previstas no art. 1.597 do Código Civil (e não apenas daquelas relacionadas à procriação assistida) aos filhos concebidos durante a constância de uma união estável⁶⁷.

⁶⁶ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
 II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
 III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
 V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL. **Lei nº 10.406 [Código Civil]**. Brasília-DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 mar. 2015.)

⁶⁷ Nesse contexto, importa destacar que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a matéria, decidindo favoravelmente à aplicação das presunções do art. 1.597 do CC à união estável, em acórdão que restou assim ementado: RECURSO ESPECIAL - NOMEM IURIS - DEMANDA - PRINCÍPIO ROMANO DA MIHI FACTUM DADO TIBI JUS - APLICAÇÃO - UNIÃO ESTÁVEL - ENTIDADE FAMILIAR - RECONHECIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO - REQUISITOS - CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA - OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA - DEVERES - ASSISTÊNCIA, GUARDA, SUSTENTO, EDUCAÇÃO DOS FILHOS, LEALDADE E RESPEITO - ARTIGO 1.597, DO CÓDIGO CIVIL - PRESUNÇÃO DE CONCEPÇÃO DOS FILHOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - APLICAÇÃO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - ESFERA DE PROTEÇÃO - PAI COMPANHEIRO - FALECIMENTO - 239 (DUZENTOS E TRINTA E NOVE DIAS) APÓS O NASCIMENTO DE SUA FILHA - PATERNIDADE - DECLARAÇÃO - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - Desimporta o *nomen iuris* dado à demanda pois, na realidade, aplica-se-á o adágio romano da *mihi factum dado tibi jus*. II - O ordenamento jurídico pátrio reconhece, como entidade familiar, a união estável entre pessoas (ut ADPF N. 132/RJ, Rel. Min. Ayres Brito, DJe de 14/10/2011), configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família (artigo 1723, do Código Civil), com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação de filhos (artigo 1724, do Código Civil), de modo a permitir aplicação, às relações patrimoniais, no que couber, das regras pertinentes ao regime de comunhão parcial de bens (artigo 1725, do Código Civil). III - A lei não exige tempo mínimo nem convivência sob o mesmo teto, mas não dispensa outros requisitos para identificação da união estável como entidade ou núcleo familiar, quais sejam: convivência duradoura e pública, ou seja, com notoriedade e continuidade, apoio mútuo, ou assistência

No que tange especificamente às presunções relativas à reprodução assistida, para Heloisa Helena Barboza, embora pareça razoável que se inclua o casal que vive em união estável na disposição do art. 226, §7º da Constituição Federal, não haverá a presunção de paternidade dos filhos havidos por reprodução assistida na constância da união, que só se aplica ao casamento, sendo necessário o reconhecimento de paternidade pelo companheiro⁶⁸.

Ressalva, ainda, a autora que no caso de reprodução assistida heteróloga, a autorização para o procedimento não equivale ao reconhecimento da paternidade pelo companheiro e haverá dificuldades na investigação de paternidade diante do sigilo da identidade do doador, razão pela qual se desaconselha tal prática, por afrontar o melhor interesse da criança que pode restar sem pai⁶⁹.

Em sentido contrário, é a opinião de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, para quem as mesmas regras referentes à presunção de paternidade dos filhos havidos por reprodução assistida heteróloga na constância do casamento podem ser aplicadas na união estável. Defende o autor que o consentimento previamente manifestado no período de convivência do casal substitui, por ficção jurídica, a conjunção carnal, devendo ser atribuída ao companheiro a condição de pai desde o nascimento da criança, não havendo empecilhos à reprodução assistida heteróloga por casais em união estável⁷⁰.

Também a favor da aplicação do art. 1.597 à união estável está Paulo Luiz Netto Lôbo, quando afirma que:

mútua, intuito de constituir família, com os deveres de guarda, sustento e de educação dos filhos comuns, se houver, bem como os deveres de lealdade e respeito. **IV - Assim, se nosso ordenamento jurídico, notadamente o próprio texto constitucional (art. 226, §3º), admite a união estável e reconhece nela a existência de entidade familiar, nada mais razoável de se conferir interpretação sistemática ao art. 1.597, II, do Código Civil, para que passe a contemplar, também, a presunção de concepção dos filhos na constância de união estável.** V - Na espécie, o companheiro da mãe da menor faleceu 239 (duzentos e trinta e nove) dias antes ao seu nascimento. Portanto, dentro da esfera de proteção conferida pelo inciso II do art. 1.597, do Código Civil, que presume concebidos na constância do casamento os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes, entre outras hipóteses, em razão de sua morte. **VI - Dessa forma, em homenagem ao texto constitucional (art. 226, §3º) e ao Código Civil (art. 1.723), que conferiram ao instituto da união estável a natureza de entidade familiar, aplica-se as disposições contidas no artigo 1.597, do Código Civil, ao regime de união estável.** VII - Recurso especial provido. **[grifos nossos]** (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1194059/SP. Relator: Min. Massami Uyeda. Terceira Turma. Brasília, 06 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22665055/recurso-especial-resp-1194059-sp-2010-0085808-2-stj/inteiro-teor-22665056>>. Acesso em: 17 mar. 2015).

⁶⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo Oliveira. (Coord.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 161-165.

⁶⁹ *Id. ibid. loc. cit.*

⁷⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 845.

Ainda que o art. 1.597 refira à “constância do casamento”, a presunção de filiação aplica-se integralmente à união estável. A redação originária do Projeto do Código Civil de 2002 reproduziu a equivalente do Código de 1916, que apenas contemplava a família constituída pelo casamento e a filiação legítima, não tendo sido feita a atualização pelo Congresso Nacional ao disposto no art. 226 da Constituição Federal.⁷¹

Noutra senda, a respeito do uso das técnicas de reprodução assistida por pessoa sozinha (solteira, viúva, divorciada, separada judicialmente ou de fato), Guilherme Calmon Nogueira da Gama se posiciona favoravelmente ao acesso às técnicas de reprodução assistida por esse segmento, justificando sua tese nos valores e princípios vigentes na ordem civil-constitucional brasileira, notadamente no pluralismo das famílias e na proteção constitucional da família monoparental (art. 226, §4º da CF). No entanto, ressalva o autor que o acesso por pessoas sozinhas deve ser excepcional e desde que configurados requisitos mais rígidos do que são exigíveis de um casal, os quais, porém, não são explicitados pelo autor⁷².

Também a favor, Maria Berenice Dias lembra que ao permitir que a utilização do esperma do marido pré-morto na fecundação *post mortem*, o Código Civil autoriza a formação da monoparentalidade⁷³. Já Fabiane Simioni, argumenta que “não parece haver conflito de interesses entre um indivíduo determinado a constituir uma família e a dignidade do filho concebido, que desfrutará das melhores condições possíveis para se desenvolver plenamente”⁷⁴.

Outrossim, para Maria de Fátima Freire de Sá, a Constituição Federal não protege apenas a família monoparental já constituída, mas também a que se pretende constituir⁷⁵. Ademais, sustenta a autora que o princípio do melhor interesse da criança não estará assegurado simplesmente pelo fato de ela nascer em família biparental, mas pela circunstância de ser amada, desejada e respeitada.

Também segundo Maria Claudia Brauner tem-se reconhecido um espaço reservado às famílias monoparentais, tanto àquelas formadas naturalmente, quanto àquelas nascidas a partir do auxílio da ciência, nas técnicas heterólogas. Afirma a autora que o interesse da criança

⁷¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 226.

⁷² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 720.

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 223.

⁷⁴ SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e as tecnologias reprodutivas. In: BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam. (Coord.). **Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e de justiça!** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 317.

⁷⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de *apud* LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 89-90.

deve ser preponderante, mas isso não implica em concluir que seu interesse se contrapõe ao recurso às técnicas de procriação artificial para a constituição de uma família monoparental, desde que o genitor isolado forneça todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto⁷⁶.

Continua a autora destacando que a aceitação de famílias formadas pela contribuição genética de terceiros é uma realidade que deve ser incluída nas diversas formas de constituir vínculos familiares, tendo em vista que a família deste novo século não se define mais exclusivamente pela existência da triangulação clássica: pai, mãe e filho. Em suas palavras: “As novas famílias são manifestações plurais, onde o afeto é o amálgama das relações, onde as famílias monoparentais, famílias adotivas e as famílias reconstituídas encontram seu espaço e reconhecimento social e jurídico”⁷⁷.

Em sentido contrário, está Regina Beatriz Tavares da Silva, para quem:

Se o ideal da biparentalidade nem sempre é alcançado na procriação natural, que seja buscado na reprodução artificial, de modo que nos parece correto o legislador português que limita a aplicação da técnica a casais formados por um homem e uma mulher, seguindo o princípio da não maleficência, ou seja aquele que se fundamenta na obrigação de não acarretar dano intencional.⁷⁸

Eduardo de Oliveira Leite também se manifesta contrariamente à possibilidade de pessoa sozinha empreender o projeto parental. Afirma o autor que toda pessoa tem direito fundamental à biparentalidade, não podendo ser admitida qualquer técnica de reprodução assistida que busque atender a interesses egoísticos de determinadas pessoas⁷⁹.

Maria Helena Diniz é igualmente contrária à constituição de família monoparental através da reprodução assistida, afirmando que a criança tem direito a uma dupla genitorial e à convivência familiar que lhe garanta um desenvolvimento físico e psíquico sadio⁸⁰.

No mesmo sentido, é a opinião de Silvio de Salvo Venosa, para quem “o ordenamento e a ética médica devem repelir a possibilidade de procriação artificial à mulher não casada ou

⁷⁶ BRAUNER, Maria Claudia. **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/repbrau.htm>> Acesso em: 19 mar. 2015.

⁷⁷ *Id. ibid.*

⁷⁸ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Reflexões sobre a procriação ou reprodução assistida nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. NETO; Theodureto de Almeida Camargo. (Coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 45.

⁷⁹ LEITE, Eduardo Oliveira. *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 720.

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena *apud* SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Reflexões sobre a procriação ou reprodução assistida nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. NETO; Theodureto de Almeida Camargo. (Coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 41.

não ligada à união estável”, pois segundo o autor há profundas consequências éticas, morais e psicológicas a serem consideradas⁸¹.

Contra-argumentado tais teses, Guilherme Calmon Nogueira da Gama defende que é perfeitamente viável e factível que uma pessoa sozinha que pretenda ter acesso às técnicas de reprodução assistida tenha um projeto parental que atenda perfeitamente os interesses da criança e respeite os princípios que funcionam como limites ao direito à reprodução⁸². Sustenta, ainda, o autor que, embora a presença das figuras paterna e materna seja fundamental no desenvolvimento da criança, não se trata de presença física, pois as funções de pai e mãe podem ser exercidas por pessoas diferentes⁸³.

À vista do exposto, percebe-se que não existe consenso na doutrina acerca da possibilidade de acesso às técnicas de reprodução assistida por pessoas sozinhas, independentemente do estado civil. O principal argumento utilizado para restringir a utilização das técnicas por pessoas sozinhas é a proteção do direito da criança à convivência familiar, com um pai e uma mãe.

Por outro lado, aqueles a favor do acesso justificam sua posição na proteção constitucional conferida à família monoparental, no direito à procriação como forma de desenvolvimento da personalidade do indivíduo e na ausência de danos à futura criança diante da possibilidade da função materna ou paterna ser exercida por terceiro.

Note-se que tanto os argumentos favoráveis e quanto os contrários tem por base princípios constitucionais. Esse cenário de contraposição de princípios e direitos de ordem constitucional na defesa de teses opostas relacionadas a temas ligados à utilização das técnicas de reprodução assistida se repete inúmeras vezes, justamente em razão da ausência de normas específicas que regulem as condições de uso desses métodos e suas consequências. Assim, mais uma vez, mostra-se necessária a manifestação do legislador pátrio acerca do assunto.

Ao final, é de se destacar que a inexistência de normas não impede o julgamento pelo Poder Judiciário das questões que lhes forem apresentadas. Todavia, uma ponderação legislativa bem feita acerca dos valores aplicáveis à matéria e a sua fixação em termos normativos certamente reduziria o número de problemas e traria maior segurança jurídica às relações envolvendo as técnicas de reprodução assistida.

⁸¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 247.

⁸² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 721-722.

⁸³ *Id. ibid.*, p. 721.

2.1.2 Direito à procriação de casais homossexuais

Outra situação que gera debates é o reconhecimento do direito à procriação de casais homossexuais e, por conseguinte, a possibilidade de acesso às técnicas de reprodução assistida como forma de superar a impossibilidade de procriar entre si, por serem do mesmo sexo, e alcançar a concretização do projeto parental.

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável de pessoas do mesmo sexo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Acompanhando o entendimento do relator, Min. Ayres Britto, os demais ministros votaram pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar⁸⁴.

A decisão do Supremo Tribunal Federal se amparou, dentre outros fundamentos: a) na declaração de que o sexo das pessoas não pode ser utilizado como fator de desigualação jurídica em virtude do disposto no art. 3º, inciso IV da CF, que veda qualquer discriminação; b) no reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana; c) na afirmação de que o concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais, estando inserido nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas; d) na interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil; e) na isonomia entre casais heteroafetivos e homoafetivos, que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma família.

Dessa forma, tendo sido reconhecido o direito à liberdade sexual e a igualdade entre uniões hétero e homoafetivas, impossível recusar aos casais homossexuais o direito à reprodução e o acesso às técnicas de reprodução assistida. Não se pode admitir tratamento jurídico diferenciado com base na orientação sexual das pessoas, sob pena de violação do princípio da isonomia e da vedação de qualquer forma de discriminação, assegurados pela Constituição Federal.

⁸⁴ SUPREMO RECONHECE UNIÃO HOMOAFETIVA. *Notícias STF*, Brasília, 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

Em sintonia com o exposto está o pensamento de Maria Berenice Dias, para quem não há nem pode haver qualquer obstáculo legal para impedir que casais homossexuais façam uso das técnicas de reprodução assistida. Defende, ainda, a autora a incidência das presunções legais de filiação aos casais homoafetivos. Em suas palavras:

Reconhecidos os casais homoafetivos como entidade familiar, constituindo união estável e estando assegurado acesso ao casamento, nada justifica não incidirem as presunções legais de filiação. Desse modo comprovada a união ou o casamento, é o que basta para proceder-se ao registro, sem a necessidade da propositura de ação de reconhecimento e muito menos de adoção. Afinal, de adoção não se trata.⁸⁵

Também para Fabiane Simioni, a orientação sexual dos indivíduos que pretendem implementar o projeto parental não pode ser usada como critério de exclusão ao acesso à reprodução assistida⁸⁶. Aponta a autora que os argumentos daqueles que rejeitam a possibilidade de acesso à reprodução assistida por homossexuais se baseiam na defesa do direito da criança a um ambiente com um pai e uma mãe⁸⁷. Todavia, ressalta que a defesa dos interesses da criança não pode justificar a exclusão de determinadas formas de família, desrespeitando os valores democráticos e princípios jurídicos consagrados na Constituição.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, por sua vez, embora enfatize a inadmissão de qualquer tratamento discriminatório em razão da orientação sexual da pessoa diante do disposto na Constituição Federal, nega em sua obra a possibilidade de se reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, porquanto não possuírem *status* de família jurídica no direito brasileiro⁸⁸. Todavia, importa lembrar que tal pensamento foi expressado pelo autor em 2003, sendo que na ocasião o próprio já ressaltava a possibilidade de, com a evolução social e cultural, as uniões de pessoas do mesmo sexo serem aceitas no contexto jurídico, o que hoje se vivencia.

⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 384.

⁸⁶ SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e as tecnologias reprodutivas. In: BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam. (Coord.). **Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e de justiça!** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 299-301.

⁸⁷ Nesse sentido, cita-se como exemplo a opinião de Eduardo Oliveira Leite, que defende “a real necessidade de identificação masculina e feminina no desenvolvimento de uma criança, sem a qual ocorrerão limitações de todas as ordens, desde a emocional-afetiva até a identificação sexual e o reconhecimento no grupo social. (LEITE, Eduardo Oliveira *apud* SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Reflexões sobre a procriação ou reprodução assistida nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; NETO, Theodureto de Almeida Camargo. (Coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 41-42.)

⁸⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 781.

Assim, diante do reconhecimento expresso do *status* de entidade familiar às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo pelo Supremo Tribunal Federal, e inexistindo dúvidas de que a Corte Suprema dispunha de legitimidade para tanto, não subsistem mais os argumentos que justificavam a restrição do acesso de casais homossexuais às técnicas de reprodução assistida, sob pena de se violar o princípio da isonomia e da vedação de toda e qualquer forma de discriminação, consagrados no art. 5º, *caput*, da Carta Magna.

2.2 As técnicas de reprodução humana assistida

Como já foi exposto, a Constituição Federal e a Lei de Planejamento Familiar afirmam o direito à assistência à concepção (direito à procriação) como um elemento integrante do conceito de direitos reprodutivos. Com isso, proclama-se o direito de homens, mulheres e casais a ter acesso às técnicas de reprodução humana assistida como meio hábil a proporcionar a concretização do projeto parental e a superação da infertilidade e da esterilidade, sendo dever do Estado assegurar o acesso a essas novas tecnologias reprodutivas.

Nesse contexto, importa esclarecer o que se entende por reprodução humana assistida. Trata-se de um conjunto de técnicas utilizadas por médicos especializados, que tem por finalidade facilitar ou viabilizar a procriação por homens e mulheres estéreis ou inférteis⁸⁹. Em síntese, a reprodução assistida facilita o encontro do óvulo e do espermatozoide quando não ocorre naturalmente⁹⁰.

As técnicas de reprodução humana assistida consistem, portanto, em procedimentos desenvolvidos para solução de problemas de esterilidade ou infertilidade de pessoas, através da intervenção externa destinada a suprir um ou mais episódios no processo reprodutivo⁹¹.

Cabe aqui ressaltar a diferença entre esterilidade e infertilidade. A infertilidade traduz-se na diminuição da capacidade de ter filhos devido a alterações no sistema reprodutor masculino ou feminino, ou de ambos. Um casal é considerado infértil quando não consegue conceber num período de 12 a 18 meses, sem uso de métodos anticoncepcionais, mantendo

⁸⁹ SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução humana assistida, a barriga de aluguel, a definição da maternidade e da paternidade, bioética. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 50, p. 348-367, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf> Acesso em: 23 jan. 2015. p. 349.

⁹⁰ PÁDUA, Amélia do Rosário Motta. **Responsabilidade civil na reprodução humana assistida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 57.

⁹¹ *Id. ibid.*, p. 56.

relações sexuais frequentes⁹². Já a esterilidade constitui a incapacidade absoluta de fertilização natural. Diz-se que um casal é estéril quando a capacidade natural de gerar filhos é nula.

Importante lembrar que os métodos de reprodução assistida não curam a esterilidade ou a infertilidade, mas apenas utilizam meios facilitadores para que o processo de fecundação possa ocorrer⁹³. Lembra Amélia do Rosário Motta de Pádua que, à exceção da recanalização de trompas e da reversão da vasectomia, a tecnologia reprodutiva a não dá à mulher e ao homem a capacidade de procriar, apenas supre algumas causas da infertilidade⁹⁴.

O nascimento de Louise Brown, o primeiro bebê de proveta, em 25 de julho de 1978, na Inglaterra, como resultado do processo de fertilização *in vitro* (FIV) marcou o início do entendimento e do tratamento dos problemas relacionados à fertilização humana. Desde então, medicina reprodutiva avançou e passou a oferecer técnicas menos invasivas, mais sofisticadas e que oferecem melhores resultados.

As técnicas de reprodução humana assistida podem ser classificadas como intracorpóreas, quando a fecundação se dá dentro do corpo da mulher, ou extracorpóreas, nas quais a fecundação se dá fora do corpo da mulher, através da fertilização *in vitro* (FIV).

