

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

CÉSAR HENRIQUE CLASSMANN PIRES

**O REGISTRO DE NASCIMENTO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA
HETERÓLOGA COM GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2017

CÉSAR HENRIQUE CLASSMANN PIRES

**O REGISTRO DE NASCIMENTO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA
HETERÓLOGA COM GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentado às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^o Ms. Marcos C. Salomão

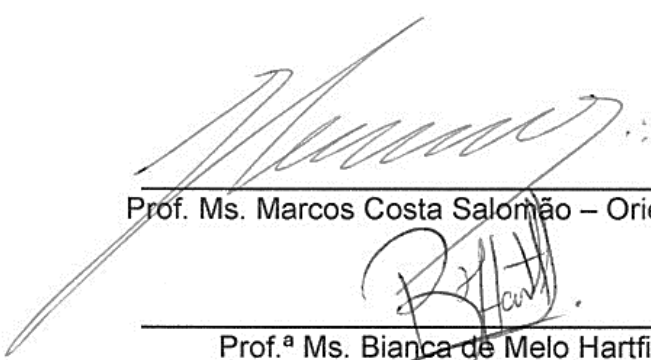
Santa Rosa
2017

CÉSAR HENRIQUE CLASSMANN PIRES

**O REGISTRO DE NASCIMENTO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA
HETERÓLOGA COM GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentado às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora



Prof. Ms. Marcos Costa Salomão – Orientador

Prof.^a Ms. Bianca de Melo Hartfil



Prof.^a Dr.^a Sinara Camera

Santa Rosa, 29 de novembro de 2017.

DEDICATÓRIA

Dedico este estudo monográfico aos meus pais, Edison Pires e Leane Classmann Pires, pois sem eles, nada disso seria possível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais e meus colegas acadêmicos, por todo o apoio, compreensão e incentivo.

Ao mestre Marcos Costa Salomão, pelo companheirismo e pela forma diligente e empenhada em que me orientou.

"Quando tudo parecer dar errado em sua vida, lembre-se que o avião decola contra o vento, e não a favor dele."
Henry Ford

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como tema os efeitos jurídicos da reprodução humana assistida e a problemática da gestação por substituição e delimitar-se-á em relação às questões de filiação oriundas do procedimento da reprodução assistida e como se regulamenta o registro das crianças geradas pelo útero alheio. A problemática consiste em verificar em que medida a Resolução nº 2.121/2015 do CFM, e o Código Civil de 2002 apresentam-se eficazes no tratamento jurídico acerca da filiação nas técnicas de reprodução humana assistida e o consequente registro dessas crianças, convencionadas pelo Provimento nº 52/2016 do CNJ, em consonância com a presunção da *mater semper certa est*. O objetivo consiste em analisar se os pressupostos dessas normas elencadas apresentam-se pertinentes para a avaliação acerca da filiação nas técnicas de reprodução assistida. O trabalho em questão, pretende contribuir com o meio acadêmico e à sociedade em geral, trazendo esclarecimentos a respeito dos efeitos jurídicos do procedimento da reprodução humana assistida, em especial, da filiação, que até então, trata-se de um tema revolucionário na contemporaneidade. Ainda, o intuito buscado pela realização do trabalho é a informação da sociedade dos direitos gerados pelo uso de tal técnica, em especial, o direito da filiação e da gestação por substituição, contribuindo com o desenvolvimento do conhecimento dos leitores a respeito deste tema. O presente trabalho desenvolveu-se a partir de pesquisas teóricas acerca do tema, com tratamento qualitativo dos dados e com finalidade explicativa. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, com análise bibliográfica e legislativa de normas a respeito do Direito de Família, do Código Civil de 2002, da Constituição Federal de 1988, da Resolução nº 2.121/2015 do CFM e do Provimento nº 52/2016 do CNJ. O presente trabalho é estruturado em dois capítulos, com três tópicos cada. No primeiro capítulo, será abordado questões relativas a dignidade da pessoa humana, igualdade e presunções na filiação e suas espécies de cunho denominativo na atualidade, bem como, a gestação por substituição. E, no segundo capítulo, serão tratados os temas relativos ao registro de nascimento, em especial, nos casos de utilização das técnicas de reprodução humana assistida, o anonimato do doador de material fecundante em contraste com o direito ao conhecimento da ancestralidade genética, e também, a evolução jurisprudencial a respeito do tema e a norma administrativa que serve de parâmetro para regularização da matéria. Conclui-se ao final, a necessidade urgente de criação de norma pertinente para legislar sobre as técnicas de reprodução humana assistida.

Palavras-chave: Código Civil de 2002 – Resolução nº 2.121/2015 do CFM – Reprodução Assistida – Gestação por Substituição – Provimento nº 52/2016 do CNJ.