A fertilização *in vitro* (FIV), método conhecido também como “bebê de proveta”, consiste na coleta dos gametas (óvulo maduro e espermatozoide) para que a fecundação seja feita em laboratório, e depois na transferência desses embriões para o útero materno⁹⁵. A evolução dessa técnica deu origem a variações com fundamento equivalente, tais como a FIVET (Fertilização *in vitro* e Transferência de Embriões), a TET (Transferência do Embrião para a Trompa), a ZIFT (Zigot Intra-Falopian Transfer ou Transferência Intratubária de Zigotos), ICSI (Intracytoplasm Sperm Injection ou Injeção de Espermatozoides), dentre outras⁹⁶.

⁹² INFERTILIDADE E ESTERILIDADE. **FGO Clínica de Infertilidade**, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.clinicafo.com.br/fertilidade/infertilidade-e-esterilidade/>>. Acesso em: 23 jan. 2015. Em que pese a doutrina e as instituições médicas se refiram sempre à figura do casal infértil, este é um problema que acomete o indivíduo por si só sendo, portanto, descabida a referência ao casal.

⁹³ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 9.

⁹⁴ PÁDUA, Amélia do Rosário Motta. **Responsabilidade civil na reprodução humana assistida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 62.

⁹⁵ AYRES, Nathalie. **Fertilização in vitro: o famoso bebê de proveta**. Disponível em: <<http://www.minhavidade.com.br/familia/tudo-sobre/16499-fertilizacao-in-vitro-o-famoso-bebe-de-proveta>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

⁹⁶ PÁDUA, Amélia do Rosário Motta. *Op. cit.*, p. 74.

No que diz respeito ao material genético a ser utilizado, as técnicas de reprodução medicamente assistida podem ser classificadas como homólogas, quando os gametas masculino e feminino utilizados são do próprio casal, ou heterólogas, quando há o emprego de material genético de pelo menos um terceiro doador.

Nesse último caso, pode haver utilização de óvulo ou sêmen de um doador, caso em que a técnica será heteróloga unilateral, assim como a doação de ambos os gametas ou até mesmo de embriões de terceiros, quando se terá reprodução assistida heteróloga bilateral⁹⁷. Ressalte-se que, no caso de utilização dos métodos de reprodução assistida por uma pessoa solteira ou por um casal homossexual, haverá necessariamente o emprego de material genético doado, configurando, assim, reprodução assistida heteróloga.

Com o avanço científico dos métodos de reprodução assistida, cresceu também a popularidade dessas técnicas, o que se evidencia através do um aumento crescente no número de casais que procuram clínicas especializadas em técnicas de reprodução humana assistida. De acordo com o 7º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio) elaborado pela Anvisa a partir de informações coletadas em 93 clínicas de reprodução humana assistida, em 2013 foram realizadas mais de 52 mil transferências de embriões em pacientes submetidas a técnicas de fertilização *in vitro* no Brasil⁹⁸.

Não obstante o aumento progressivo na busca por métodos que auxiliem a concepção, ainda não existem leis específicas no Brasil que regulamentem de forma ampla o uso das técnicas de reprodução assistida, com a exceção de três incisos de um único artigo do Código Civil de 2002, que procura dar solução ao aspecto da paternidade decorrente do uso dos métodos de reprodução assistida.

Os incisos III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil assentam a presunção de paternidade dos filhos nascidos através do uso de reprodução assistida, determinando que presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido” (fertilização *post mortem*); os “havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga”; e os “havidos por inseminação artificial heteróloga desde que tenha prévia autorização do marido”.

⁹⁷ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 11.

⁹⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Relatório revela números sobre reprodução assistida em 2013**. Disponível em: <<http://s.anvisa.gov.br/wps/s/r/cUdu>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

O artigo recebeu severas críticas por não ter regulado de forma eficaz a utilização das técnicas de reprodução assistida, deixando de fazer qualquer menção à questão da determinação da maternidade em caso de reprodução assistida, o que impede que o dispositivo possa ser utilizado para presumir concebidos na constância do casamento os filhos havidos com a utilização de óvulos doados, ou através de gestação por substituição.

Além disso, critica-se a imprecisão técnica dispositivo em comento, que ora se refere à fecundação artificial, ora à concepção artificial e ora à inseminação artificial⁹⁹. Diante disso, o Conselho de Justiça Federal aprovou um Enunciado nº 105 na I Jornada de Direito Civil, com a seguinte orientação:

105 – Art. 1.597: As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como "técnica de reprodução assistida".¹⁰⁰

Todavia, em momento posterior, na III Jornada de Direito Civil do CJE, foi aprovado o Enunciado nº 257, segundo o qual as expressões contidas nos incisos III, IV e V do art. 1.597 devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição.

Com base nessa interpretação restritiva, tem-se que o artigo em comento traz apenas a definição da paternidade decorrente das técnicas de reprodução assistida, deixando a questão da maternidade sem solução jurídica, o que, como já dito, foi censurado pela doutrina.

Além do mencionado artigo do Código Civil, existe, ainda, a respeito da matéria a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), que em seu art. 5º permitiu a doação de embriões humanos criopreservados nas clínicas de reprodução para pesquisa, desde que fossem inviáveis ou tivessem sido congelados há três anos ou mais na data de publicação da lei (28 de março de 2005). O artigo permitiu também a doação para pesquisa de embriões que tivessem sido congelados até a data da sua promulgação da lei, depois que eles completassem três anos de congelamento. A lei previu, para ambos os casos a necessidade de consentimento dos genitores, e vedou a comercialização dos embriões, conduta tipificada como crime no art. 15 da Lei nº 9.434/1997 (Lei dos Transplantes de Órgãos).

⁹⁹ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 53.

¹⁰⁰ CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados Aprovados: I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 31 jan. 2015.

Contudo, a interpretação desse artigo vem gerando controvérsias, pois, para alguns autores, somente os embriões congelados há três anos ou mais, antes de 28/03/2015, quando a lei foi publicada, é que poderiam ser usados para pesquisas. Outros autores, porém, não fazem essa distinção¹⁰¹.

Permanece, assim, a omissão legislativa em relação a diversas questões relativas a matéria. O que há é apenas uma norma ética emitida pelo Conselho Federal de Medicina, que disciplina os aspectos ético-profissionais do uso das técnicas de reprodução assistida, a Resolução CFM nº 2013, de 09 de maio de 2013.

Apesar de traçar diversas condições para utilização dessas técnicas, a Resolução não possui caráter legislativo, pois vincula somente a atuação dos profissionais da saúde no emprego das técnicas de reprodução assistida, podendo apenas impor sanções administrativas aos membros que desrespeitam suas normas, como suspensões e desligamentos do quadro funcional, por exemplo.

Portanto, mostra-se imperiosa necessidade de regulamentação apropriada da medicina reprodutiva, com a definição das condições em que se autoriza o recurso às técnicas de reprodução assistida, os limites de utilização de tais métodos, as responsabilidades dos profissionais envolvidos nestas práticas e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento, bem como para que se garanta o acesso de todo cidadão ao projeto parental.

Contudo, diante do vácuo legislativo acerca do tema, a Resolução vem exercendo a importante função de norma orientadora, servindo, inclusive, de inspiração para projetos de lei em trâmite do Congresso Nacional. Por essa razão, importa analisar as condições gerais trazidas pela referida norma ética para o uso das técnicas de reprodução assistida, que até o momento é a única regulamentação razoável acerca da matéria.

2.3 A Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina

A Resolução CFM nº 2013 entrou em vigor em 09 de maio de 2013, em substituição à Resolução CFM nº 1.957 de 2010, que, por sua vez, revogou a Resolução CFM nº 1.358 de 1992, após 18 anos de vigência.

¹⁰¹ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 74.

A norma ética ressalta a importância da infertilidade humana como um problema de saúde e enfatiza que as técnicas de reprodução assistida devem ser utilizadas com a finalidade de auxiliar a resolução dos problemas dela decorrentes.

Estabelece, ainda, três requisitos para utilização das técnicas de reprodução assistida: a) existência probabilidade efetiva de sucesso; b) ausência de risco grave de saúde para a paciente ou para o possível descendente; c) a idade máxima de 50 anos para as candidatas à gestação por reprodução assistida.

Os dois primeiros requisitos apenas repetem as condições citadas nas resoluções anteriores, mantendo, inclusive, a mesma redação. Ambos se justificam e se mostram absolutamente pertinentes. O critério da probabilidade efetiva de sucesso revela-se acertado na medida em que não seria lógico e aceitável a realização de procedimentos que auxiliam a fecundação caso inexistisse a real possibilidade de sucesso, sendo certo que o profissional que agisse desta maneira estaria atuando de forma ilícita, podendo vir a ser responsabilizado civil e penalmente. De igual maneira, apropriada é a condição de inexistência de grave risco à saúde tanto da paciente quanto da eventual prole, vez que a higidez física do ser humano é um preceito basilar e norteador de toda a sociedade, bem como do ordenamento jurídico¹⁰².

Contudo, o terceiro requisito configura-se, no mínimo, inadequado, representando um verdadeiro retrocesso em relação às normas éticas anteriores, que nada mencionavam acerca de idade máxima para participação dos procedimentos de reprodução assistida. Isto porque o fato de a paciente ser maior de 50 anos não quer dizer que não esteja em condições clínicas para realização dos procedimentos de reprodução assistida de forma exitosa.

Cabe aqui mencionar o caso recente de Nivalda Maria Candioto, uma senhora de 55 anos, do sul de Santa Catarina, que escolheu ser útero de substituição de sua filha, que não pode engravidar. Foram feitos todos os exames e foi constatado que ela teria condições de ter a criança. Após o procedimento de inseminação artificial com o material genético da filha e do genro, Nivalda engravidou do neto Arthur, que nasceu em 05 de fevereiro de 2015¹⁰³.

¹⁰² CUNHA, Leandro Reinaldo da; DOMINGOS, Terezinha de Oliveira. Reprodução humana assistida: A resolução 2013 do Conselho Federal de Medicina (CFM). **Revista de Direito Brasileira**, [s.l.], ano 3, v. 6, set/dez, p. 273-290, 2013. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/revistadireitobrasileira/article/view/126/117>>. Acesso em: 03 mar. 2015. p. 278.

¹⁰³ ÁVILA, Mariana de. 'Um gesto de amor', diz avó que gera neto em barriga solidária. **G1**, Santa Catarina, 07 jan. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2015/01/um-gesto-de-amor-diz-avo-que-gera-neto-em-barriga-de-aluguel.html>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

Portanto, mostra-se completamente descabida a limitação etária para participação na reprodução assistida. O que deve ser feito é a aferição da possibilidade efetiva da mulher participar das técnicas sem prejuízos à sua saúde e/ou da futura criança, independentemente da idade. Ao impor o critério etário, sem condicioná-lo à existência de qualquer problema médico que contraindique ou impeça a realização dos procedimentos, a Resolução impõe uma restrição ao acesso às técnicas de reprodução assistida que a própria Constituição não traz, representando, assim, uma verdadeira afronta ao direito ao planejamento familiar, devendo, de todo modo, ser desconsiderada.

Dando sequência à análise da Resolução CFM nº 2013/2013, cumpre mencionar que a norma deontológica estabelece a obrigatoriedade do consentimento informado, por escrito, de todos os pacientes a serem submetidos às técnicas de reprodução assistida, após esclarecimentos de caráter biológico, jurídico, ético e econômico acerca do procedimento. Também devem ser informadas todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de reprodução assistida, incluindo os resultados obtidos na unidade de tratamento.

Conforme destaca Anna de Moraes Salles Beraldo:

É importante que seja oferecido o maior número possível de informações, como a possibilidade de o tratamento ser de longa duração, e que mesmo após o nascimento do bebê ou desistência do casal, haverá difíceis decisões a serem tomadas, como por exemplo o destino dos embriões excedentários.¹⁰⁴

A Resolução determina que as técnicas de reprodução assistida só poderão ser utilizadas para a procriação humana e proíbe a seleção do sexo ou de qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto com o intuito de evitar doenças ligadas ao sexo da criança que venha a nascer.

A norma estabelece, ainda, o número máximo de embriões a serem implantados, que varia de acordo com a idade da paciente e não pode ser superior a quatro, fazendo 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.

A limitação do número de embriões implantados visa reduzir as chances de gestação múltipla, que representa um fator de risco para mulheres mais velhas. Por outro lado, nota-se aqui novamente a limitação de idade máxima de 50 anos para a participação de mulheres na reprodução assistida, que merece as mesmas críticas já salientadas anteriormente.

¹⁰⁴ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 21.

A Resolução proíbe a redução embrionária em caso de gravidez múltipla, que é considerada uma forma de aborto para a legislação brasileira. Contudo, essa proibição pode ser mitigada em situações que ofereçam risco para a gestante, casos em que a redução embrionária pode enquadrar-se no inciso I do art. 128 do Código Penal, que trata do aborto necessário ou terapêutico, permitido quando a situação ofereça perigo à vida da mulher¹⁰⁵.

No que se refere aos pacientes de reprodução assistida, a Resolução diz que todas as pessoas capazes podem ter acesso às técnicas de reprodução assistida. Além disso, consignou expressamente que casais homoafetivos e pessoas solteiras também podem ser receptoras das técnicas, diferentemente das resoluções anteriores, que não faziam qualquer menção aos referidos grupos. Contudo, tal disposição não é unânime na doutrina jurídica, que diverge acerca da possibilidade de utilização das técnicas por casais homossexuais e pessoas solteiras, conforme já analisado.

A Resolução traz, ainda, os requisitos mínimos de funcionamento das clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de reprodução assistida, nos quais se incluem a presença de um diretor técnico médico e a manutenção de um registro permanente de todas as informações relacionadas às técnicas aplicadas na unidade. Além disso, a norma também consigna a responsabilidade das clínicas pela coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano.

Com relação à doação de gametas ou embriões, a Resolução assenta que nunca poderá ter caráter lucrativo ou comercial e que deve ser mantido o sigilo sobre a identidade de doadores e receptores¹⁰⁶. Somente em situações especiais, em que a pessoa tenha necessidade

¹⁰⁵ KUSMA, Taís Fernanda. **Novas tecnologias: colisão de direitos fundamentais face à técnica de redução embrionária**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c82fab8c8f89124>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

¹⁰⁶ Acerca da doação de sêmen, indaga-se se seria lícita, perante o direito brasileiro, a remuneração pelo fornecimento do sêmen. Sobre o assunto, Heloisa Helena Barboza afirma que “Parece-nos razoável aplicar-se à hipótese, por analogia, a regra existente para o sangue humano: artigo 199, §4º, da Constituição Federal, que veda todo tipo de comercialização” (BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 43). No mesmo sentido, é o entendimento de Juliane Fernandes Queiroz, para quem “Os bens de valor econômico podem ser livremente doados, conforme a vontade do seu detentor. Já os bens sem valor econômico, que compõem o corpo da pessoa, só podem ser objeto de doação, desde que a transação não fira a integridade corporal do doador, como no caso do sangue, do rim e do sêmen. (...) Em sua, as partes ou produtos do corpo humano, componentes do patrimônio não valorado comercialmente, de uma pessoa, só podem ser objeto de contrato de doação, uma vez que é vedada constitucionalmente a sua comercialização, definida pelo art. 199, parágrafo 4º da CFB.” (QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético - sêmen - após a morte do seu titular. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 285-286).

de obter informação genética indispensável à sua saúde, a Resolução autoriza o fornecimento das informações sobre doadores, resguardando-se a identidade civil do doador¹⁰⁷.

A norma ética também limita o número de receptores por doação, buscando evitar que um doador tenha produzido mais que duas gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes. Ademais, proíbe que o médico responsável e os integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas participem como doadores nas técnicas empregadas na unidade.

A Resolução CFM nº 2013/2013 introduz mais uma limitação etária, agora para a doação de gametas, estabelecendo a idade máxima de 35 anos para mulheres e 50 anos para homens. Nesse ponto, a limitação de idade se justifica, na medida em que ao longo do tempo os gametas vão perdendo a capacidade reprodutiva, o que pode prejudicar o sucesso da reprodução assistida. Não se trata, pois, de limitação ao direito de acesso às técnicas de reprodução assistida, mas apenas do estabelecimento de condições a fim de garantir a qualidade dos óvulos e espermatozoides doados, e que serão empregados nas técnicas.

Ainda com relação à doação de gametas, a Resolução prescreve que, a escolha dos doadores é de responsabilidade da clínica, que deve sempre buscar garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica, imunológica e máxima compatibilidade com os receptores.

Ademais, a norma também regulamenta a situação comum nas clínicas, conhecida como “doação compartilhada de óvulos”, em que mulheres com função ovariana normal e menos de 35 anos de idade que desejam realizar a reprodução assistida, mas não possuem condições de arcar com os custos, têm parte de seu tratamento custeado pelas receptoras, com o compromisso de doar metade dos seus óvulos captados¹⁰⁸. Em qualquer caso de doação, deve ser preservada a identidade dos doadores e receptores.

Quanto à criopreservação de gametas ou embriões, a Resolução autoriza expressamente as clínicas a criopreservar espermatozoides, óvulos, embriões viáveis e tecidos gonádicos, e determina que os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, acerca do

¹⁰⁷ Manifestando-se favoravelmente ao sigilo da identidade do doador está Silvio Salvo Venosa, que afirma “Importante, também, que se proteja com o anonimato o doador de sêmen, que deverá abrir mão de qualquer reivindicação de paternidade e também não poderá ser demandado a esse respeito.” (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 244). Também a favor está Maria Cláudia Brauner, para quem o anonimato é imposto como garantia de autonomia e desenvolvimento normal da família fundada. (BRAUNER, Maria Cláudia. **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/repbrau.htm>> Acesso em: 19 mar. 2015.)

¹⁰⁸ EUGÊNIO, Fábio. **Programa de doação de gametas e óvulos**. Disponível em: <<http://www.medicinareprodutiva.com.br/programa-de-doacao-de-gametas-e-ovulos/>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

destino que deve ser dado aos embriões armazenados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Note-se que a Resolução deixa implícita a possibilidade de descarte dos embriões inviáveis ao afirmar que somente os embriões excedentes viáveis serão criopreservados. Além disso, também passou a autorizar expressamente o descarte de embriões congelados há mais de cinco anos, se esta for a vontade dos pacientes. Todavia, essas novas disposições trazidas pela Resolução nº 2013/2013 são polêmicas, pois não encontram respaldo legal, já que a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) trata do assunto, mas é omissa em relação ao descarte.

Como bem salienta Marise Cunha de Souza, a solução a ser adotada quanto ao destino dos embriões excedentários, ou seja, se podem ou não ser destruídos, já que nem todos serão aproveitados para reprodução ou para pesquisa, passa, necessariamente, pela discussão de quando se dá o início da vida, que não é o objeto principal desse trabalho, razão pela qual não se adentrará profundamente no tema¹⁰⁹.

Ademais, a Resolução destaca que as técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas em conjunto com seleção de embriões, tendo por finalidade a preservação e o tratamento de doenças genéticas ou hereditárias. Autoriza também a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização expressa e específica do falecido para o uso do material biológico criopreservado. Por fim, traz ainda um capítulo dedicado à gestação por substituição, objeto deste trabalho, que será devidamente analisado mais adiante.

Feita a análise das disposições contidas na Resolução CFM nº 2013/2013, merece destaque o comentário de Miriam Ventura direcionado à Resolução CFM nº 1.957/2010, que também é válido para a sua substituta:

Constata-se que a regulamentação brasileira específica sobre o tema tem uma perspectiva fortemente biomédica, e não trata das questões consideradas mais problemáticas, ou que se tem menos consenso, no âmbito ético e jurídico, como o acesso às novas tecnologias por casais homossexuais, transexuais, mulheres soropositivas.¹¹⁰

Existem, contudo, diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. No entanto, na opinião de Anna de Moraes Salles Beraldo, o que se observa é que tais projetos são totalmente antagônicos entre si; são realizados sem um estudo aprofundado sobre a

¹⁰⁹ SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução humana assistida, a barriga de aluguel, a definição da maternidade e da paternidade, bioética. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 50, p. 348-367, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf> Acesso em: 23 jan. 2015. p. 352.

¹¹⁰ VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3ª ed. UNFPA: Brasília, 2009. p. 100.

matéria e sem o debate com a sociedade; não possuem a devida fundamentação e não abrangem diversos temas essenciais à procriação assistida¹¹¹.

Segundo a autora, o que ocorre é que a necessidade legislar a fim de regular essas práticas se confronta com a dificuldade de consenso sobre determinados temas como, por exemplo, produção, seleção, congelamento, pesquisa e descarte de embriões humanos, além do sigilo e gratuidade das doações de material genético, a possibilidade de utilização das técnicas por pessoas solteiras, e determinação da filiação da criança¹¹².

Dessa forma, cria-se um ambiente de insegurança jurídica, na medida em que subsistem inúmeras questões em aberto, para as quais se apresentam diferentes respostas, com fundamentos diversos, sendo que não se sabe qual será o posicionamento adotado pelos legisladores. Portanto, o que se pode fazer é buscar junto aos princípios constitucionais as soluções mais adequadas para as questões que se apresentarem acerca da utilização das técnicas de reprodução assistida e suas consequências.

¹¹¹ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 87.

¹¹² LIEDKE, Mônica Souza. *et al.* **Reprodução assistida**. Disponível em: <http://www.ghente.org/temas/reproducao/art_01.htm>. Acesso em: 25 jan. 2015.

CAPÍTULO 3: REPERCUSSÕES DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO CONTEXTO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

3.1 A gestação por substituição e sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro

Após terem sido traçados os pressupostos necessários para o desenvolvimento deste trabalho, cumpre agora passar ao seu objeto principal: a gestação por substituição e seus aspectos jurídicos.

De início, cumpre esclarecer que a partir de agora o texto será desenvolvido partindo do pressuposto de que a técnica que ora se estuda está sendo empregada por um casal heterossexual, para facilitar o estudo. A utilização da gestação por substituição por casais homossexuais e pessoais solteiras será especificamente abordada adiante.

Feitas tais considerações, importa trazer à baila o que se entende por “gestação por substituição”, também conhecida como “maternidade de substituição”¹¹³, “útero de substituição”, “doação temporária de útero”, “barriga de aluguel”¹¹⁴, além de outros nomes. Todos esses termos são utilizados para designar a técnica de reprodução humana assistida em que existe a colaboração de um terceiro, a “mãe substituta” ou “gestacional”, para a consumação da gestação.

Na lição de Flávia Alessandra Naves Silva:

Gestação substituição ou “mãe” substituta é entendida por muitos doutrinadores como sendo ato pelo qual uma mulher cede seu útero para a gestação do filho de outra, a quem a criança deverá ser entregue após o nascimento, assumindo a mulher desejosa ou fornecedora do material genético a condição de mãe.¹¹⁵

¹¹³ Marise Cunha de Souza enfatiza que as denominações maternidade de substituição e maternidade por sub-rogação não parecem ideais, pois não há a figura da substituição ou da sub-rogação daquela que desempenha a função materna, já que a doadora do útero apenas contribui para a gestação da criança. (SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução humana assistida, a barriga de aluguel, a definição da maternidade e da paternidade, bioética. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 50, p. 348-367, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf> Acesso em: 23 jan. 2015. p. 349.)

¹¹⁴ A expressão “barriga de aluguel” é, em geral, considerada inadequada, pois pressupõe a remuneração da gestante pela cessão do útero, o que não é aceito pela maioria da doutrina, como se verá adiante.

¹¹⁵ SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de Substituição: Direito a ter um filho. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, [s.l.], v.1, n. 1, p. 50-67, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasocias/article/view/914/894>>. Acesso em: 17 mar. 2015. p. 52.

Trata-se de um método geralmente indicado quando a mulher, às vezes mesmo tendo óvulos saudáveis, possui algum problema médico que faz com que seu útero não seja apto a gerar o embrião. Para realização do procedimento, gera-se o embrião através da fertilização *in vitro* (FIV) e este é transferido para o útero da mulher que conduzirá a gestação (mãe substitutiva). Após o nascimento, o bebê deve ser entregue aos idealizadores do projeto parental.

Frisa-se que o embrião pode ser obtido através da reprodução assistida homóloga, quando se utiliza o material genético do casal, ou por meio da reprodução assistida heteróloga, caso em que se utiliza material genético doado por terceiros, seja o óvulo, os espermatozoides, ou ainda ambos, ou mesmo o próprio embrião.

Identifica-se, portanto, quatro possibilidades: a) embrião resultante de óvulo e espermatozoide do casal, implantados no corpo de outra mulher que não aquela que deseja a maternidade e forneceu o óvulo; b) embrião formado a partir do óvulo da própria mulher que deseja ter o filho, mas não pode engravidar, e de espermatozoide de doador, no caso de infertilidade masculina, implantados no útero da mãe gestacional; c) embrião decorrente da inseminação com óvulo doado e espermatozoide do parceiro da mulher que deseja ter o filho, implantado no útero da doadora temporária; d) embrião doado ou formado a partir de material genético de doadores, implantado no útero da mãe substituta¹¹⁶.

¹¹⁶ Existe, ainda, um procedimento recente que permite a formação de embriões humanos com o material genético de três pessoas, duas mulheres e um homem. A chamada técnica de substituição mitocondrial substitui o DNA mitocondrial defeituoso encontrado no óvulo da mãe pelo de uma doadora saudável a fim de evitar a transmissão de doenças hereditárias incuráveis causadas por falhas nas mitocôndrias, cujos genes são fornecidos pela mãe. O objetivo é criar embriões que tenham mitocôndrias saudáveis e permitir que as mulheres que carregam mutações genéticas nas mitocôndrias usem seus próprios óvulos, com um pequeno percentual do material genético de outra pessoa, para gerar filhos saudáveis. O bebê que nascesse desses embriões teria todos os traços genéticos de sua mãe biológica, mas levaria o DNA mitocondrial da doadora e estaria livre das doenças que, de outro modo, seriam herdadas de sua progenitora (TÉCNICA POLÊMICA GERA EMBRIÕES COM MATERIAL GENÉTICO DE TRÊS PESSOAS. **Isaude.net**, [s.l.], 25 out. 2010. Disponível em <<http://www.isaude.net/pt-BR/noticia/31689/geral/tecnica-polemica-gera-embrioes-com-material-genetico-de-tres-pessoas>>. Acesso em: 25 mai. 2015). A aceitação do referido procedimento é polêmica. Os defensores do uso dos métodos argumentam que a parte do DNA que não seria do casal é pequena demais para ter maiores impactos na formação genética geral do indivíduo. Aqueles contrários ponderam a respeito das possíveis consequências para a saúde das crianças a longo prazo. Outra crítica que se faz é a de que a disponibilidade dos métodos incentive a busca por bebês perfeitos. Em resumo, a questão ainda precisa ser amadurecida, embora o uso da técnica já esteja para ser aprovado na Inglaterra, onde a Câmara dos Comuns do Parlamento britânico aprovou um projeto de emenda à lei que regulamenta a reprodução assistida naquele país, que ainda precisa ser aprovado pela Câmara dos Lordes. (PEREIRA, Cilene. Um bebê e três pais: Inglaterra pode aprovar o uso de métodos que unem o DNA de três pessoas para formar um único embrião. A decisão reabre a polêmica sobre a possibilidade de geração de bebês perfeitos. **Istoé Independente**, [s.l.], n. 2358, 09 fev. 2015. Disponível em: <http://www.istoec.com.br/reportagens/403634_UM+BEBE+E+TRES+PAIS>. Acesso em: 25 mai. 2015).

Note-se que, nos casos em que o embrião é originado a partir de óvulo doado, a criança terá três figuras maternas, a saber: a) a mãe hospedeira, biológica, substituta, portadora ou gestacional, que engravida e dá luz à criança; b) a mãe genética, que tem identidade de genes com o filho, ou seja, a doadora do óvulo; c) e a mãe afetiva, encomendante ou social, que é aquela que por ato volitivo desejou levar adiante projeto procriativo, com ajuda da ciência¹¹⁷.

Pode ocorrer, ainda, a hipótese em que a mulher que empresta seu útero é também a doadora do óvulo, e nela será feita inseminação artificial com o sêmen do parceiro da mulher que deseja ter o filho¹¹⁸. Sem adentrar na discussão acerca da licitude da gestação por substituição, a situação descrita acima deve ser, de todo modo, coibida, diante da grande probabilidade de ocorrer problemas no estabelecimento da filiação da futura criança, já que no caso, a mãe gestacional também terá vínculo biológico com a criança.

Em sintonia com o exposto, afirma Marise Cunha de Souza:

Cremos que, sendo a hospedeira também a mãe biológica, todos aqueles problemas, especialmente os de natureza psíquica, se agravam, e será extremamente penoso, de difícil solução, esse confronto entre a maternidade biológica e a socioafetiva. Talvez esse seja o único caso que deva ser proibido pela legislação vindoura.¹¹⁹

Enfatiza Maria Berenice Dias que a possibilidade de uso de útero alheio elimina a presunção *mater semper certa est*, isto é, de que a maternidade é sempre certa e define-se pela gravidez e pelo parto¹²⁰. Com isso, dissociam-se os conceitos de maternidade e a gravidez. Em consequência, também cai por terra a presunção *pater is est*, de que o pai é o marido da mãe, que de acordo com o primeiro brocardo seria a mulher que gestou e deu à luz a criança.

¹¹⁷ DINIZ, Maria Helena *apud* SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de Substituição: Direito a ter um filho. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, [s.l.], v.1, n. 1, p. 50-67, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasesociais/article/view/914/894>>. Acesso em: 17 mar. 2015. p. 53.

¹¹⁸ Alguns doutrinadores diferenciam essa prática, a que dão o nome de maternidade substituta, da gestação por substituição propriamente dita. Nesse sentido, cita-se, como exemplo, o autor Carlos Nelson Konder. (KONDER, Carlos Nelson. Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro, v. 7. jul/set, p. 247-268, 2001. p. 260-261.)

¹¹⁹ SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução humana assistida, a barriga de aluguel, a definição da maternidade e da paternidade, bioética. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 50, p. 348-367, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2015. p. 349.

¹²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 380.

Nas hipóteses de gestação por substituição, ensina Guilherme Calmon Nogueira da Gama que “a vontade, ínsita ao projeto parental da mulher que deseja ter filho, deverá ser considerado o pressuposto mais importante no que tange à maternidade-filiação”, mesmo porque não haveria gravidez nem parto se não fosse a vontade da mulher que, com seu parceiro, desejou procriar¹²¹.

Nesse sentido, assevera Maria Berenice Dias que, ainda que seja a mãe gestacional que recebe a declaração de nascido vivo, imperioso assegurar àquela que é mãe, e que não necessariamente é mãe genética, o direito de o filho se registrado diretamente em seu nome, o que pode ser pleiteado em juízo, mesmo antes do nascimento da criança¹²².

Diante da ausência de legislação permitindo ou proibindo a sua prática, a doutrina discorre acerca da possibilidade de utilização dessa técnica à luz do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Nesse contexto, são identificadas três posicionamentos a respeito da gestação por substituição: a) inadmissibilidade absoluta; b) admissibilidade irrestrita; c) admissibilidade apenas a título gratuito.

Na defesa da total inadmissibilidade da gestação por substituição pelo ordenamento jurídico brasileiro está Guilherme Calmon Nogueira da Gama, para quem:

A questão envolvendo a possível remuneração da mulher que se dispõe a engravidar é colocada fora de qualquer possibilidade jurídica, com base no art. 199, §4º da Constituição Federal de 1988, mas mesmo a gratuidade não atenua a consideração da ilicitude da prática da maternidade-de-substituição que, desse modo, é proibida no direito brasileiro.¹²³

Sustenta o autor que, mesmo com o consentimento da mulher e sem qualquer tipo de retribuição, não há como reconhecer a legitimidade e a licitude da gestação por substituição no direito brasileiro, pois reduz a mulher à autêntica coisa, o que viola o valor e princípio fundamental da dignidade da pessoa humana¹²⁴.

Segundo explica, a dignidade da pessoa humana acarreta a proibição de qualquer comportamento que implique a coisificação e a instrumentalização do ser humano, que é um fim e não um meio. A dignidade impede que o indivíduo possa praticar atentados contra seus próprios bens jurídicos essenciais, o que demonstra a existência de limites à autonomia

¹²¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 747.

¹²² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 380.

¹²³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 854-855.

¹²⁴ *Id. ibid.*, p. 855.

individual¹²⁵. Nesse contexto é que, a despeito do princípio da autonomia e da autodeterminação pessoal, inclusive no que tange liberdade de disposição sobre o próprio corpo, defende o autor que o corpo de uma mulher não pode servir para gestar o filho de outra.

Outrossim, menciona o autor diversos outros problemas que desautorizam a prática da gestação por substituição, diante da perspectiva de lesão dos direitos e interesses prioritários da criança, tais como: o risco de não-aceitação da criança gestada pelo casal solicitante; o tratamento da criança como sendo autêntico produto que sequer foi produzido pela mãe, mas pela fornecedora; a gestante se recusar a entregar a criança ao casal; o casal se recusar ao recebimento da criança diante de problemas físicos ou mentais ou mesmo diante do arrependimento; a separação ou divórcio do casal que, assim, não deseja mais a criança; etc¹²⁶.

No mesmo sentido, é a opinião de Ferrando Mantovani, para quem a prática da gestação por substituição constitui ofensa à dignidade da mãe e do próprio nascituro. Conforme o autor, trata-se de ofensa: a) à dignidade da mulher, porque tal locação descaracteriza o desenvolvimento da maternidade e reduz a mulher a mero organismo reprodutor; b) à dignidade do nascituro, pois é reduzido a *res* comerciável e sujeito a estipulação de valores, sendo objeto de contratação e, até mesmo, de conflitos judiciais¹²⁷.

Eduardo Oliveira Leite, por sua vez, lembra alguns problemas sociais relacionados a tal prática e que justificam sua inadmissibilidade, como a comercialização do parto, o risco de exploração das mulheres, especialmente as menos favorecidas sob o prisma econômico, e a desestruturação do conceito tradicional de família¹²⁸.

Noutra senda, posicionando-se a favor da admissibilidade da gestação por substituição, inclusive na modalidade onerosa, está Maria Berenice Dias, para quem não há justificativa moral, ética ou religiosa que impeça alguém de ceder o próprio corpo para que outrem consiga constituir vínculos parentais¹²⁹.

¹²⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 853-854.

¹²⁶ *Id. ibid.*, p. 857.

¹²⁷ MANTOVANI, Ferrando *apud* BRAUNER, Maria Claudia. **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/repbrau.htm>> Acesso em: 19 mar. 2015.

¹²⁸ LEITE, Eduardo Oliveira *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 860.

¹²⁹ DIAS, Maria Berenice. Barriga de aluguel: admissibilidade. **Jornal Carta Forense**, [s.l.], 02 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/barriga-de-aluguel>>

Argumenta a autora que, apesar da vedação constitucional da comercialização de qualquer órgão, tecido ou substância (art. 199, §4º da CF), onde se inclui a proibição de gestar o filho alheio mediante pagamento, “nada justifica negar a possibilidade de ser remunerada quem, ao fim e ao cabo, presta um serviço a outrem. Aliás, um serviço em tempo integral por longos nove meses e que acarreta dificuldades e limitações de toda ordem”¹³⁰.

Para Maria Berenice Dias, de um modo geral, todo e qualquer serviço prestado por alguém tem valor econômico e merece ser devidamente remunerado, pois houve o uso do tempo e do esforço de uma pessoa. O impedimento a que o serviço de gestar filho alheio tenha caráter lucrativo ou comercial está ligado somente à desmesurada sacralização da ideia da maternidade, equiparada a uma missão quase divina por assegurar a perpetuação da espécie e a manutenção da vida¹³¹.

Na mesma linha de raciocínio, Rodrigo Cunha Pereira também advoga a favor da possibilidade de se remunerar uma mulher pelo “aluguel” de seu útero, sustentando que:

O corpo é um capital físico, simbólico e econômico. Os valores atribuídos a ele são ligados a questões morais, religiosas, filosóficas e econômicas. Se a gravidez ocorresse no corpo dos homens certamente o aluguel da barriga já seria um mercado regulamentado. Não seria a mesma lógica a que permite remunerar o empregado no fim do mês pela sua força de trabalho, despendida muitas vezes em condições insalubres ou perigosas, e considerado normal? O que se estaria comprando ou alugando não é o bebê, mas o espaço (útero) para que ele seja gerado. Portanto não há aí uma coisificação da criança ou objetificação do sujeito.¹³²

Além disso, o autor ainda afirma que a regulamentação de pagamento pela doação temporária de um útero não elimina o espírito altruísta da prática, e evitaria extorsões, clandestinidade e até mesmo uma indústria de barriga de aluguel¹³³.

Relativamente à terceira corrente, que admite a gestação por substituição, mas apenas a título gratuito, encontra-se o magistério de Ana Carolina Brochado Teixeira, para quem o pacto de gestação por substituição é válido desde que não tenha cunho econômico. Segundo a autora, “atribuir caráter econômico à avença viola o Princípio da Dignidade Humana, pois os

admissibilidade/4992>. Acesso em: 12 fev. 2015.

¹³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 379.

¹³¹ *Id.* Barriga de aluguel: admissibilidade. **Jornal Carta Forense**, [s.l.], 02 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/barriga-de-aluguel-admissibilidade/4992>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

¹³² PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Barriga de aluguel: o corpo como capital**. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Rodrigo%20da%20Cunha%20Pereira>> Acesso em: 12 fev. 2015.

¹³³ *Id. Ibid.*

atributos objetos da avença são ínsitos à personalidade dos envolvidos e, sobretudo, a uma vida humana que nascerá e que por si só merece ser respeitada”¹³⁴.

Também na opinião de Marise Cunha de Souza, é ilegal a cobrança de qualquer valor pela cessão do útero, bem como de qualquer parte do corpo, diante da vedação constitucional de comercialização do corpo ou parte dele (art. 199, §4º da CF). Por outro lado, a Lei nº 9.434/97, que regulamenta o dispositivo constitucional, estabelece em seu art. 9º que a pessoa viva pode dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo. Assim, defende a autora que o acordo de cessão gratuita do útero deve ser tido como juridicamente válido, com todas as implicações daí decorrentes¹³⁵.

No mesmo sentido, defendem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal que o ordenamento jurídico brasileiro repulsa o caráter oneroso da cessão de útero, somente permitindo a utilização da gestação por substituição na forma gratuita e como recurso para pessoas que não podem levar a termo uma gestação¹³⁶.

Salienta Marcelo Truzzi Otero que a gratuidade do ato é fundamental por se tratar de uma situação existencial, que por sua natureza é completamente alheia à lógica do mercado e, portanto, incompatível com o esquema da bilateralidade e corresponsabilidade dos contratos patrimoniais¹³⁷.

Segundo o autor, é inegável que a mulher geradora e a criança seriam, sim, instrumentalizadas em caso de desacordo entre as partes, notadamente diante de situações tais como: a possibilidade da geradora se recusar a entregar a criança alegando não ter recebido todo o preço (exceção de contrato não cumprido); a rediscussão de valores ao argumento de que a geradora descumpra as cláusulas de estilo de vida; o direito a resolução contratual pelo inadimplemento contratual bilateral, etc. Todas essas questões, atreladas ao pagamento,

¹³⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABOBA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 314.

¹³⁵ SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução humana assistida, a barriga de aluguel, a definição da maternidade e da paternidade, bioética. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 50, p. 348-367, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf> Acesso em: 23 jan. 2015. p. 362.

¹³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Direito das famílias**. vol. 6. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2012. p. 628-629.

¹³⁷ OTERO, Marcelo Truzzi. Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, v. 12, n. 20, fev/mar, p. 19-38, 2011. Disponível em: <http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2015.

tornam inequívoca a potencial instrumentalização dos envolvidos, tornando nulo o acordo oneroso¹³⁸.

Também na defesa da gratuidade, não só da gestação por substituição, mas de todos os atos de conteúdo existencial, em que a pessoa é o próprio interesse, está Rose Melo Vencelau Meireles. Segundo a autora, a gratuidade de tais atos é imprescindível para que se garanta a espontaneidade dos mesmos. A presença do interesse econômico representaria um fator de pressão sobre a vontade do disponente e coerção indireta da sua liberdade de autodeterminar-se. Ausente a gratuidade, não haveria a garantia de consentimento livre, pois a pessoa que dispõe de sua situação subjetiva existencial pode estar movida por interesse econômico¹³⁹.