RESUMEN

El presente trabajo monográfico tiene como tema los efectos jurídicos de la reproducción humana asistida y la problemática de la gestación por sustitución y se delimitará con relación a las cuestiones de filiación oriundas del procedimiento de reproducción asistida y cómo se regula el registro de los niños generados por el útero ajeno. La problemática consiste en verificar en que medida la Resolución n° 2.121/2015 del CFM, y el Código Civil de 2002 se presentan eficaces en el tratamiento jurídico sobre la afiliación en las técnicas de reproducción humana asistida y el consiguiente registro de esos niños, convenidas por el Provimiento n° 52/2016 del CNJ, en consonancia con la presunción de la mater semper certa est. Ob. El objetivo consiste en analizar si los supuestos de esas normas enumeradas se presentan pertinentes para la evaluación acerca de la filiación en las técnicas de reproducción asistida. El trabajo en cuestión, pretende contribuir con el medio académico y la sociedad en general, trayendo esclarecimientos acerca de los efectos jurídicos del procedimiento de la reproducción humana asistida, en especial, de la filiación, que hasta entonces se trata de un tema revolucionario en la contemporaneidad. También, el objetivo de este trabajo es la información de la sociedad de los derechos generados por el uso de tal técnica, en especial, el derecho de la filiación y de la maternidad en sustitución, contribuyendo con el desarrollo del conocimiento de los lectores acerca de este tema. El presente trabajo se desarrolló a partir de investigaciones teóricas acerca del tema, con tratamiento cualitativo de los elementos y con finalidad explicativa. El método utilizado fue el hipotético deductivo, con análisis bibliográfico y legislativo de normas respecto al Derecho de Familia, del Código Civil de 2002, de la Constitución Federal de 1988, de la Resolución n° 2.121 / 2015 del CFM y del Provimiento n ° 52 / 2016 del CNJ. El presente trabajo está estructurado en dos capítulos, con tres temas cada uno. En el primer capítulo se abordarán cuestiones relativas a la dignidad de la persona humana, igualdad y presunciones en la filiación y sus especies de cuño denominativo en la actualidad, así como la maternidad en sustitución. En el segundo capítulo se tratarán los temas relativos al registro de nacimiento, en particular, en los casos de utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, el anonimato del donante de material fecundante en contraste con el derecho al conocimiento de la ancestralidad genética, y también, la evolución jurisprudencial respecto al tema y la norma administrativa que sirve de parámetro para regularizar la materia. Se concluye al final, la necesidad urgente de crear una norma pertinente para legislar sobre las técnicas de reproducción humana asistida.

Palavras-chave: Código Civil de 2002 – Resolución n° 2.121/2015 del CFM – Reproducción Humana Asistida – Maternidad en Sustitución – Provimiento n° 52/2016 del CNJ.

LISTAS DE ABREVIÇÕES, SIGLAS, E SÍMBOLOS.

Prof^o. - Professor

Ms. - Mestre

n^o - número

art. - artigo

p. página

CFM - Conselho Federal de Medicina

CF - Constituição Federal

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

ed. - Edição

rev. - Revisada

atual. - Atualizada

ampl. - Ampliada

coord. - Coordenadores

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A FILIAÇÃO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	13
1.1 DIGNIDADE, IGUALDADE NA FILIAÇÃO E SUAS PRESUNÇÕES	14
1.2 ESPÉCIES DE FILIAÇÃO	20
1.3 GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO	28
2 FILIAÇÃO NO REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS	35
2.1 REGISTRO DE NASCIMENTO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	35
2.2 ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO E O DIREITO A ANCESTRALIDADE GENÉTICA.....	43
2.3 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E RESOLUÇÃO Nº 2.121/2015 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	50
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

O avanço da biomedicina alcançou um patamar assombroso na contemporaneidade, tornando possível a fecundação de embriões de forma artificial em laboratório, possibilitando assim, o sonho de paternidade àqueles casais que devido a alguma complicação ou doença que afetava sua fertilidade, se encontravam impossibilitados de procriar.

Esta evolução viabilizou também a possibilidade de gestação deste embrião fecundado artificialmente no útero de mulher diferente daquela que de fato manifestou sua vontade em ampliar o seu plano familiar, procedimento tecnicamente denominado como gestação por substituição. Tornado assim, questionável o absolutismo da presunção *mater semper certa est*. Tal presunção, afirma que a maternidade é sempre certa e se manifesta através dos sinais evidentes da gestação.

Todavia, a legislação pátria não conseguiu acompanhar este desenfreado progresso da manipulação genética, abrindo preceitos e discussões relacionadas as questões da filiação advindas através do uso das técnicas de reprodução humana assistida. Como se não bastasse esta ausência normativa, a nova concepção de família é um tema relativamente novo, através dela, se afasta a necessidade do laço sanguíneo para a concretização de aspecto parental.