Pois bem, expostos as diferentes posições doutrinárias e alguns de seus respectivos expoentes, nota-se que as três se baseiam nos mesmos fundamentos, interpretados diferentemente a fim de justificar cada uma de suas teses.

Para os adeptos da vedação absoluta, a gestação por substituição viola a dignidade humana tanto da gestante quanto da criança, pois seriam reduzidos a condição de objetos para a satisfação da felicidade alheia. Além disso, representa autêntica violação do art. 199, §4º da Constituição Federal, que impede que o corpo humano seja objeto de contratação, seja gratuita ou onerosa. Por tais razões, o acordo de gestação por substituição deve ser considerado inválido, pois contrário ao ordenamento jurídico brasileiro.

Em sentido diametralmente oposto, os defensores da admissibilidade irrestrita sustentam que não há qualquer vedação legal ou moral à prática da gestação por substituição, inclusive na modalidade onerosa. Para essa corrente, não há afronta alguma à dignidade da gestante ou da criança, pois não se trata de venda ou de mercantilização de crianças ou partes do corpo humano, mas apenas da capacidade reprodutiva da gestante, razão pela qual não se aplicaria a vedação do art. 199, §4º da CF.

Já a corrente defensora da possibilidade de contratação apenas na modalidade gratuita, também se fundamenta na defesa da dignidade humana da gestante e da criança, que estaria sendo violada ao se atribuir caráter oneroso ao acordo de gestação por substituição.

¹³⁸ OTERO, Marcelo Truzzi. Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, v. 12, n. 20, fev/mar, p. 19-38, 2011. Disponível em: <http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2015.

¹³⁹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 207-208.

Outrossim, a onerosidade do acordo também encontraria obstáculo na vedação de comercialização de partes do corpo humano, disposta no art. 199, §4º da CF. Por outro lado, tais impedimentos restariam afastados caso a contratação fosse feita a título gratuito, sendo o acordo de gestação por substituição válido.

Vê-se, pois, que os mesmos fundamentos com raízes na Constituição Federal são utilizados pelas três correntes para defender simultaneamente a gratuidade, a onerosidade e a vedação total da contratação da gestação por substituição. Sobre o assunto, acredita-se que a solução que melhor se adéqua ao ordenamento jurídico brasileiro é a admissibilidade da prática apenas a título gratuito, o que se passa a justificar.

Como visto, o direito à procriação, como desdobramento de diversos outros valores e princípios de índole constitucional, deve ser reconhecido e assegurado pelo Estado. Nele se insere o direito de acesso às técnicas de reprodução assistida como meios necessários para se alcançar o projeto parental em caso de impossibilidade natural, dentre as quais se inclui a gestação por substituição. Dessa forma, se para a concretização do desejo de ter um filho é necessário o recurso à gestação por substituição, não se pode negar o acesso a tal método reprodutivo àqueles que dele necessitam.

Cabe aqui ressaltar que o acesso à gestação por substituição deve se restringir aos casos em que haja real necessidade de sua utilização, diante presença de algum problema médico que impeça a mulher que deseja ter um filho de levar a gestação a termo em seu próprio corpo. Isto porque, conforme já salientado, o direito à procriação se encontra condicionado a outros limites de ordem constitucional, notadamente a dignidade da pessoa humana, a responsabilidade parental, e o melhor interesse da futura criança. Tais limitações impedem que as técnicas de reprodução assistida, inclusive a gestação por substituição, sejam utilizadas para fins egoísticos, como, por exemplo, no caso de uma mulher que deseja ser mãe, mas não quer passar pelos inconvenientes da gravidez.

Quanto à gratuidade do acordo de gestação por substituição, acredita-se que esta é a opção que melhor se coaduna com a natureza dos contratos existenciais, bem como com o espírito de solidariedade social (art. 3º, inciso I da CF) e proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF) trazido pela Constituição Federal de 1988, cujo sistema repudia qualquer forma de instrumentalização do próprio ser humano.

Ensina Miguel Reale que a pessoa é o valor-fonte de todos os valores, sendo o principal fundamento do ordenamento jurídico. Os direitos da personalidade correspondem às

peças humanas, e “cada direito da personalidade corresponde a um valor fundamental, a começar pelo do próprio corpo, que é a condição essencial do que somos, do que sentimos, percebemos, pensamos e agimos”¹⁴⁰. E, em sendo um atributo da personalidade, o corpo é, portanto, um valor fundamental e não bem suscetível de apropriação econômica. Dessa forma, impossível a formalização de um acordo oneroso que tenha por objeto o corpo humano, como é o caso da gestação por substituição.

Além disso, como mencionado anteriormente, a Constituição Federal veda, em seu art. 199, §4º, a comercialização de tecidos e substâncias humanas, o que reforça a tese de que a contratação onerosa da gestação por substituição viola o ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, a permissão de contratação onerosa da gestação por substituição poderia ocasionar a criação de um mercado da medicina reprodutiva, como já ocorre na Índia, onde a prática é legalizada desde 2002, o que leva casais do mundo todo a procurar as mulheres indianas, que disponibilizam seu útero para a realização do procedimento por um baixo custo¹⁴¹.

Por outro lado, a proibição do artigo citado não abrange a disposição gratuita de partes do corpo humano. Tanto é que a Lei nº 9.434/97 (Lei dos Transplantes de Órgãos), que regulamenta o dispositivo constitucional em tela, autoriza atos de disposição gratuita do próprio corpo por pessoa viva, nas condições do art. 9º, cujo *caput* segue abaixo transcrito:

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.¹⁴²

Portanto, se a Constituição Federal e a lei autorizam a retirada e a doação de órgãos, tecidos e partes do próprio corpo, ainda em vida, para fins terapêuticos, com maior razão deve-se permitir a cessão temporária do útero de forma gratuita e altruísta com o fim terapêutico de superar a infertilidade ou a esterilidade daqueles que desejam procriar. Por tais razões é que se acredita ser esta a melhor opção a ser adotada pelo legislador pátrio ao regulamentar a matéria.

¹⁴⁰ REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. Data: 17/01/2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

¹⁴¹ SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de Substituição: Direito a ter um filho. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, [s.l.], v.1, n. 1, p. 50-67, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasocias/article/view/914/894>>. Acesso em: 17 mar. 2015. p. 53.

¹⁴² BRASIL. **Lei nº 9.434**. Brasília-DF, 04 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em: 22 fev. 2015.

3.2 O uso da técnica por pessoas solteiras e casais homoafetivos

Como visto, não há unanimidade na doutrina no que tange à aceitação de que pessoas sozinhas e casais homoafetivos tenham acesso às técnicas de reprodução assistida.

No primeiro caso, aqueles a favor de que uma pessoa possa fazer uso das técnicas de reprodução assistida sem que esteja em um relacionamento duradouro (casamento ou união estável) apresentam como argumentos a proteção constitucional da família monoparental, reconhecida como entidade familiar no art. 226, §4º da CF. Afirmam, também, não haver prejuízos à dignidade da futura criança, haja vista ser perfeitamente viável que uma pessoa sozinha tenha um projeto parental que atenda as necessidades e interesses da criança, como ocorre com diversas famílias monoparentais constituídas naturalmente.

Já para a corrente contrária à tal possibilidade, a proteção constitucional da família monoparental abarca apenas as famílias já constituídas em razão das vicissitudes da vida, não autorizando a constituição de novas famílias através das técnicas de reprodução assistida, na medida em que o modelo familiar juridicamente desejável para a criança é aquele constituído por um pai e uma mãe, conforme preconiza o princípio da convivência familiar. Sustentam, ainda, que não se pode privilegiar os interesses egoísticos de determinadas pessoas em detrimento do melhor interesse da criança de ter garantido um ambiente familiar adequado para o seu desenvolvimento físico e psíquico.

Em que pese a razoabilidade dos argumentos contrários à constituição de família monoparental através das técnicas de reprodução assistida, crê-se que não se pode vedar o acesso de pessoas sozinhas à procriação artificial, pois dessa forma estar-se-ia violando a igualdade entre as diversas formas de família, sendo certo que todas elas recebem proteção constitucional enquanto meio adequado ao desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, independentemente da forma pela qual se constituem.

Ademais, inexistem dados concretos atestando que a ausência da presença física de um dos genitores de fato cause prejuízos à futura criança, sendo certo que a função parental pode ser exercida por outras pessoas. O único cuidado que se deve ter é para que o desejo de ter um filho não represente uma conquista pessoal, devendo-se sempre primar pelo bem-estar da criança, garantido constitucionalmente (artigos 227 e 229 da CF). Dessa forma, imperioso se faz reconhecer o direito à procriação e de acesso às técnicas de reprodução assistida por pessoas sozinhas, dentre as quais se inclui a gestação por substituição.

Nesse ponto, merece destaque a posição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, que admite seja dado tratamento diferenciado para homens e mulheres sozinhos que busquem a concretização do projeto parental através das técnicas de reprodução assistida. Segundo o autor, é admissível que tais métodos só sejam reconhecidos em favor de mulheres sozinhas, não havendo que se falar em violação ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, diante da impossibilidade de o homem procriar senão através do corpo da mulher¹⁴³.

Todavia, acredita-se não ser esta a melhor solução ao caso, tendo em vista que a Lei nº 9.263/96, que regulamenta o direito ao planejamento familiar (art. 226, § 7º), garante direitos iguais de constituição de uma família pelo homem, pela mulher e pelo casal. Dessa forma, sendo direito de todos o auxílio à procriação, não se pode autorizar o acesso às técnicas de reprodução assistida por mulheres sozinhas e, ao mesmo tempo, vedar o recurso a tais métodos por homens sozinhos, sob pena de violação do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, inciso I, da CF) e da vedação de qualquer forma de discriminação (art. 3º, inciso IV, da CF).

Nesse sentido, diante do reconhecimento do direito à procriação a pessoas solteiras (homem ou mulher), bem como da impossibilidade de um homem concretizar sozinho o desejo de ter um filho, será sempre necessário o recurso à gestação por substituição. Porém, é importante lembrar que o candidato à utilização da técnica deve apresentar um projeto parental adequado, que atenda os interesses e necessidades da criança e respeite os princípios limitadores do direito à reprodução.

Em se tratando de mulheres sozinhas que desejam ter um filho, certo é que podem ter acesso aos mais variados métodos de procriação artificial, escolhendo aquele lhes seja mais adequado. Todavia, para que se possa cogitar o uso da gestação por substituição mister se faz a comprovação de algum problema médico que as impossibilite de conduzir a gestação por conta própria.

Isto porque, como já ressaltado anteriormente, o direito de procriar é restringido pelos princípios constitucionais da paternidade responsável, do melhor interesse da criança, e da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, é vedado o acesso às técnicas de reprodução assistida com interesses meramente egoísticos, o que certamente viola os direitos fundamentais tanto da mãe substituta quanto da futura criança, como no caso de uma mulher

¹⁴³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 723.

que deseja ser mãe, mas não quer engravidar para não atrapalhar sua carreira profissional ou porque não deseja passar pelas aborrecimentos da gravidez.

No que tange aos casais homoafetivos, tendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo sido reconhecida como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4277 e na ADPF 132, não mais se justifica a negação do direito à reprodução aos mesmos, sendo certo que a orientação sexual dos indivíduos que pretendem implementar o projeto parental não pode ser usada como critério de exclusão ao acesso à reprodução assistida.

Outrossim, não merece acolhida o argumento de que a orientação sexual dos pais possa interferir prejudicialmente no desenvolvimento das crianças, porquanto inexistem estudos conclusivos no sentido de que a função parental não possa devidamente ser exercida por pessoas do mesmo sexo, sem maiores prejuízos para a formação psicológica da criança¹⁴⁴. Dessa forma, é de se reconhecer o direito de acesso às técnicas de reprodução assistida também aos casais homoafetivos.

Tratando-se de homossexuais masculinos, é de se notar que a concretização do desejo de ter um filho passa necessariamente pela utilização da gestação por substituição, diante da impossibilidade de procriar entre si por serem ambos do mesmo sexo, tal como ocorre no caso de homem sozinho que deseja empreender o projeto parental.

Por outro lado, quando as técnicas de reprodução assistida são utilizadas por lésbicas, é comum que uma conduza a gestação com o óvulo da parceira que é fecundado com sêmen de um doador. Nesse caso, salienta Maria Berenice Dias que não há que se falar em gestação por substituição, mas em dupla maternidade¹⁴⁵, sendo que os tribunais vêm admitindo o registro em nome das duas mães¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Regina Beatriz Tavares da Silva comentando acerca dos estudos realizados na psicologia e na psicanálise afirma serem variáveis conceitos quanto à possibilidade dos modelos paterno e materno serem interpretados como funções e não propriamente como o sexo biológico das pessoas, de modo a considerar-se que um dos genitores possa exercer o papel de mãe e outro de pai, embora tenham o mesmo sexo. (SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Reflexões sobre a procriação ou reprodução assistida nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; NETO, Theodureto de Almeida Camargo. (Coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 40.)

¹⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 380.

¹⁴⁶ É o que se observa no seguinte julgado: 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, 226, § 7º,

Pode ocorrer, ainda, a situação em que ambas as parceiras não têm condições de levar a cargo a gestação e, portanto, recorrem a uma terceira mulher para alcançar o projeto parental. Nesse caso, estar-se-ia diante de hipótese semelhante à de um casal heterossexual em que a mulher não consegue engravidar e, então, ambos recorrem à maternidade de substituição para alcançar o sonho de ter um filho.

Nas duas situações, deve ser comprovada a existência de problemas médicos que impeçam a mulher heterossexual, ou ambas as parceiras do mesmo sexo de conduzir a gestação para que possam fazer uso da gestação por substituição. Isto se dá em razão das limitações constitucionais impostas ao direito à reprodução, que impõe a subsidiariedade das técnicas de reprodução assistida em relação à procriação natural.

A exceção a essa regra ocorre apenas quando existe uma impossibilidade decorrente das escolhas pessoais daqueles que almejam o projeto parental, como ocorre no caso de homens sozinhos e casais homoafetivos masculinos. Nesses casos, deve ser assegurado o acesso à gestação por substituição, por ser este o único meio através do qual poderão procriar. Já para as lésbicas, o uso das demais técnicas de reprodução assistida é suficiente para garantir-lhes o direito à reprodução, só sendo legítimo o recurso à gestação por substituição quando houver algum problema médico que inviabilize a gravidez pelas próprias parceiras.

São essas, portanto, as possibilidades de utilização da gestação por substituição por casais homoafetivos e pessoas sozinhas, devendo lhes ser assegurado o uso, haja vista que tais entidades já foram elevadas ao *status* constitucional de família e, portanto, devem ter garantido direito ao planejamento familiar e o acesso às técnicas de reprodução assistida, nas quais se inclui a gestação por substituição.

Contudo, não se pode nunca olvidar do melhor interesse da futura criança, assim como da proteção dignidade humana da gestante, que devem sempre reger a atuação dos pacientes e

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. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0017795-52.2012.8.19.0209 RJ. Relator: Des. Luciano Silva Barreto. Rio de Janeiro, 07 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117603139/apelacao-apl-177955220128190209-rj-0017795-5220128190209>>. Acesso em: 22 fev. 2015.)

profissionais da saúde quando da realização do procedimento, sendo vedado o recurso à técnica quando seu uso for motivado por interesses meramente egoístas.

3.3 A gestação por substituição na Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina

Desde 1992 o Conselho Federal de Medicina regulamenta o uso das técnicas de reprodução assistida no Brasil, através da edição de normas éticas, sendo a primeira delas a Resolução CFM nº 1.358/1992. Após 18 anos de vigência, a resolução de 1992 foi revogada pela Resolução CFM nº 1.957/2010, que trouxe modernizações a respeito da matéria. Pouco tempo depois, esta última foi substituída pela Resolução CFM nº 2.013/2013, que permanece em vigor até hoje.

Não obstante tratar-se de normas deontológicas, a serem seguidas exclusivamente pelos médicos, no caso específico da procriação artificial as resoluções do Conselho Federal de Medicina desempenham importante função como fonte inspiradora para criação de normas jurídicas eis que atualmente consistem na única regulamentação existente sobre o uso das técnicas de reprodução assistida no Brasil¹⁴⁷.

Nesse sentido, cabe aqui examinar a regulamentação dada pela Resolução CFM nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina no que tange especificamente à gestação por substituição, uma vez que as disposições a respeito do uso das técnicas de reprodução assistida em geral já foram anteriormente analisadas.

Pois bem, na Resolução CFM nº 2.013/ 2013, a gestação por substituição é tratada em um tópico próprio, intitulado “Sobre a Gestação de Substituição (Doação Temporária do Útero)”. De início, observa-se que a orientação adotada pelo Conselho Federal de Medicina foi no sentido de permitir a utilização da técnica apenas a título gratuito, ao proibir que a doação temporária do útero tenha caráter lucrativo ou comercial.

Nesse ponto, tem-se que o tratamento dado à matéria pelo Conselho Federal de Medicina é o mais acertado, por ser a opção que melhor se coaduna com a proteção da dignidade da pessoa humana e o espírito de solidariedade social trazido pela Constituição

¹⁴⁷ As resoluções do Conselho Federal de Medicina serviram, inclusive, de base para a elaboração de diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, os quais, no geral, trazem disposições muito semelhantes àquelas contidas nas normas éticas, e que quando contrárias tem sempre as resoluções como contraponto.

Federal de 1988, bem como com a natureza dos contratos existenciais, como já defendido anteriormente.

Acompanhando a evolução jurisprudencial no reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo e os direitos reprodutivos desse segmento social, a Resolução CFM nº 2.013/2013, inovando em relação a suas antecessoras, traz expressamente a possibilidade de utilização da gestação por substituição por casais homoafetivos que desejam alcançar o projeto parental, garantindo-lhes o acesso às técnicas de reprodução assistida.

Mais uma vez, acredita-se que o Conselho Federal de Medicina avançou no caminho certo ao reconhecer a demanda de uma parcela da sociedade que até então era excluída do acesso às técnicas de reprodução assistida, e cujos direitos já foram reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, embora autorize genericamente o uso das técnicas de reprodução assistida por pessoas solteiras, ao tratar especificamente da gestação por substituição, a Resolução condiciona seu uso à existência de “um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética”¹⁴⁸.

Há quem veja nesse condicionamento a vedação de que homens sozinhos exerçam a paternidade através da procriação artificial, na medida em que apenas as mulheres possuem a capacidade de gestar e, conseqüentemente, podem sofrer de alguma disfunção que as impeça de conduzir a gestação, enquanto os homens dispõem de uma impossibilidade natural de procriar senão através do corpo da mulher. Nesse sentido é a opinião de Regina Beatriz Tavares da Silva, para quem a Resolução CFM nº 2.013/2013 veda aos homens sozinhos a possibilidade de fazer uso da gestação por substituição, já que nela é dito ser necessário um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética¹⁴⁹.

Entretanto, ainda que se reconheça a proibição implícita apontada pela autora, entende-se ser incabível tal limitação, na medida em que a Lei nº 9.263/96 reconhece ao casal, ao homem e à mulher, individualmente considerados, o direito à procriação, de modo que a

¹⁴⁸ VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.013**. Brasília, 09 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2015.)

¹⁴⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Reflexões sobre a procriação ou reprodução assistida nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. NETO; Theodureto de Almeida Camargo. (Coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 37.

Resolução do Conselho Federal de Medicina não pode restringir o exercício de tal de direito, pois nesse caso estaria violando lei federal, assim como o princípio constitucional da igualdade e da vedação de qualquer forma de discriminação. Dessa forma, defende-se a possibilidade de utilização por homens sozinhos da gestação por substituição, conforme já citado anteriormente.

Pois bem, seguindo adiante na análise da Resolução, é de se ressaltar que, além de exigir a gratuidade do ato, a norma também estabelece condições ao uso da prática. A primeira diz respeito à necessidade de existir algum problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, como já mencionado acima, o que se aplica aos casais heterossexuais e homossexuais femininos, em que a mulher ou ambas as parceiras se encontram impossibilitadas de conduzir a gestação.