Sendo assim, o presente trabalho monográfico tem como tema as questões de filiação oriundas do procedimento da reprodução assistida no âmbito do Direito de Família e delimitar-se-á este estudo na análise do Código Civil de 2002, Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina e ao Provimento nº 52 de 2016 do Conselho Nacional de Justiça.

A grande problemática a ser analisada neste estudo de conclusão de curso consiste em verificar em que medida a Resolução nº 2.121/2015 do CFM, e o Código Civil de 2002 apresentam-se eficazes no tratamento jurídico acerca da filiação nas técnicas de reprodução humana assistida e o conseqüente registro dessas crianças, convencionadas pelo Provimento nº 52/2016 do CNJ, em consonância com a presunção da *mater semper certa est*.

O objetivo geral deste trabalho é verificar se realmente a Resolução nº 2.121/2015 do CFM e o Provimento nº 52/2016 do CNJ são suficientes para garantir a proteção de questões tão delicadas como a filiação e o registro de nascimento, bem como, as questões éticas pertinentes a manipulação genética de embriões humanos. Ademais, o trabalho é de grande valia para o meio acadêmico e sociedade de uma forma geral, uma vez que a temática é muito pouco conhecida devido ao seu recente desenvolvimento.

O método para abordagem da pesquisa será o hipotético-dedutivo, com análise bibliográfica e legislativa de normas a respeito do Direito de Família, do Código Civil de 2002, da Constituição Federal de 1988, da Resolução nº 2.121/2015 do CFM e do Provimento nº 52/2016 do CNJ.

A hipótese do problema se formaliza na inexistência de lei específica, o ordenamento jurídico brasileiro encontra-se preparado para analisar questões acerca da filiação nos procedimentos de reprodução humana assistida?

O primeiro capítulo, tratará do estudo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da igualdade na filiação, bem como, suas presunções. Apesar deste princípio de igualdade, a filiação é dividida em espécies, com caráter ilustrativo apenas, matéria elucidada no decorrer do capítulo. E, também, se analisará a temática da gestação por substituição.

E, no segundo capítulo, serão estudadas as temáticas relativas ao registro de nascimento, especialmente nos casos de utilização das técnicas de reprodução humana assistida, como também o direito de conhecimento da origem genética do concebido por reprodução heteróloga frente ao anonimato do doador. E, findando, se elucidará a evolução da jurisprudência entre os anos de 2013 a 2015, a fim de verificar os julgamentos referentes aos pedidos de registro de nascimento nas concepções heterólogas devido a inexistência do Provimento nº 52 de 2016 do CNJ, e também, a regulamentação ética procedimental pela Resolução 2.121/ 2015 do CFM.

1 A FILIAÇÃO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Devido ao constante avanço biotecnológico e a sua contribuição para o Direito de Família, surgiram debates no ordenamento jurídico brasileiro a respeito da questão de filiação nos casos de utilização das técnicas de reprodução humana assistida e do procedimento da gestação por substituição.

Desta forma, a pesquisa começará por uma análise dos conceitos doutrinários a respeito do efeito jurídico da filiação. Como bem frisa Sílvio de Salvo Venosa:

Todo ser humano possui pai e mãe. Mesmo a inseminação artificial ou as modalidades de fertilização assistida não dispensam o progenitor, o doador, ainda que essa forma de paternidade não seja imediata. Desse modo, o Direito não se pode afastar da verdade científica. A procriação é, portanto, um fato natural. Sob o aspecto do Direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos. (VENOSA, 2009, p. 217).

A filiação trata-se do vínculo de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, ligando uma delas a aquelas que a conceberam, podendo também ser adotada ou gerada através das técnicas de reprodução assistida, “Em sentido estrito, filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais.” (GONÇALVES, 2009)

Tendo-se a relação visada em face do pai, denomina-se paternidade, visada em face da mãe, maternidade, todavia, no ordenamento jurídico brasileiro, muitas vezes a expressão paternidade pode ser usada em um sentido abrangente, podendo ser designada tanto para paternidade propriamente dita quanto para a maternidade (GONÇALVES, 2009). Ainda, a respeito da filiação, Sílvio de Salvo Venosa ensina:

Portanto, sob esse prisma, o direito de filiação abrange também o pátrio poder, atualmente denominado poder familiar, que os pais exercem em relação aos filhos menores, bem como os direitos protetivos e assistências em geral. (VENOSA, 2009, p. 217).

O efeito jurídico da filiação não se implica necessariamente ao fato da geração do filho, ele se configura mesmo com a ausência da herança genética da criança. Todavia, é muito recente em nossa civilização o acolhimento de tal premissa, a sociedade necessitou de milhões de anos de evolução para desagregar descendência de transmissão da herança genética (COELHO, 2012).