Essa exigência se encontra em sintonia com os princípios constitucionais limitadores do direito à procriação, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, a paternidade responsável e o melhor interesse da criança. Estes princípios vedam o acesso irrestrito às técnicas de reprodução assistida apenas para a satisfação pessoal de determinadas pessoas, sem levar em conta os interesses da futura criança.

Cabe aqui trazer à baila a lição de Pietro Perlingieri para quem:

Não se pode, certamente, afirmar que no ordenamento a regra seja a inseminação artificial, e a união homem e mulher, a exceção. Considerar o recurso à inseminação artificial como excepcional não equivale a exprimir um juízo negativo sobre a mesma.¹⁵⁰

No mesmo sentido é a opinião de Anna de Moraes Salles Beraldo, que defende que antes da utilização de procedimentos artificiais, devem ser tentados os meios naturais¹⁵¹. Assim, não se tratando de casais homossexuais masculinos ou homem sozinho, em que a gestação por substituição é imprescindível para o alcance do projeto parental, a utilização da técnica deve ser sempre subsidiária, só sendo admitida em caso de impossibilidade causada por algum problema médico, conforme consignado pela Resolução.

Outro requisito colocado pela norma ética é a idade máxima de 50 anos tanto para a mulher que almeja ter o filho, quanto para a doadora temporária do útero. O Conselho Federal

¹⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 450.

¹⁵¹ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 21.

de Medicina argumenta que a gravidez tardia traz riscos à saúde da gestante (como hipertensão e diabetes) e do bebê (como a prematuridade).

Dúvidas não há de que, havendo riscos para mulher e/ou para a futura criança, deve-se privilegiar a saúde e a integridade física da mulher, assim como o melhor interesse da futura criança, e negar o acesso da candidata à reprodução assistida sob tais fundamentos. Todavia, tais riscos devem ser avaliados individualmente, de acordo com as circunstâncias de cada caso. Não se pode simplesmente generalizar e, assim, limitar o direito de diversas mulheres à procriação com base em possíveis riscos à saúde que nem sempre estarão presentes.

Ademais, se a própria Constituição não traz qualquer limitação genérica ao exercício dos direitos reprodutivos com base na faixa etária dos sujeitos de direito, não pode o Conselho Federal de Medicina criá-los. Deve-se, pois, avaliar, caso a caso, as condições clínicas das mulheres que se submetem às técnicas de reprodução assistida, a fim de se verificar a existência ou não de riscos concretos que contraindiquem o uso das técnicas.

O simples fato de possuir 50 anos de idade ou mais não quer dizer, necessariamente, que a mulher não tenha condições físicas de participar de um procedimento de reprodução assistida e conduzir uma gestação com sucesso¹⁵². Trata-se, pois, de uma restrição ao direito de procriar das mulheres que não encontra amparo legal, na medida em que afronta o direito ao planejamento familiar (art. 226, §7º da CF), e deve, portanto, ser afastada.

A terceira e última exigência trazida pela Resolução é a necessidade de vínculo de parentesco até o quarto grau entre a doadora do útero e um dos envolvidos no projeto parental. Ou seja, a mulher que se dispõe a ceder o útero deve ser necessariamente mãe, irmã, avó, tia

¹⁵² São inúmeros os casos noticiados pela mídia em que avós com mais de 50 anos que cederam o útero a suas filhas para gerar os netos e obtiveram êxito. O primeiro caso da história da medicina mundial em que a avó foi mãe substituta teve como protagonista a pernambucana Rozinete Almeida, de 51 anos, que engravidou de gêmeos no lugar de sua filha, Cláudia Michelle, que, com útero infantil, não conseguiu engravidar mesmo após quatro anos de tratamento. Os gêmeos Antonio Bento e Vítor Gabriel nasceram no dia 27 de setembro de 2007. (MONTENEGRO, Carla Bernardo. **Gravidez substituição: Pernambucana dá a luz a netos gêmeos**. Disponível em: <http://www.ghente.org/temas/reproducao/barriga_de_aluguel.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015). Outro caso semelhante é o da dona de casa Maria da Glória, de Goiás, que com 52 anos cedeu o útero e deu à luz a gêmeas para sua filha Fernanda, de 34 anos, que nasceu com uma deficiência uterina e precisou retirar o órgão. Maria da Glória foi submetida a exames que revelaram a ótima saúde para gerar os bebês, que nasceram em 08 de janeiro de 2013. (CARVALHO, Humberta; LIMA, Gabriela. Pais biológicos ganham direito de registrar gêmeas geradas pela avó. **G1**, Goiás, 11 jan. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2013/01/pais-biologicos-ganham-direito-de-registrar-gemeas-geradas-pela-avo.html>>. Acesso em: 03 mar. 2015.). Há, ainda, o caso recente e já citado de Nivalda Maria Candioto, de 55 anos, do sul de Santa Catarina, que escolheu ser útero de substituição de sua filha, Gleice Raupp da Cunha, de 31 anos, que não pode engravidar por não ter o útero. O neto, Arthur, nasceu em 05 de fevereiro de 2015. (ÁVILA, Mariana de. 'Um gesto de amor', diz avó que gera neto em barriga solidária. **G1**, Santa Catarina, 07 jan. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2015/01/um-gesto-de-amor-diz-avo-que-gera-neto-em-barriga-de-aluguel.html>>. Acesso em: 03 mar. 2015.).

ou prima de um dos integrantes do casal ou da pessoa sozinha que deseja implementar o projeto parental através da gestação por substituição.

De início, cumpre analisar a correção da própria imposição de vínculo parentesco para que a mulher participe da gestação por substituição enquanto doadora temporária do útero. De um modo geral, acredita-se que a exigência de haver laços familiares entre os envolvidos se coaduna com o espírito de solidariedade social e familiar instituído pela Constituição Federal, reforça o caráter altruísta do ato de ceder o útero para gestar filho alheio, como também evita maiores conflitos na determinação da filiação da criança, que será gerada por uma integrante da própria família que virá a compor.

No mesmo sentido se manifesta Christine Keler de Lima Mendes, para quem a vinculação ao parentesco tem o objetivo de suavizar as consequências decorrentes da imprecisão jurídica quanto à determinação da maternidade na gestação por substituição, já que, havendo vínculo de parentesco entre os envolvidos, a criança manterá laços afetivos com as duas mulheres que proporcionaram seu nascimento¹⁵³.

Já a autora Maria Berenice Dias defende ser “descabido limitar a gestação por substituição ao âmbito da solidariedade familiar”, pois se o casal ou a pessoa sozinha que deseja recorrer à gestação por substituição para alcançar o projeto parental não possuir nenhum parente até o 4º grau, a exigência de parentesco entre os envolvidos representará óbice ao exercício dos direitos reprodutivos desses indivíduos, o que não deve ser admitido¹⁵⁴.

De fato, a ausência de parentes consanguíneos que se disponham a ceder o útero não pode ser um obstáculo ao exercício dos direitos reprodutivos. Dessa forma, excepcionalmente no caso de ausência de parentes que possam ceder o útero, entende-se que seria aceitável a participação de uma mulher sem vínculos de parentesco com os envolvidos no projeto parental. Contudo, deve-se analisar detalhadamente as condições psicológicas da doadora do útero, bem como a relação de afetividade que mantém com o casal ou pessoa sozinha que busca alcançar a parentalidade, a fim de se evitar futuros problemas quando do nascimento da criança.

¹⁵³ MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro* heteróloga. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 9, n. 0, out/nov, p. 34-56, 2007. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

¹⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. Barriga de aluguel: admissibilidade. **Jornal Carta Forense**, [s.l.], 02 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/barriga-de-aluguel-admissibilidade/4992>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

Comungando desse pensamento, está a autora Flávia Alessandra Naves Silva, quando afirma em sua obra:

Devemos repisar ainda nosso sentir quanto à razoabilidade da linha de orientação promovida pelo Conselho Federal de Medicina, na forma da Resolução n. 1.358/92, no sentido que a gestante, na prática da gestação de substituição, pertença à família dos beneficiários, ampliando possa ser a gestante pessoa fora desse eixo, considerando-se num ou noutro caso a realização de análise clínica-psicológica mais criteriosa, especialmente para esclarecer os riscos, sejam físicos ou emocionais.¹⁵⁵

Superada a questão da adequação da exigência de haver parentesco entre os envolvidos na técnica, cumpre mencionar que esta condição já era prevista pelas resoluções anteriores, que, porém, afirmavam que as doadoras deveriam possuir vínculo familiar na linha reta e colateral até o segundo grau com um dos consortes. Andou bem a Resolução CFM nº 2.013/2013 ao ampliar o grau de parentesco exigido, em sintonia com o conceito estabelecido pelo art. 1.592 do Código Civil, que se estende até o quatro grau na linha colateral.

É de se ressaltar, ainda, que embora a Resolução não mencione expressamente a possibilidade de parentes afins cederem seus úteros, é certo que foram implicitamente incluídas na condição trazida pela Resolução na medida em que, havendo vínculo de parentesco sanguíneo entre mãe substituta e um dos parceiros, consequentemente haverá vínculo de afinidade¹⁵⁶ com o respectivo cônjuge ou companheiro. Assim é que, a mãe de um dos cônjuges é parente consanguínea deste e, ao mesmo tempo, parente afim (sogra) do outro cônjuge, podendo, assim, ceder temporariamente seu útero em benefício do casal.

Contudo, considerando que na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável (art. 1.595, §2º do CC), indaga-se se, no caso de um homem ou uma mulher viúva, divorciada ou separada de seus ex-companheiro, e que deseje ter um filho com o auxílio da gestação por substituição, a “ex-sogra” poderia ceder seu útero e

¹⁵⁵ SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de Substituição: Direito a ter um filho. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, [s.l.], v.1, n. 1, p. 50-67, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasesociais/article/view/914/894>>. Acesso em: 17 mar. 2015. p. 64.

¹⁵⁶ Afinidade é o vínculo que decorre do casamento ou da constituição de união estável, com os parentes do outro cônjuge ou companheiro (art. 1.595, *caput*, do CC). O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro (art. 1.595, §1º, do CC). Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável (art. 1.595, §2º, do CC). Trata-se, portanto, de um vínculo indissolúvel, que se traduz no impedimento perpétuo de casamento entre sogro e nora ou entre genro e sogra (art. 1.521, II, do CC). Ou seja, extinta a união estável ou casamento, o viúvo ou o divorciado não pode se casar nem com os pais nem com os filhos do ex-cônjuge ou ex-companheiro. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 184)

conduzir a gestação, uma vez que a Resolução CFM nº 2.013/2013 é omissa com relação à possibilidade de parentes afins serem doadoras de útero.

A solução para essa questão perpassa pela análise do vínculo jurídico da afinidade. Há quem entenda que o Código Civil de 2002, ao regulamentar as relações de parentesco, inclui a afinidade como um dos tipos de parentesco, diante da dicção do §1º do art. 1.595, que diz: “O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro”¹⁵⁷. Seguindo essa linha de raciocínio, não caberia o afastamento dos parentes afins da possibilidade de participação na gestação por substituição, pois, de outra forma, estar-se-ia dando tratamento desigual às diferentes espécies de parentesco.

Noutra senda, muitos doutrinadores sustentam que o vínculo de afinidade não se confunde com o vínculo de parentesco cuja distinção decorre de seus próprios conceitos¹⁵⁸, e acreditam ser um equívoco considerar as relações de afinidade como de parentesco¹⁵⁹. A afinidade seria o vínculo estabelecido forçosamente, por determinação legal, em decorrência do casamento e da união estável, vinculando cada cônjuge ou companheiro aos parentes do outro, enquanto o parentesco seria a relação que vincula entre si as pessoas que descendem do mesmo tronco ancestral¹⁶⁰.

O parentesco consanguíneo seria, então, um vínculo mais forte que a afinidade, que tem como principal propósito o estabelecimento de uma situação jurídica de impedimentos e deveres, por razões morais, em virtude da aproximação afetiva que acaba por ocorrer entre os parentes afins e suas respectivas famílias¹⁶¹¹⁶². Sob essa ótica, somente os parentes

¹⁵⁷ Em sua obra, os autores Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes apontam como adeptos desse pensamento os doutrinadores Pontes de Miranda, Silvio Rodrigues e Maria Helena Diniz. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 184). Também na defesa de que a relação de parentesco inclui a afinidade está Maria Berenice Dias (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 350.) e Paulo Luiz Netto Lôbo. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 207.)

¹⁵⁸ Nesse sentido, é a opinião de Arnaldo Wald, Orlando Gomes e Miguel Maria de Serpa Lopes, citados na obra dos autores Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 184.)

¹⁵⁹ GAMA, Calmon Nogueira da *apud* LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 207.

¹⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 179 e 184.

¹⁶¹ *Id. ibid.*, p. 185.

¹⁶² No âmbito público, por exemplo, foi considerada constitucional a vedação do estabelecimento de vínculo funcional entre afins, nos termos da Súmula Vinculante nº 13 do STF: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade

consanguíneos estariam de fato inclusos no âmbito da solidariedade familiar, e, portanto, seriam adequados para participar do procedimento de gestação por substituição.

A despeito de tais correntes, crê-se que a solução ideal não seria apenas rejeitar ou acolher indiscriminadamente a possibilidade a participação de parentes afins na gestação por substituição, mas sim verificar caso a caso se a relação existente entre mulher com vínculo de afinidade disposta a ser doadora do útero e o homem ou mulher que pretende empreender o projeto parental é sólida o suficiente para garantir que o procedimento seja realizado sem maiores complicações para ambas as partes, como se espera que ocorra também quando as doadoras do útero possuem parentesco consanguíneo com os envolvidos.

Não obstante ser louvável a exigência de obrigatoriedade de parentesco entre os envolvidos na técnica como forma de prevenção de conflitos de maternidade após o nascimento da criança, acredita-se que seria também interessante que se exigisse que a mulher que se oferece para gestar o filho de outrem já tenha vivenciado uma gravidez, justamente para se evitar que, em sendo sua primeira gestação, a mesma desenvolva vínculos afetivos com a criança, mesmo sabendo que o filho que está a gestar não é seu.

Nesse sentido, aliás, destaca Carlos Nelson Konder:

Talvez, melhor que relação de parentesco, a restrição mais adequada fosse a de a gestante já ter filhos seus. Assim, estará ela mais próxima de um consentimento informado, por já ter vivido a experiência da gestação, e se estará excluindo mulheres que estejam pela primeira vez vivendo o impacto da experiência de dar à luz uma criança.¹⁶³

Enfim, após uma análise geral das exigências trazidas pela Resolução CFM nº 2.013/2013 acerca da gestação por substituição, tem-se que, com exceção da limitação etária, que, como dito, revela-se totalmente descabida, as demais condições e limites trazidos pela Resolução para realização do procedimento são adequados e estão em harmonia com os princípios reguladores dos direitos reprodutivos, devendo servir, inclusive, de inspiração para a legislação vindoura acerca do tema.

nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”. (TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar 2014. p. 185)

¹⁶³ KONDER, Carlos Nelson. Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro, v. 7. jul/set, p. 247-268, 2001. p. 264.

Essa também é a opinião de Christine Keler de Lima Mendes, que aprova os limites impostos pela Resolução do Conselho Federal de Medicina, os quais, segundo a autora, buscam “restringir a crescente procura pela gestação por substituição por mulheres e famílias desprovidas de capacidade psicológica para enfrentar as consequências causadas por essa técnica”¹⁶⁴.

3.3.1 A necessidade de consentimento informado

Na definição de Carlos Nelson Konder, o consentimento informado consiste na:

(...) anuência, livre de vícios, do paciente, após explicação completa e pormenorizada sobre a intervenção médica, incluindo sua natureza, objetivos, métodos, duração, justificativa, possíveis males, riscos e benefícios, métodos alternativos existentes e nível de confidencialidade dos dados, assim como de sua liberdade total para recusar ou interromper o procedimento em qualquer momento; tendo o profissional a obrigação de informá-lo em linguagem adequada (não técnica) para que ele a compreenda.¹⁶⁵

Trata-se de um requisito necessário para qualquer intervenção médica, incluindo os procedimentos de reprodução assistida, que impõe ao profissional da saúde o dever de informar, adequando sua linguagem a fim de assegurar o perfeito entendimento do paciente.

Ainda segundo o supracitado autor, o consentimento informado nada mais é do que uma projeção do princípio da boa-fé objetiva nos campos dos contratos referentes à atividade médica. Esse princípio impõe às partes a obrigação de lealdade recíproca, que se traduz no dever de informar, o qual, no contexto dos contratos médicos, se corporifica no instrumento do consentimento informado¹⁶⁶.

Nesse contexto é que a Resolução CFM nº 2.013/2013 também ressalta a importância e a necessidade de haver o consentimento esclarecido e informado de todos os envolvidos na prática, ou seja, tanto dos que almejam a paternidade, quanto da doadora do útero, que deve

¹⁶⁴ MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro* heteróloga. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 9, n. 0, out/nov, p. 34-56, 2007. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

¹⁶⁵ KONDER, Carlos Nelson. Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro, v. 7. jul/set, p. 247-268, 2001. p. 265.

¹⁶⁶ *Id. ibid.*, p. 265-266.

ser instrumentalizado em um Termo de Consentimento Informado, devidamente assinado por todos¹⁶⁷.

Como bem salienta Christine Keler de Lima Mendes, “indispensável não apenas mero consentimento, mais a concreta ciência dos envolvidos sobre suas responsabilidades futuras, quando do nascimento da criança”¹⁶⁸. Assim, não basta a simples anuência dos envolvidos, é necessário que tenham sido amplamente informados acerca de todos os riscos envolvendo o procedimento, assim como os deveres que surgirão para as partes após o nascimento do bebê, qual seja, a entrega da criança por parte da doadora do útero, e respectivo recebimento e registro pelos empreendedores do projeto parental.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que, de forma bastante admirável, a Resolução CFM nº 2.013/2013 enumera diversos documentos e observações que deverão constar no prontuário do paciente, dentre os quais se incluem, além do termo de consentimento informado: a) descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação da técnica de reprodução assistida, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta; b) os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal¹⁶⁹; c) e os riscos inerentes à maternidade.

Ao exigir que tais informações sejam prestadas pelos médicos, a Resolução busca garantir que todos os dados relevantes relativos à gestação por substituição, à gravidez e às consequências e implicações decorrentes do procedimento sejam devidamente fornecidos aos pacientes, assegurando-se, assim, que manifestem sua vontade de forma livre e consciente ao consentirem com a realização do procedimento.

¹⁶⁷ VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

(...)

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

- Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade; (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.013**. Brasília, 09 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2015.)

¹⁶⁸ MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro* heteróloga. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 9, n. 0, out/nov, p. 34-56, 2007. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

¹⁶⁹ Período do processo reprodutivo que abrange a gestação, o parto, o puerpério e o aleitamento materno e envolve alterações físicas, psicológicas e sociais para a gestante. (CICLO GRAVÍDICO-PUERPERAL. **Dicionário inFormal**. São Paulo, 10 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/ciclo%20gr%C3%A1vido-puerperal/>>. Acesso em: 05 mar. 2015.)

Outro documento de suma importância exigido pela Resolução consiste no “relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero”.

Dúvidas não há acerca da imprescindibilidade da realização de exames que atestem a capacidade da gestante de levar ao fim a gravidez sem riscos à sua própria saúde ou do futuro bebê. Não obstante, é fundamental também avaliar se a mulher que se dispõe a ceder o útero para gestar filho de outrem terá condições emocionais e psicológicas de lidar com essa situação incomum, em especial com a separação da criança.

Ademais, a análise do preparo emocional e psicológico não deve se limitar apenas à gestante, incluindo também o casal ou pessoa sozinha que almeja alcançar o projeto parental através da gestação por substituição. Estes também devem estar psicologicamente preparados para a situação atípica que irão enfrentar, haja vista que receberão uma criança gestada por outrem e que, em caso de reprodução assistida heteróloga, não terá vínculo biológico com um ou ambos os pais. Além disso, importante averiguar, ainda, se as motivações que os levam a buscar a filiação através das técnicas de reprodução são legítimas e estão de acordo com os princípios da paternidade responsável e do melhor interesse da criança.

Todos esses fatores devem ser devidamente analisados com cuidado e diligência pelo profissional de saúde responsável pelo procedimento que, caso verifique que a gestante ou os futuros pais não possui condições clínicas ou psicológicas para realizar o procedimento, pode e deve se negar a realizá-lo¹⁷⁰. Nesse mesmo sentido, enfatiza Anna de Moraes Salles Beraldo que o “profissional tem autonomia para, em determinados casos, tais como condições pessoais e emocionais do paciente, negar-se a realizar a reprodução assistida”¹⁷¹.

A Resolução também consigna a impossibilidade de interrupção da gravidez, salvo nos casos previsto em lei ou quando houver autorização judicial.

¹⁷⁰ Busca-se, com isso, evitar a escolha e a rejeição de crianças por parte de casais ou indivíduos que recorrem às técnicas de reprodução assistida sem estar psicologicamente preparados para a paternidade e as eventualidades que dela possam advir, como por exemplo, problemas de saúde da futura criança ou a concepção de mais embriões do que o desejado. Para ilustrar, cita-se o caso de um casal australiano que abandonou um bebê com Síndrome de Down concebido através de gestação por substituição e ficou apenas com sua irmã gêmea (CASAL AUSTRALIANO ABANDONA BEBÊ COM SÍNDROME DE DOWN GERADO POR BARRIGA DE ALUGUEL, MAS LEVA A IRMÃ GÊMEA. *Extra*, [s.l.], 01 jan. 2014. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/mundo/casal-australiano-abandona-bebe-com-sindrome-de-down-gerado-por-barriga-de-aluguel-mas-leva-irma-gemea-13455681.html#ixzz3bfJOfiNV>>. Acesso em: 25 mai. 2015).

¹⁷¹ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 21.

Aqui a norma deontológica não traz inovações, apenas repetindo o que já é previsto no Código Penal, que criminaliza a interrupção voluntária da gravidez, seja pela própria gestante ou com o seu consentimento (art. 124 do CP), seja provocada por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante (art. 125 do CP). As únicas hipóteses autorizadas por lei são o aborto necessário (art. 128, I, do CP), quando a manutenção da gravidez coloca em risco a vida da gestante, e o aborto em caso de gravidez resultante de estupro (art. 128, II, do CP).

Além disso, é de se destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54), decidiu por maioria de votos declarar inconstitucional a interpretação dos artigos 124, 126 e 128, inciso I e II do Código Penal que criminaliza o aborto de feto anencéfalo¹⁷². Para sete dos dez ministros que participaram do julgamento, não se trata de aborto porque não há a possibilidade de vida do feto fora do útero, sendo que a interrupção da gravidez independentemente de autorização judicial, bastando, para tanto, o diagnóstico de anencefalia¹⁷³.

Nesse contexto, no caso da gravidez decorrente da gestação por substituição, só é possível o aborto quando houver risco de vida para a gestante (art. 126, I, do CP) ou em se tratando de feto de anencéfalo (ADPF 54), já que não há violação da liberdade sexual da doadora do útero.

Ressalte-se que em caso de abortamento ou qualquer outra lesão em que se comprove ter agido dolosa ou culposamente para o resultado, a gestante responderá pelos danos patrimoniais e morais, incluída a perda da chance de ter um filho, perante os beneficiários da técnica. Por outro lado, tratando-se de “aborto natural”, ou seja, o que ocorre sem culpa da gestante, não cabe indenização de qualquer título¹⁷⁴.

¹⁷² O acórdão da referida decisão restou assim ementado: ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. **Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. [grifo nosso]** (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 29 mai 2015).

¹⁷³ BEZERRA, Elton. Leia acórdão sobre interrupção de gravidez de anencéfalo. **Revista Consultor Jurídico**, [s.l.], 13 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-13/leia-acordao-stf-autoriza-interruptao-gravidez-anencefalo>>. Acesso em: 28 mai. 2015.

¹⁷⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. Parecer solicitado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros a respeito da Indicação nº 231/2011, de autoria dos consócios Drs. Randolpho Gomes e Alexandre Brandão Martins Ferreira, sobre “Inseminação artificial”. Rio de Janeiro, 17 set. 2012. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-12390.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

Outro ponto destacado pela Resolução, diz respeito à garantia de tratamento médico à doadora do útero até o nascimento da criança, que deve ser assegurado pelos titulares do projeto parental. Não obstante a caráter altruísta da cessão temporária do útero, é dever dos futuros pais arcar com todos os gastos decorrentes da gestação, uma vez que a doadora do útero se submete à uma gravidez exclusivamente com o intuito de ajudá-los a alcançar o desejo de ter o tão sonhado filho.

Conforme ensina Marcelo Truzzi Otero, “trata-se de cumprimento de um dever natural e legal dos titulares do projeto parental, ou seja, dos pais, podendo ser exigido judicialmente, com fundamento na Lei nº 11.804/98, os intitulados alimentos gravídicos ou gestacionais”¹⁷⁵. Assim, despesas naturais oriundas da gestação, tais como despesas hospitalares, exames médicos, medicamentos, gêneros alimentícios, vestuário apropriado à gestante, dentre outros, devem ser custeados pelos empreendedores do projeto parental, que podem, inclusive, ser compelidos judicialmente a prestá-los¹⁷⁶.

Caso a mulher doadora temporária do útero seja casada ou viva em união estável, adverte a Resolução acerca da necessidade de autorização, por escrito, do cônjuge ou companheiro para a realização do procedimento de gestação por substituição, haja vista que a gravidez decorrente da utilização da técnica terá implicações não apenas para a gestante, mas para a vida do casal como um todo.

Ademais, exige a Resolução que os futuros pais da criança prestem garantias de que realizarão o registro civil da criança, cuja documentação deverá ser providenciada ainda durante a gravidez.

É quase certo que os futuros pais da criança encontrarão dificuldades para realizar o registro de nascimento do bebê em nome dos titulares do projeto parental. Isto porque para a doutrina e a legislação brasileira a maternidade se define pela gestação e pelo parto. Por isso

¹⁷⁵ OTERO, Marcelo Truzzi. Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, v. 12, n. 20, fev/mar, p. 19-38, 2011. Disponível em: <http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2015.

¹⁷⁶ Além disso, segundo o magistério de Heloisa Helena Barbosa, haverá, ainda, responsabilidade pelos danos patrimoniais, pessoais e morais que a gestante substituta vier a sofrer (como, por exemplo, caso venha apresentar problemas de saúde) em decorrência de alguma ação ou omissão da clínica e seus prepostos, ou da conduta dos beneficiários da técnica. Se demonstrada a contribuição de ambos (da clínica e dos beneficiários) para o resultado danoso, haverá responsabilidade solidária, como previsto no artigo 942 do Código Civil. (BARBOZA, Heloisa Helena. Parecer solicitado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros a respeito da Indicação nº 231/2011, de autoria dos consócios Drs. Randolpho Gomes e Alexandre Brandão Martins Ferreira, sobre “Inseminação artificial”. Rio de Janeiro, 17 set. 2012. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-12390.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.)

mesmo é que a declaração de nascido vivo, documento hábil a promover o registro civil do bebê, é emitida em nome da gestante, que sofreu o parto.

Todavia, no caso da gestação por substituição, os conceitos de maternidade e gravidez se dissociam, uma vez a gestante não manifesta o desejo de ser mãe, apenas se compromete a gerar o filho de outrem, que será entregue aos titulares do projeto parental após o nascimento. Assim, no caso da gestação por substituição o que deve servir de esteio para atribuição da filiação é a vontade manifesta pelas partes na realização do método, e não o ato de gestar.

Acerca do tema, ressalta Flávia Alessandra Naves Silva que, embora há quem defenda na classe médica a emissão da declaração de nascimento vivo em nome da mãe intencional, a legislação atual não permite que tal documento seja emitido em nome dos titulares do projeto parental, diante da proibição constante no art. 242 do Código Penal, que qualifica como ilícito penal o ato de “dar parto alheio como próprio”¹⁷⁷.

Dessa forma, não restará alternativa aos futuros pais senão recorrer ao judiciário a fim de ver reconhecido o direito de registrar a criança em seu nome e não da doadora do útero e seu marido, se esta for casada, diante da presunção *pater is est*.

No mesmo sentido, aliás, afirma Maria Berenice Dias,

Nas hipóteses de gravidez por substituição, ainda que seja a mãe gestacional quem recebe a declaração de nascido vivo, imperioso é assegurar àquela que é mãe – e que não necessariamente é a mãe genética – o direito de o filho ser registrado diretamente em seu nome. Tal possibilidade cabe ser buscada em juízo, mesmo antes do nascimento, para que, ao nascer, seja-lhe assegurado o direito à identidade.¹⁷⁸

Justamente em razão das dificuldades envolvendo o registro civil da criança nascida com o auxílio da gestação por substituição, que exigirá o ingresso com ação judicial¹⁷⁹, é que

¹⁷⁷ SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de Substituição: Direito a ter um filho. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, [s.l.], v.1, n. 1, p. 50-67, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasocias/article/view/914/894>>. Acesso em: 17 mar. 2015. p. 52.

¹⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 380.

¹⁷⁹ Relembra-se, aqui, o caso das gêmeas geradas pela avó, Maria da Glória de 52 anos, cedeu o útero para sua filha Fernanda e o genro. Os pais entraram com uma ação judicial e o juiz da Comarca de Santa Helena de Goiás, Marcelo Lopes de Jesus, determinou que conste o nome dos pais biológicos nas declarações de nascidos vivos das gêmeas. O juiz justificou sua decisão afirmando que “biologicamente, as crianças nascidas desse evento são filhas dos autores e netas da doadora do útero, não tendo havido a doação do material genético, mas sim a doação temporária do útero, a gestação de substituição”. De acordo com a nota do TJ, o juiz respeitou todas as exigências da Resolução 1.957/2010 do Conselho Regional de Medicina (vigente à época) e o artigo 227 da Constituição Federal, que determina que a proteção à criança e ao adolescente deverá ser feita com prioridade, garantindo, entre outras coisas, a convivência familiar. (CARVALHO, Humberta; LIMA, Gabriela. Pais biológicos ganham direito de registrar gêmeas geradas pela avó. **G1**, Goiás,

a Resolução estabelece como dever dos futuros pais providenciar a documentação necessária ao registro da criança ainda durante a gravidez.

Por fim, a última documentação exigida pela Resolução diz respeito ao “contrato entre os pacientes e a doadora temporária do útero”, que deve trazer a questão da filiação da criança. Nesse ponto, discute-se se a teoria contratual clássica deve ser aplicada para a qualificação da natureza dos acordos de gestação por substituição e, consequentemente, se os instrumentos patrimoniais a ela vinculados seriam ou não adequados para aparelhar a avença e, no caso de se concluir pela sua não aplicação, qual seria, então, o meio apropriado para formalizar o acordo de vontade entre as partes.

Ocorre que a discussão doutrinária acerca dessa questão é praticamente inexistente. Os poucos autores que trabalham o tema limitam-se a discorrer sobre as peculiaridades da natureza dos acordos de gestação por substituição, diante de seu caráter existencial, sem indicar quais instrumentos seriam ou não adequados para instrumentalizá-lo.

Como já dito no início deste trabalho, acredita-se que a teoria contratual clássica e seus instrumentos não são adequados para lidar com situações existenciais como a que está em análise, sendo necessário um estudo mais aprofundado para que se possa identificar a natureza jurídica do acordo de vontade estabelecido entre a gestante e os futuros pais e as regras que regem tal manifestação de vontade. Por essa razão é que o tema não será objeto do presente trabalho, que se limitará à análise das consequências do acordo já existente.

Enfim, no geral, entende-se ser louvável a iniciativa da Resolução CFM nº 2.013/2013 de exigir a apresentação dos documentos supracitados, que sequer eram mencionados nas resoluções anteriores. Cada um deles é de extrema relevância para garantir a segurança médica e jurídica do procedimento de gestação por substituição, devendo, mais uma vez, servir de inspiração para os projetos de lei que visam regulamentar o uso das técnicas de reprodução assistida.

3.4 A determinação da parentalidade-filiação e seus efeitos

A filiação pode ser definida como o vínculo jurídico existente entre o filho e seus pais¹⁸⁰. Constitui-se na mais importante relação de parentesco, a que há entre pais e filhos. O estado de filho gera inúmeros efeitos jurídicos, como, por exemplo, autoriza o uso do nome da família, cria o impedimento para casamento, faz surgir o poder familiar, origina o direito e dever de prestar alimentos e à sucessão, dentre outros¹⁸¹.

Visto sob o prisma dos ascendentes, a filiação traduz-se na paternidade e na maternidade. Embora se utilize usualmente o termo paternidade de forma genérica, para se referir à relação do pai e da mãe com o filho, Guilherme Calmon Nogueira da Gama opta por fazer uso da expressão “parentalidade” para se referir ao vínculo de parentesco entre pais e filhos¹⁸², a qual também será adotado neste trabalho, como sinônimo de paternidade, no sentido genérico, que inclui pai e mãe.

Sabe-se que a doutrina e legislação brasileira sempre se fundou no brocardo *mater semper certa est*, que proclama a certeza da maternidade verificada através da gravidez e do parto, considerando, assim, que mãe é aquela que deu à luz a criança. Partindo do princípio de que a maternidade é certa, em sendo a mulher casada, incidirá a presunção *pater is est quem nuptia demonstrant*, consagrada no art. 1.597 do Código Civil, de que o filho nascido da mulher casada é presumidamente filho de seu marido. Assim, será o pai aquele ligado pelo casamento à mulher que gestou a criança.

Contudo, o desenvolvimento da ciência, especialmente no campo da medicina reprodutiva, fez surgir situações novas que revelaram que tais afirmações não podem ser encaradas como verdades absolutas, na medida em que mostrou ser possível que a gestante não seja a mãe biológica e intencional da futura criança. Evidencia-se, assim, a necessidade de reformulação dos postulados até então consolidados, diante da desassociação dos conceitos de maternidade e gravidez, que atingem, por tabela, a presunção de que pai é o marido da gestante.

¹⁸⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 230.

¹⁸¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 184.

¹⁸² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 749.

Nesse contexto, indaga-se quais seriam os pressupostos que devem ser considerados para a determinação da parentalidade-filiação decorrente da prática da gestação por substituição.

Respondendo a esta questão, afirma Guilherme Calmon Nogueira da Gama que a vontade inserida no projeto parental deverá servir como pressuposto para o estabelecimento da maternidade e da paternidade, em substituição à relação sexual¹⁸³. Esclarece o autor que:

Como visto, todo o sistema jurídico de paternidade, maternidade e filiação se assentou no pressuposto fático da conjunção carnal como sendo o fato gerador dos vínculos de parentalidade-filiação e, assim, inexistindo tal pressuposto-fático, ficam abalados os demais fatos jurídicos que ensejaram a construção dos modelos clássicos (ou tradicionais) de parentesco decorrente da procriação carnal. Assim, a gravidez e o parto perdem a importância que lhes era conferida pela legislação, ao menos no campo da procriação assistida e, nesse sentido, é a vontade o pressuposto mais importante, independentemente dela haver surgido intensa (ou não) durante a gravidez na outra mulher.¹⁸⁴

Dessa forma, segundo o autor, para o direito, apenas será mãe a mulher que desejou procriar e não a mulher que engravidou, pois não haveria gravidez nem parto se não fosse a vontade da mulher que, no exercício do direito ao planejamento familiar e em conjunto com seu parceiro, desejou procriar¹⁸⁵.

Também para Flávia Alessandra Naves Silva a vontade procriacional é a fonte do vínculo materno-paterno-filial. Nesse sentido, afirma a autora:

A atribuição de maternidade, estendendo-se também à de paternidade, deverá ser feita àquela mulher, ou ao casal, encomendante da técnica médica e participante do processo procriativo, tenham eles identidade genética ou não com a criança. O que importa aqui é o ato de vontade manifestado para o exercício do método, levando-se em conta o consentimento realizado pelas partes.¹⁸⁶

Assim, mesmo que a criança não tenha vínculo genético com um ou ambos os pais, em caso de reprodução assistida heteróloga, e que esteja sendo gerada por uma terceira pessoa, o que valerá para a fixação da parentalidade-filiação é a vontade declarada pelos pais ao

¹⁸³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 747.

¹⁸⁴ *Id. ibid.* p. 748-749.

¹⁸⁵ *Id. ibid. loc. cit.*

¹⁸⁶ SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de Substituição: Direito a ter um filho. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, [s.l.], v.1, n. 1, p. 50-67, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasocias/article/view/914/894>>. Acesso em: 17 mar. 2015. p. 58-59.

manifestarem seu consentimento para realização da técnica, expressando o desejo de constituir vínculo com a criança concebida com a ajuda dos métodos de reprodução assistida.

Insta mencionar que, reconhecendo a relativização da presunção de que “a mãe é sempre certa”, indicada pelo parto, o Conselho da Justiça Federal aprovou na I Jornada de Direito Civil o Enunciado nº 129, que propõe a inclusão de um artigo no Código Civil, com o objetivo assegurar à mãe social o direito ao reconhecimento da maternidade, o qual conta com a seguinte redação:

Art. 1.597-A . A maternidade será presumida pela gestação.

Parágrafo único: Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga.¹⁸⁷

Em se tratando de um casal, importante lembrar que deve haver a concordância de ambos para a realização da técnica, como já mencionado anteriormente. Nesse sentido, Christine Keler de Lima ressalta ser indispensável o consentimento do marido ou companheiro da mulher que recorre à gestação por substituição, “que implica na disponibilização do seu material genético ou a autorização para a fecundação com material genético de outro doador anônimo”¹⁸⁸.

Caso o marido ou companheiro não concorde com a gestação por substituição, desautorizando, inclusive, a utilização de seu material genético em caso de reprodução assistida homóloga (na hipótese de já ter sido coletado anteriormente e estar armazenado na clínica de reprodução), e a mulher prossiga com o procedimento a despeito de sua discordância, ao final não será possível atribuir a paternidade da criança ao mesmo, ainda que tenha sido utilizado o seu material genético.

Isto porque na reprodução assistida a conjunção carnal é substituída pela vontade manifestada em realizar a técnica enquanto fundamento essencial para a determinação da paternidade. Assim, inexistindo tal vontade, impossível a atribuição forçada da paternidade a um indivíduo que não participou do planejamento familiar ou mesmo rejeitou tal projeto.

¹⁸⁷ CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados Aprovados: I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 17 mar. 2015.

¹⁸⁸ MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro* heteróloga. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 9, n. 0, out/nov, p. 34-56, 2007. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

Contudo, ressalta Heloisa Helena Barboza que, se o marido de algum modo participar do projeto parental, mesmo que ele não chegue a formalizar a autorização, ou se nada fizer para resguardar seu direito de rejeitar a paternidade que não deseja no momento em que toma ciência dos procedimentos adotados pela esposa no sentido de realizar a técnica, terá tacitamente assumido a paternidade¹⁸⁹.

Por outro lado, em sendo autorizada a utilização da técnica, a respeito do consentimento do futuro pai, prevalece na doutrina a impossibilidade de revogar a vontade anteriormente manifestada e impugnar da parentalidade após a concepção. Essa é a opinião de Silvio Salvo Venosa, que afirma “Se a inseminação deu-se com o seu consentimento, há que se entender que não poderá impugnar a paternidade e que a assumiu”¹⁹⁰.

Assim também se posiciona Tycho Brache Fernandes, quando diz que a concordância é incondicional e irrevogável, inviabilizando qualquer pedido de impugnação da paternidade, até porque não pode o filho gerado ficar à mercê das oscilações de humor do marido ou companheiro da mãe genética¹⁹¹.

Na mesma direção está Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Explica o autor que: “O raciocínio é idêntico à procriação carnal: se não é possível o retorno à época anterior à relação sexual, da mesma forma não se pode retroagir no tempo para desconsiderar a vontade anteriormente manifestada quando já houve a concepção e o início da gravidez”¹⁹².

Ademais, cumpre mencionar que o divórcio ou a separação do casal, em nada deve alterar a continuidade da gestação já iniciada, mantendo-se intactas as obrigações assumidas perante a gestante e à futura criança. Os beneficiários da técnica são responsáveis pelo filho, desde a gestação, como pais, em razão do projeto parental a que deram execução, por força do princípio da paternidade responsável que autoriza a utilização das técnicas de reprodução

¹⁸⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. Parecer solicitado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros a respeito da Indicação nº 231/2011, de autoria dos consócios Drs. Randolpho Gomes e Alexandre Brandão Martins Ferreira, sobre “Inseminação artificial”. Rio de Janeiro, 17 set. 2012. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-12390.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

¹⁹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 244.

¹⁹¹ FERNANDES, Tycho Brache *apud* MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro* heteróloga. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 9, n. 0, out/nov, p. 34-56, 2007. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

¹⁹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 928-930.

assistida. A paternidade e a maternidade devem ser atribuídas aos beneficiários e a guarda da criança, unilateral ou compartilhada, de acordo com o melhor interesse da criança¹⁹³.

Noutra senda, importante lembrar que o embrião implantado no útero da mãe gestacional pode ser formado a partir de reprodução assistida homóloga ou heteróloga. No primeiro caso, além da vontade manifestada pelos pais, o vínculo de parentesco estabelecido entre os pais e a criança a nascer também terá como base a consanguinidade (parentesco natural), diante da utilização do material genético do casal idealizador.

Na segunda hipótese, o parentesco será natural com relação ao cônjuge ou companheiro que tiver fornecido seu próprio material genético para a formação do embrião, tendo como origem a consanguinidade. Já em relação ao outro, não existirá liame biológico com a criança, de modo que o vínculo que se estabelece será o parentesco civil¹⁹⁴, devendo ser considerada a vontade ínsita ao projeto parental para o estabelecimento da parentalidade-filiação. Caso tenha havido doação de ambos os gametas, os vínculos de paternidade-filiação não terão por origem a consanguinidade, mas o parentesco civil, em relação a ambos os pais.

De acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama, na hipótese em que há parentesco natural com um dos cônjuges ou companheiros e parentesco civil com o outro, em razão da utilização de material fecundante de terceiro, está-se diante de situação análoga à prevista no §1º do art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê a possibilidade de adoção do filho do cônjuge ou companheiro. A diferença é que, enquanto na adoção o vínculo de parentesco se estabelece em momento posterior ao nascimento do adotado, no caso da procriação assistida heteróloga o parentesco civil e natural são estabelecidos no mesmo momento, com o nascimento da criança, com efeitos retroativos à data da concepção¹⁹⁵.

Esclarece, porém, o autor que o modelo da parentalidade-filiação decorrente da procriação assistida heteróloga apresenta distinções quanto aos modelos clássicos de parentalidade-filiação resultantes da procriação carnal e da adoção, devendo, pois, ser

¹⁹³ BARBOZA, Heloisa Helena. Parecer solicitado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros a respeito da Indicação nº 231/2011, de autoria dos consócios Drs. Randolpho Gomes e Alexandre Brandão Martins Ferreira, sobre “Inseminação artificial”. Rio de Janeiro, 17 set. 2012. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-12390.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

¹⁹⁴ Parentesco civil é o que resulta de outra origem que não a consanguinidade, conforme a redação do art. 1.593 do Código Civil. A expressão “outra origem” engloba a parentalidade socioafetiva, decorrente da posse de estado de filho, a filiação resultante da adoção, e a filiação advinda do emprego das técnicas de reprodução assistida heteróloga, em que há a participação de doador de material fecundante estranho ao casal (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 181-182).

¹⁹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 920.

considerada um terceiro gênero no sistema jurídico brasileiro¹⁹⁶. Salienta, ainda, que, enquanto não houver lei específica disciplinando a matéria, a construção teórica do modelo de parentalidade-filiação resultante da reprodução assistida heteróloga deve conjugar aspectos dos outros dois modelos naquilo em que forem compatíveis¹⁹⁷.

É de se ressaltar que a criança nascida através do emprego das técnicas de reprodução assistida, terá direitos e deveres iguais em relação aos demais filhos, se houverem. Note-se, ainda, que o parentesco civil que se estabelece em favor da criança nascida por procriação assistida com material fecundante de terceiro não se restringe a seu pai e/ou sua mãe, mas também abrange todos os parentes destes, nos limites dispostos no Código Civil.

Cumpra asseverar que, em caso de reprodução assistida heteróloga, com a utilização de material genético doado, não se formará nenhum vínculo de parentesco entre a criança e os doadores. Como explica Guilherme Calmon Nogueira da Gama,

Como já mencionado, o doador – normalmente o homem que doa certa quantidade de sêmen – não adere a qualquer projeto parental (não há vontade), nem pratica qualquer ato de índole sexual com a mulher que gravidará diante da técnica conceptiva com o emprego de seu sêmen (não há risco) e, nesse sentido, não havendo qualquer um dos pressupostos para o estabelecimento de sua paternidade no campo da reprodução assistida heteróloga, diante da própria circunstância de que não houve relação sexual (falta de fato gerador da procriação carnal), logicamente que o doador não poderá ser considerado pai da pessoa a nascer. (...) O mesmo pode ser dito em relação à doadora de óvulos, sendo oportuna observação de que tais casos são menos frequentes.¹⁹⁸

Deve, portanto, prevalecer a vontade enquanto fundamento que norteia o estabelecimento do parentesco civil no âmbito da procriação assistida, excluindo as pessoas que não manifestaram vontade no sentido da constituição de vínculos jurídicos familiares.

¹⁹⁶ Explica o autor que a construção jurídico-legal do instituto da adoção foi concebida como forma de proporcionar nova família à pessoa que, por alguma circunstância, não teve condições de permanecer na família de origem. Assim, tradicionalmente sempre se pressupôs a família adotiva como família substituta (ou derivada), tanto é que ocorre o desligamento dos vínculos jurídicos do adotado em relação aos pais naturais e todos os demais parentes da família originária. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 850.) Tal situação não ocorre na gestação por substituição, em que o vínculo formado entre a criança e os futuros pais é originário, inexistindo vínculos jurídicos a serem desconstituídos entre a mulher que gestou e a criança que será entregue as titulares do projeto parental, pois sequer chegam a se formar, eis que gestante não manifesta a vontade de ser mãe, apenas cede seu útero para a gestar filho de outrem, tendo plena ciência de que a criança que ela gesta “não é sua”.

¹⁹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 851.

¹⁹⁸ *Id. ibid.*, p. 884.

Destaca, ainda, o autor, que a ausência de vínculos parentais entre a criança e os doadores de gametas e os parentes destes conduz à inexistência de direito e deveres familiares. Dessa forma, nunca existiu nem existirá poder familiar relativamente à criança e a morte dos pais jurídicos não vai permitir o estabelecimento de vínculos entre a pessoa concebida e os doadores¹⁹⁹.

Outro efeito pessoal relacionado à procriação assistida heteróloga apontado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama diz respeito aos impedimentos matrimoniais. Argumenta o autor que o art. 41, *caput*, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)²⁰⁰ deve ser interpretado de maneira extensiva de modo a se ampliar o alcance da regra pertinente aos impedimentos matrimoniais para se abranger a reprodução assistida heteróloga²⁰¹.

Tal norma representa o explícito reconhecimento de que, a despeito da inexistência de vínculo jurídico de parentesco entre o adotado e seus genitores e parentes, haverá impedimento matrimonial como efeito jurídico negativo decorrente da consanguinidade. A partir de uma interpretação extensiva, essa proibição também deve ser aplicada ao doador de gameta e a criança concebida a partir do seu material genético, os quais, não obstante a ausência de vínculo parentesco, estarão impedidos de casar em razão da consanguinidade²⁰².

Ressalta o autor que o impedimento de consanguinidade não se restringe à proibição do casamento entre a pessoa concebida por procriação heteróloga e o doador do material fecundante, mas abrange todos os parentes na linha reta independentemente de grau e na linha colateral até o terceiro grau do doador, além dos afins nas mesmas condições. Ou seja, os impedimentos se aplicam ao doador e seus parentes nos mesmos limites que se aplicam aos seus pais jurídicos e parentes destes (art. 1.521, incisos I, II e IV do CC)²⁰³.

Cabe lembrar, ainda, que a Resolução CFM nº 2.013/2013 estabelece que só poderá haver duas gestações de crianças de sexo diferentes advindas do mesmo doador numa área de um milhão de habitantes, a fim de evitar que eventuais irmãos biológicos possam se

¹⁹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 885.

²⁰⁰ Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. (BRASIL. **Lei nº 8.069 [Estatuto da Criança e do Adolescente]**. Brasília-DF, 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 19 mar. 2015.)

²⁰¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.* p. 891.

²⁰² *Id. ibid.*, p. 892.

²⁰³ *Id. ibid.*, p. 895.

relacionar. Revela-se, aqui, a preocupação da norma ética em evitar casamentos entre pessoas com vínculos de consanguinidade, tal como se vê nos impedimentos matrimoniais.

Noutra senda, Anna de Moraes Salles Beraldo defende que, não obstante o anonimato na doação de gametas, o filho gerado a partir de reprodução assistida heteróloga tem direito ao conhecimento de sua origem genética. Segundo a autora, o desejo de conhecer sua identidade genética constitui-se em um anseio natural das pessoas e tem grande relevância para formação da personalidade do indivíduo e, nesse sentido, deve ser reconhecido enquanto um direito fundamental, que integra o conjunto de direitos da personalidade²⁰⁴.

Assim, havendo conflito entre o direito à intimidade do doador e o direito à informação sobre a própria ascendência genética, sustenta a autora que deve prevalecer este último, em especial porquanto não haverá qualquer responsabilização, nem a formação de vínculo de parentesco com o doador²⁰⁵.

No mesmo sentido é a opinião de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, para quem, o direito à identidade é direito fundamental da pessoa humana, inserido no âmbito dos direitos da personalidade, sendo certo que o conteúdo da identidade abrange também a história pessoal do indivíduo, e aí se insere o conhecimento de sua origem genética²⁰⁶.

Segundo o referido doutrinador, ainda que seja necessário o anonimato por algum tempo relativamente à pessoa concebida, em especial no período em que ainda não adquiriu discernimento suficiente para bem compreender os aspetos relacionados à procriação assistida heteróloga, é perfeitamente possível a coexistência da não-constituição de vínculos parentais com o conhecimento da identidade do doador pela pessoa que foi concebida com seu material fecundante²⁰⁷.

Dessa forma, conclui autor afirmando que, diante da completa impossibilidade de se estabelecer vínculo de parentalidade-filiação entre o doador e a pessoa que foi concebida, não pode aquele pretender impedir o acesso à sua identidade em favor da pessoa que foi concebida

²⁰⁴ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 64.

²⁰⁵ *Id. ibid.*, p. 66.

²⁰⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 904-905.

²⁰⁷ *Id. ibid.*, p. 888. Em sentido contrário, o autor menciona Juliane Fernandes Queiroz, que defende que o anonimato é fundamental para o não estabelecimento de vínculos de filiação entre doador e a criança. (QUEIROZ, Juliane Fernandes *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 888.)

com seu material fecundante, sob o argumento do direito à intimidade, devendo prevalecer o direito à identidade eis que essencial para a formação da personalidade do indivíduo²⁰⁸.

Cabe lembrar que, na hipótese dos doadores de gametas ou embriões requererem a paternidade ou maternidade, a questão deve ser resolvida com base no princípio do melhor interesse da criança²⁰⁹.

Por fim, discute-se a possibilidade de aplicação das presunções de paternidade do art. 1.597²¹⁰ do Código Civil à gestação por substituição, no caso de pessoas casadas.

Para Marise Cunha de Souza, somente o inciso III, que trata da inseminação artificial homóloga e da fertilização *in vitro* homóloga pode ser aplicado, por ser esta última a técnica utilizada na gestação por substituição, em que a fecundação é feita fora do útero da mãe afetiva e depois o embrião é implantado na mãe substituta. Quanto ao inciso V, afirma a autora não ser possível aplicar a presunção quanto à paternidade, pois o inciso trata expressamente da técnica de inseminação artificial heteróloga, que não é a utilizada na gestação por outrem, que, como já dito, emprega a fertilização *in vitro*²¹¹.

No mesmo sentido, é o pensamento de Paulo Luiz Neto Lôbo, para quem essas presunções, por sua natureza, devem ser interpretadas restritivamente, “não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição”, conforme o Enunciado nº 257 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal²¹².

De fato, acredita-se que não devem ser aplicadas as presunções legais do art. 1.597 à gestação por substituição, mas por motivos diversos.

²⁰⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 910.

²⁰⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. Parecer solicitado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros a respeito da Indicação nº 231/2011, de autoria dos consócios Drs. Randolpho Gomes e Alexandre Brandão Martins Ferreira, sobre “Inseminação artificial”. Rio de Janeiro, 17 set. 2012. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-12390.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

²¹⁰ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
(...)
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL. **Lei nº 10.406 [Código Civil]**. Brasília-DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 19 mar. 2015.)

²¹¹ SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução humana assistida, a barriga de aluguel, a definição da maternidade e da paternidade, bioética. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 50, p. 348-367, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf> Acesso em: 23 jan. 2015. p. 358.

²¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 221.

Conforme ensina Cristiano Chaves, a determinação da filiação pode se basear em três diferentes critérios: a) o critério legal ou jurídico, pelo qual a filiação decorre de uma presunção prevista em lei; b) o critério biológico, centrado no vínculo genético, provado através do exame de DNA; c) o critério socioafetivo, estabelecido pelo laço de amor e solidariedade que se forma entre determinadas pessoas²¹³.

Continua o autor explicando não há prevalência entre os referidos critérios, não havendo hierarquia entre eles. Em determinados casos, poderá prevalecer o critério biológico, quando, por exemplo, o pai se recusa ao reconhecimento do filho. Em outras hipóteses, pode sobressair o critério afetivo, em casos nos quais uma pessoa registrou outra como seu filho e lhe dedicou amor, criação e educação, durante longo tempo²¹⁴.

Como vimos, a utilização do útero de substituição põe em xeque a presunção *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa) e, por consequência, a presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (o pai é aquele indicado pelas núpcias, pelo casamento), as quais, conjugadas, fundamentam a determinação jurídica (critério legal) da filiação.

Nesse sentido, estando superada a dificuldade científica em determinar a filiação que justificava o recurso a tais presunções e, diante das inovações tecnológicas trazidas pelo avanço científico que exigem a reformulação dos postulados jurídicos, entende-se que o critério legal não deve ser utilizado para a determinação da filiação decorrente da gestação por substituição, sendo inaplicáveis as presunções de paternidade do art. 1.597 do Código Civil.

Assim, a parentalidade-filiação advinda da gestação por substituição deve ter por base outros critérios. Em sendo caso de embrião obtido com material genético dos futuros pais (reprodução assistida homóloga), sobressai o critério biológico, diante da existência de vínculo genético entre a criança e os pais encomendantes. O parentesco, nesse caso, será natural, com origem na consanguinidade.

Noutra senda, tratando-se de útero de substituição com embrião gerado a partir de reprodução assistida heteróloga, seja com relação a um ou ambos os pais, prevalecerá o critério socioafetivo com relação ao genitor que não tiver vínculo com a pessoa concebida, formando-se aqui o parentesco civil, tendo por origem a vontade ínsita ao projeto parental para o estabelecimento da parentalidade-filiação. Nesses casos, salienta Marise Cunha de Souza que “autorização prévia para a realização do procedimento é considerada

²¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Direito das famílias**. vol. 6. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2012. p. 641.

²¹⁴ *Id. ibid. loc. cit.*

reconhecimento expresso da paternidade, na forma do art. 1.609, parágrafo único do CC, configurando caso de paternidade socioafetiva a ensejar presunção absoluta²¹⁵, não admitindo prova em contrário.

Em suma, atualmente, com a consagração das novas formas de família e o desenvolvimento da medicina reprodutiva, impõe-se o reconhecimento da maternidade e paternidade de intenção, que tem o projeto parental como valor estrutural do vínculo de parentesco. Nesse sentido, o critério legal para determinação da filiação, fundado na presunção *mater semper certa est*, não satisfaz mais as situações que surgem como consequência das técnicas de reprodução assistida, sendo, por vezes, inaplicável, como no caso da gestação por substituição.

3.4.1 Conflito positivo e negativo de maternidade

Como visto, para se evitar maiores problemas relacionados à gestação por substituição, bem como a possibilidade de violação dos direitos dos pacientes ou da futura criança, mostra-se razoável que se exija dos envolvidos que atendam a algumas condições, tais como: a) a gratuidade da cessão temporária do útero; b) o consentimento livre e esclarecido de todos os participantes, inclusive do parceiro da gestante; c) o parentesco entre a mãe substituta e o casal ou pessoa beneficiária da prática; d) a existência de impossibilidade de gestar, seja em razão de problemas de saúde (esterilidade) ou das opções de vida das pessoas (casais homoafetivos masculinos e homens sozinhos); e) a formalização de um acordo de gestação por substituição assinado por todos os participantes, deixando claro a questão da filiação da futura criança, etc.

Ainda que todos esses cuidados sejam tomados e embora a mãe substituta, ao concordar em ceder seu útero, tenha ciência de que a criança por ela gerada não é filho seu, mas sim dos titulares do projeto parental, é possível que a vontade de ser mãe daquela criança apareça no curso da gravidez.

Nesse caso, haverá um conflito positivo de maternidade. De um lado, estará a mãe afetiva (que também pode ser mãe biológica se a técnica empregada for a reprodução assistida

²¹⁵ SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução humana assistida, a barriga de aluguel, a definição da maternidade e da paternidade, bioética. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 50, p. 348-367, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf> Acesso em: 23 jan. 2015. p. 355.

homóloga), que passa nove meses alimentando o desejo de ser mãe e aguardando ansiosa a chegada do filho, sendo que algumas chegam, inclusive, a desenvolver sintomas da gravidez (gravidez psicológica). Do outro lado, tem-se a mãe gestacional, que emprega suas energias físicas e psíquicas na formação de um novo ser, acompanha o bebê se desenvolvendo em seu ventre ao longo da gestação, se submete aos riscos e inconvenientes da gravidez e do parto, e, ao final, acaba formando uma ligação afetiva com a criança.

Pode, ainda, ocorrer o inverso: um conflito negativo de maternidade, em que nenhuma das mães tem interesse na maternidade, o que é mais provável de ocorrer quando a criança nasce com algum problema ou deficiência.

Em tais casos, em que há conflito de maternidade positivo ou negativo, será necessário recorrer ao Judiciário para que se resolva a questão da determinação da maternidade-filiação. Mas o que deverá decidir o juiz? A quem caberá a maternidade da criança? Em resposta a essa indagação, a doutrina costuma apresentar três soluções distintas, que ora se analisam.

Primeiramente, há quem entenda que a maternidade deve ser sempre determinada pela gravidez e pelo parto, de modo que será mãe aquela que gestou a criança. Essa é a opinião Eduardo de Oliveira Leite, para quem mãe é aquela que dá a luz, e pai aquele apontado pela presunção de paternidade²¹⁶. No mesmo sentido opina Francisco Vieira Lima Neto, para quem a lei brasileira declara ser mãe a gestante, na medida em que o Código Penal diz ser crime dar como seu parto de outra, sendo que o acordo de gestação por substituição não tem poder para transformar a mulher não-gestante em mãe²¹⁷.

Outros doutrinadores sustentam que a verdadeira maternidade é a maternidade de intenção, e que, havendo conflito de maternidade, deve ser reconhecida como mãe a mulher que manifestou o desejo de ter o filho (mãe afetiva). Na defesa desta tese está Ana Carolina Brochado Teixeira, que expressa opinião diametralmente contrária à corrente citada no parágrafo anterior, defendendo que o ordenamento jurídico brasileiro não disciplina que a parturiente é necessariamente a mãe. Esclarece a autora que:

Além do parto, há outras circunstâncias, de grande importância para solucionar este conflito. Mesmo porque a parturiente, no momento em que se dispõe a gestar o futuro bebê, não tem intenção de assumir a verdadeira

²¹⁶ LEITE, Eduardo Oliveira *apud* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABOBA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 316.

²¹⁷ NETO, Francisco Vieira Lima *apud* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABOBA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 316.

maternidade, com todas as responsabilidades que traz consigo, não obstante esteja ligada à criança através do processo gestacional.²¹⁸

Salienta a autora que na escolha pela gestação por substituição como forma de alcançar o projeto parental, está implícito o desejo de tornar-se mãe. E é este desejo que constitui o grande diferencial para determinar a verdadeira maternidade. Conforme ressalta, “o direito de optar pela reprodução assistida gera obrigação ao pai e à mãe. Esse dever consiste em assumir o poder familiar em toda a sua inteireza, provendo o sustento, educação e concedendo à prole gerada o direito à convivência familiar”²¹⁹.

Por fim, há quem defenda que a questão deve ser decidida com base no melhor interesse da criança, que deve sempre prevalecer. Nesse sentido, a maternidade deverá ser reconhecida a quem tiver melhores condições de atender às necessidades da criança, assegurando-lhe seus direitos e interesses.

Entre os doutrinadores que defendem que na determinação da maternidade o que deve prevalecer é o interesse da criança está Christine Keler de Lima Mendes. Segundo a autora, cumpre analisar quem proporcionará uma melhor vida à criança. A doutrinadora explica que com isso não se quer esquecer os sentimentos das mães, mas sim priorizar o direito da criança de ser criada com as melhores condições possíveis. Assim, afirma que:

Nesse sentido tais decisões jurídicas precisam ser balizadas no interesse do menor, não competindo escolher, unicamente, quem tem o direito de ser mãe, mas, sobretudo escolher a maternidade que melhor responderá as necessidades primordiais da criança em questão. A guisa desse posicionamento, o juiz ao dirimir questões conflitantes na determinação da maternidade deve buscar acima de qualquer aspecto e circunstâncias, os direitos da criança, assegurando seus interesses.²²⁰

Analisando as correntes supracitadas, nota-se que a primeira tese não se sustenta, eis que, diante das possibilidades que emergem com os avanços científicos no âmbito da medicina reprodutiva, não se pode mais afirmar como verdade absoluta que a maternidade se determina pela gravidez e pelo parto.

²¹⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABOBA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 317.

²¹⁹ *Id. ibid. loc. cit.*

²²⁰ MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro* heteróloga. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 9, n. 0, out/nov, p. 34-56, 2007. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

Hoje, com o auxílio das técnicas de reprodução assistida, revelou-se possível que a mulher que gesta a criança não seja quem efetivamente manifestou o desejo de ser mãe, mas apenas quem cedeu seu útero para que um embrião formado a partir do material genético de terceiros (seja dos futuros pais ou de doadores) se desenvolva em seu ventre, para depois ser entregue aos titulares do projeto parental, que se viram impossibilitados de gerar naturalmente.

Assim, impossível se ter como fundamento para a determinação da maternidade em uma situação de conflito, apenas o fato de ter gestado a criança, em especial porquanto se não fosse a vontade manifestada pela mulher que desejou ser mãe com o auxílio da medicina reprodutiva não haveria sequer gravidez.

Afastada a primeira tese acredita-se que a solução ideal para os conflitos de maternidade envolve a conjugação das duas últimas correntes. Deve, portanto, prevalecer a intenção de ser mãe manifestada pela mulher que recorreu à reprodução assistida com o intuito de alcançar a maternidade. Aliás, importante lembrar que, ao menos inicialmente, a gestante não tem a pretensão de assumir a maternidade ao consentir em ceder seu útero para gestar o filho de outrem. Ao contrário, tem consciência de que o filho que irá gerar não é seu.

Assim, tendo a mãe encomendante buscado o auxílio das técnicas de reprodução assistida, no exercício de seus direitos reprodutivos, com o intuito de alcançar o projeto parental, deve agora assumir suas obrigações para com a criança gerada, e não pode pretender se esquivar de sua responsabilidade parental, na medida em que expressou o desejo de ser mãe ao manifestar seu consentimento.

Todavia, caso se vislumbre prejuízos concretos ao melhor interesse da criança com o reconhecimento da maternidade da mãe social, outra solução deverá ser tomada. Nesse caso, a maternidade pode ser determinada na mulher que gestou a criança. Contudo, caso, ainda assim, se evidencie não ser esta a opção que atenderá ao melhor interesse da criança, não haverá outra solução, senão buscar uma família substituta para o bebê.

CONCLUSÃO

Ao final do presente estudo, conclui-se que a ampla maioria dos aspectos relativos à gestação por substituição não são pacíficos, ao contrário, são objeto de discussão doutrinária. Isso se dá principalmente em razão do vácuo legislativo existente quanto à regulamentação das técnicas de reprodução assistida, o que deixa as inúmeras questões pertinentes à sua aplicação sem uma resposta legal definitiva.

O que se vê é que, diante da ausência de lei específica que determine expressamente o que pode e o que não pode ser feito no âmbito da procriação assistida, tal função acaba sendo exercida pela doutrina que, com fundamento nos princípios consagrados na Constituição Federal busca responder às indagações que surgem em relação à procriação assistida.

Todavia, como se viu, uma mesma norma constitucional pode ser interpretada de diferentes maneiras, autorizando ou contestando determinada situação, o que resulta nas divergências doutrinárias mencionadas, muitas das quais foram expostas ao longo deste trabalho e ao final expôs-se o que se acredita ser mais apropriado em cada caso.

Inicialmente, acerca da indagação quanto à (in)admissibilidade da gestação por substituição, defendeu-se a aceitação da gestação por substituição, porém, apenas a título gratuito. Afirmou-se que sua utilização deve ser admitida enquanto meio necessário para garantir a concretização do projeto parental e exercício dos direitos reprodutivos daqueles que não conseguem procriar naturalmente, sendo certo que o direito à procriação já foi elevado ao *status* de direito fundamental, constitucionalmente assegurado pelo art. 226, §7º da Constituição Federal.

Quanto do caráter altruísta do ato, sustentou-se que, em se tratando de situação jurídica de natureza existencial, que tem por objeto a própria pessoa humana, deve prevalecer o princípio da gratuidade, que pode ser extraído do art. 199, §4º da CF, sendo esta a conclusão que melhor se coaduna com a ordem jurídico-constitucional brasileira, em que prevalece o espírito de solidariedade social, e a dignidade da pessoa humana é posta como o valor fundamental que deve reger todo o ordenamento.

No que tange à possibilidade de pessoas sozinhas e casais homossexuais terem acesso à gestação por substituição, sustentou-se que não se pode negar o acesso à procriação artificial aos mesmos, pois dessa forma estar-se-ia violando a igualdade entre as diversas formas de

família, sendo certo que todas elas recebem proteção constitucional enquanto meio adequado ao desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, independentemente da forma pela qual se constituem.

Além disso, afirmou-se que não deve prevalecer o argumento de que haveria prejuízos à criança em razão da ausência do outro genitor ou da orientação sexual dos futuros pais, pois nada impede que uma pessoa sozinha ou um casal homoafetivo possua um projeto parental que atenda a todas as necessidades e interesses da criança, como ocorre com diversas famílias monoparentais constituídas naturalmente e homoafetivas formadas através da adoção.

É de se destacar, porém, que o acesso às técnicas de reprodução assistida não deve ser autorizado em qualquer situação, estando vedada a sua utilização nos casos em que não seja clinicamente necessária e/ou vise atender interesses meramente egoísticos. Deve-se ter sempre em mente os princípios limitadores dos direitos reprodutivos, nomeadamente a dignidade da pessoa humana, a responsabilidade parental, e o melhor interesse da futura criança.

No que tange à análise das disposições contidas na Resolução CFM nº 2.013/2013 acerca da gestação por substituição, concluiu-se que a referida norma traz diversas condições e limites importantes, que estão em sintonia com os princípios limitadores dos direitos reprodutivos, dentre as quais destacam-se: a) a proibição de que a gestação por substituição tenha caráter lucrativo; b) a expressa previsão de acesso às técnicas de reprodução assistida por casais homoafetivos e pessoas sozinhas; c) a necessidade de existir algum problema médico que impeça ou contra-indique a gestação para que se tenha acesso à gestação por substituição; d) a exigência de consentimento informado, e de outros documentos relevantes que visam garantir a segurança médica e jurídica do procedimento; e) a necessidade de haver vínculo de parentesco até o quarto grau entre a doadora do útero e um dos envolvidos no projeto parental.

Com relação a esta última condição, acredita-se que seja acertada, na medida em que reforça o caráter altruísta do ato de ceder o útero para gestar filho alheio e reduz a possibilidade de haver conflito na determinação da filiação da criança, que será gerada por uma integrante da própria família que virá a compor.

Por outro lado, considera-se inadequada a exigência de idade máxima de 50 anos tanto para mãe gestacional, quanto para a mãe encomendante imposta pelo Conselho Federal de Medicina, sob o argumento de que a gravidez tardia traz riscos à saúde da gestante e do bebê. Defende-se que a referida condição representa uma limitação ao exercício dos direitos

reprodutivos que não encontra respaldo na Constituição Federal, devendo a existência ou não de riscos à saúde do bebê e da gestante ser avaliada de acordo com as circunstâncias de cada caso.

No geral, com exceção da limitação etária, acredita-se que as demais disposições contidas na Resolução nº 2.013/2013 são apropriadas e devem servir de inspiração para a legislação vindoura acerca do tema.

No que tange à determinação da parentalidade-filiação decorrente da gestação por substituição, concluiu-se que o critério legal, fundado nas presunções *mater semper certa est e parter is est* mostra-se inaplicável nessa situação. Em tais casos, deve prevalecer a vontade inserida no projeto parental como pressuposto para o estabelecimento da paternidade e da maternidade.

Além disso, afirmou-se que, havendo conflito de positivo ou negativo de maternidade, *a priori* a maternidade deve ser reconhecida na mãe encomendante, que manifestou o desejo de ter um filho, e consentiu com a prática da gestação por substituição, logo não pode pretender revogar a vontade anteriormente manifestada e impugnar a maternidade após o nascimento da criança.

Todavia, caso se visualize que tal opção não é a que melhor se coaduna com o melhor interesse da criança, a maternidade deve ser reconhecida àquela que gestou a criança. Contudo, em se verificando que ao proceder desta forma também não se atenderá ao melhor interesse da criança, a solução será inserir a criança em uma família substituta.

Enfim, espera-se que este trabalho tenha contribuído para aclarar os principais aspectos jurídicos relacionados ao exercício dos direitos reprodutivos e a gestação por substituição, e que as soluções aqui apresentadas agreguem valor ao acervo doutrinário existente acerca das técnicas de reprodução assistida, em especial no que tange à gestação por substituição, que juntamente com as normas éticas do Conselho Federal de Medicina, pode servir de base para a elaboração da norma legislativa de que tanto se carece acerca da matéria.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Relatório revela números sobre reprodução assistida em 2013**. Disponível em: <<http://s.anvisa.gov.br/wps/s/r/cUdu>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

ÁVILA, Mariana de. 'Um gesto de amor', diz avó que gera neto em barriga solidária. **G1**, Santa Catarina, 07 jan. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2015/01/um-gesto-de-amor-diz-avo-que-gera-neto-em-barriga-de-aluguel.html>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

AYRES, Nathalie. **Fertilização *in vitro*: o famoso bebê de proveta**. Disponível em: <<http://www.minhavidacombr.com.br/familia/tudo-sobre/16499-fertilizacao-in-vitro-o-famoso-bebe-de-proveta>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

BARBOZA, Heloisa Helena *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “*in vitro*”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo Oliveira. (Coord.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Parecer solicitado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros a respeito da Indicação nº 231/2011, de autoria dos consócios Drs. Randolpho Gomes e Alexandre Brandão Martins Ferreira, sobre “Inseminação artificial”. Rio de Janeiro, 17 set. 2012. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-12390.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira de. (Coord.). **Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BEZERRA, Elton. Leia acórdão sobre interrupção de gravidez de anencéfalo. **Revista Consultor Jurídico**, [s.l.], 13 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-13/leia-acordao-stf-autoriza-interruptao-gravidez-anencefalo>>. Acesso em: 28 mai. 2015.

BRASIL. **Constituição**. Brasília-DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 jan. 2015.

_____. **Lei nº 9.263**. Brasília-DF, 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 19 mar. 2015.

_____. **Lei nº 10.406 (Código Civil)**. Brasília-DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 mar. 2015.

_____. **Lei nº 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente)**. Brasília-DF, 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm>. Acesso em: 19 mar. 2015.

_____. **Lei nº 9.434**. Brasília-DF, 04 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em: 22 fev. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1194059/SP. Relator: Min. Massami Uyeda. Terceira Turma. Brasília, 06 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22665055/recurso-especial-resp-1194059-sp-2010-0085808-2-stj/inteiro-teor-22665056>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Prefeito Fundamental nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 29 mai. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0017795-52.2012.8.19.0209 RJ. Relator: Des. Luciano Silva Barreto. Rio de Janeiro, 07 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117603139/apelacao-apl-177955220128190209-rj-0017795-5220128190209>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

BRAUNER, Maria Claudia. **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/repbrau.htm>> Acesso em: 19 mar. 2015.

CARVALHO, Humberta; LIMA, Gabriela. Pais biológicos ganham direito de registrar gêmeas geradas pela avó. **G1**, Goiás, 11 jan. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2013/01/pais-biologicos-ganham-direito-de-registrar-gemeas-geradas-pela-avo.html>>. Acesso em: 06 mar. 2015.

CASAL AUSTRALIANO ABANDONA BEBÊ COM SÍNDROME DE DOWN GERADO POR BARRIGA DE ALUGUEL, MAS LEVA A IRMÃ GÊMEA. **Extra**, [s.l.], 01 jan. 2014. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/mundo/casal-australiano-abandona-bebe-com-sindrome-de-down-gerado-por-barriga-de-aluguel-mas-leva-irma-gemea-13455681.html#ixzz3bfJOfiNV>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

CICLO GRAVÍDICO-PUERPERAL. **Dicionário inFormal**. São Paulo, 10 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/ciclo%20gr%C3%A1vido-puerperal/>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados Aprovados: I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 31 jan. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.013**. Brasília, 09 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2015.

CORRÊA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 6, n.1/2, p. 147-177, 1996. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v6n1-2/08.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

CUNHA, Leandro Reinaldo da; DOMINGOS, Terezinha de Oliveira. Reprodução humana assistida: A resolução 2013 do Conselho Federal de Medicina (CFM). **Revista de Direito Brasileira**, [s.l.], ano 3, v. 6, set/dez, p. 273-290, 2013. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/revistadireitobrasileira/article/view/126/117>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2015.

_____. Barriga de aluguel: admissibilidade. **Jornal Carta Forense**, [s.l.], 02 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/barriga-de-aluguel-admissibilidade/4992>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

_____. **Manual de direito de família**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. *passim*.

DINIZ, Maria Helena *apud* SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de Substituição: Direito a ter um filho. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, [s.l.], v.1, n. 1, p. 50-67, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasocias/article/view/914/894>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

DINIZ, Maria Helena *apud* SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Reflexões sobre a procriação ou reprodução assistida nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. NETO; Theodureto de Almeida Camargo. (Coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2014.

EMMERICK, Rulian. **Religião e direitos reprodutivos: o aborto como campo de disputa política e religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

EUGÊNIO, Fábio. **Programa de doação de gametas e óvulos**. Disponível em: <<http://www.medicinareprodutiva.com.br/programa-de-doacao-de-gametas-e-ovulos/>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Direito das famílias**. vol. 6. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito à família**. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_marco2004/docente/doc04.doc>. Acesso em: 19 mar. 2015.

FERNANDES, Tycho Brache *apud* MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro* heteróloga. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 9, n. 0, out/nov, p. 34-56, 2007. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da *apud* LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

INFERTILIDADE E ESTERILIDADE. **FGO Clínica de Infertilidade**, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.clinicafgo.com.br/fertilidade/infertilidade-e-esterilidade/>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

KONDER, Carlos Nelson. Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro, v. 7. jul/set, p. 247-268, 2001.

KUSMA, Taís Fernanda. **Novas tecnologias: colisão de direitos fundamentais face à técnica de redução embrionária**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c82fab8c8f89124>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

LEITE, Eduardo Oliveira *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

LEITE, Eduardo Oliveira *apud* SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Reflexões sobre a procriação ou reprodução assistida nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; NETO, Theodureto de Almeida Camargo. (Coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEITE, Eduardo Oliveira *apud* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABOBA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LIEDKE, Mônica Souza. *et al.* **Reprodução assistida**. Disponível em: <http://www.ghente.org/temas/reproducao/art_01.htm>. Acesso em: 25 jan. 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MANTOVANI, Ferrando *apud* BRAUNER, Maria Claudia. **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/repbrau.htm>> Acesso em: 19 mar. 2015.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENDES, Christine Keler de Lima. **Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro* heteróloga.** Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, Belo Horizonte, v. 9, n. 0, out/nov, 2007, p. 34-56. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Mais sobre saúde da mulher.** Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/acoes-e-programas/saude-da-mulher/leia-mais-saude-da-mulher>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

_____. **Portaria nº 426/GM, de 22 de março de 2005.** Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm>. Acesso em: 25 mai. 2015.

MONTENEGRO, Carla Bernardo. **Gravidez substituição: Pernambucana dá a luz a netos gêmeos.** Disponível em: <http://www.ghente.org/temas/reproducao/barriga_de_aluguel.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.

NAÇÕES UNIDAS. **Relatório final da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Plano de Ação do Cairo.** Versão não oficial em português. Cairo, Egito, 5 a 13 set. 2014. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

NETO, Francisco Vieira Lima *apud* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABONA, Carlos María Rome; QUEIROZ, Juliane Fernandes. (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OTERO, Marcelo Truzzi. Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, v. 12, n. 20, fev/mar, p. 19-38, 2011. Disponível em: <http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_s_27_01_2010.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2015.

PÁDUA, Amélia do Rosário Motta. **Responsabilidade civil na reprodução humana assistida.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEREIRA, Cilene. Um bebê e três pais: Inglaterra pode aprovar o uso de métodos que unem o DNA de três pessoas para formar um único embrião. A decisão reabre a polêmica sobre a possibilidade de geração de bebês perfeitos. **Istoé Independente**, [s.l.], n. 2358, 09 fev. 2015. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/403634_UM+BEBE+E+TRES+PAIS>. Acesso em: 25 mai. 2015.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Barriga de aluguel: o corpo como capital.** Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Rodrigo%20da%20Cunha%20Pereira>> Acesso em: 12 fev 2015.

PERLINGIERI, Pietro *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos reprodutivos como direitos humanos**. Disponível em: <http://siteantigo.mppe.mp.br/uploads/p1KdxISyI758jG-2x2XOxQ/oQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ/Artigo_-_Direitos_reprodutivos_como_direitos_humanos_-_Flv.doc>. Acesso em: 15 jan. 2015.

QUEIROZ, Juliane Fernandes *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético - sêmen - após a morte do seu titular. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de *apud* LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de Substituição: Direito a ter um filho. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, [s.l.], v.1, n. 1, p. 50-67, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasocias/article/view/914/894>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Reflexões sobre a procriação ou reprodução assistida nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. NETO; Theodureto de Almeida Camargo. (Coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2014.

SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e as tecnologias reprodutivas. In: BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam. (Coord.). **Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e de justiça!** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução humana assistida, a barriga de aluguel, a definição da maternidade e da paternidade, bioética. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 50, p. 348-367, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2015.

SUPREMO RECONHECE UNIÃO HOMOAFETIVA. **Notícias STF**, Brasília, 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

TÉCNICA POLÊMICA GERA EMBRIÕES COM MATERIAL GENÉTICO DE TRÊS PESSOAS. **Isaude.net**, [s.l.], 25 out. 2010. Disponível em <<http://www.isaude.net/pt-BR/noticia/31689/geral/tecnica-polemica-gera-embrioes-com-material-genetico-de-tres-pessoas>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABOBA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3^a ed. Brasília: UNFPA, 2009. Disponível em: < http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, Maria Andréa. **Bioética: reprodução e gênero na sociedade contemporânea**. Brasília: Letras Livres, 2005.