Desta maneira, para melhor compreensão do estudo, este capítulo será dividido em três tópicos, sendo assim: o primeiro tratará das questões relativas a dignidade da pessoa humana, igualdade na filiação e suas presunções; o segundo, falará a respeito das espécies de filiação que possuem apenas caráter ilustrativo no ordenamento jurídico brasileiro; e, por fim, o terceiro elencará as questões referentes a gestação por substituição, procedimento popularmente denominado como “barriga de aluguel”.

1.1 DIGNIDADE, IGUALDADE NA FILIAÇÃO E SUAS PRESUNÇÕES

Expresso no Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana é visto no ordenamento jurídico brasileiro como um princípio máximo, sendo dele que brota todos os demais direitos inerentes à vida humana digna. Com o avanço genético e biotecnológico, surgiram as técnicas de reprodução humana assistida que alavancaram debates em razão do respeito à proteção da dignidade da pessoa humana nessas situações, por este viés, Maria Helena Diniz *apud* Emerson Garcia, doutrina:

Os bioeticistas devem ter como paradigma o respeito à *dignidade da pessoa humana*, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III) e o cerne de todo o ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Consequentemente, não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna. (DINIZ, 2014, p. 41).

A dignidade da pessoa humana se trata de um princípio superior, atraindo para ele, inclusive, o direito à vida. Não se pode interpretar tal teoria a modo de somente proteger os direitos pessoas tradicionais, e olvidar os direitos sociais (NAMBA *apud* SILVA, 2015). Ainda sobre o tema, Flávio Tartuce leciona:

Na concepção de dignidade humana, deve-se ter em mente a construção de Kant, segundo a qual se trata de um imperativo categórico que considera a pessoa humana como um ser racional, um fim em si mesmo. (TARTUCE, 2017).

Especialmente, quando está ligada a direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana normalmente é protegida por meio de duas funções diversas: defesa da pessoa humana, no viés de protegê-la de qualquer ato desonroso ou de natureza desumana, contra o Estado ou a comunidade; inclusão da pessoa humana ativamente na vida em comunidade, garantindo-lhe condições mínimas para a sua existência (GAMA, 2003). Da mesma maneira, Ingo Wolfgang Sarlet ensina:

Neste contexto, não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, vale dizer, inclusive contra agressões oriundas de outros particulares, especialmente – mas não exclusivamente – dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados). (SARLET, 2006, p. 110).

Desta maneira, é função do Estado no que condiz ao planejamento familiar, abdicar-se de denigrir a dignidade da pessoa ou mesmo do casal (não havendo nenhuma forma de coerção pelos órgãos públicos) que tenciona exercitar o direito ao planejamento familiar, e, também, inibir que o restante da sociedade possa vir degradar a dignidade daquelas que venham a exercitar tal direito (GAMA, 2003).

O princípio de igualdade dos filhos, expresso na Constituição Federal de 1988 trata-se da teoria primordial para regular as relações de filiação no direito brasileiro, todavia, é necessário um estudo histórico da evolução constitucional para o seu melhor entendimento.

Os paradigmas adotados anteriormente à Constituição Federal de 1988, classificavam a filiação em legítima e ilegítima. Havendo casamento entre os genitores, todos os filhos advindos desta união se tratavam de filhos legítimos (GONÇALVES, 2009).

Os filhos legítimos eram considerados como *filho de verdade mesmo*, pois haviam sido concebidos na constância do casamento e, conseqüentemente, portadores da ancestralidade genética de seus genitores. Existia-se uma hierarquia entre os filhos, no qual, os filhos legítimos se encontravam no topo dessa estrutura (COELHO, 2012).

A denominação de filhos ilegítimos era usada quando não houvesse casamento entre os genitores, sendo estes classificados em naturais e espúrios.

Naturais se destinava àqueles no qual os genitores não possuíam impedimento ao casamento, enquanto os espúrios eram aqueles do qual a lei previa impedimento ao matrimônio dos pais. Desde a atual Constituição Brasileira teve-se um conceito uno no que condiz a questão da filiação, não havendo mais distinções ou discriminações em razão de filiação legítima, filiação ilegítima e adotiva (GONÇALVES, 2009). Em relação a questão da filiação ilegítima Maria Berenice Dias doutrina:

Os ilegítimos, por sua vez, eram divididos em naturais ou espúrios. Os filhos espúrios se subdividiam em incestuosos e adúlteros. Essa classificação tinha como único critério a circunstância de o filho ter sido gerado dentro ou fora do casamento, isto é, do fato de a prole proceder ou não de genitores casados entre si. Assim, a situação conjugal do pai e da mãe refletia-se na identificação dos filhos: conferia-lhes ou subtraía-lhes não só o direito à identidade, mas também o direito à sobrevivência. (DIAS, 2015, p. 387).

A vantagem dos legítimos era tão superior, que na condição de casado, o pai não possuía o direito de reconhecer os filhos ilegítimos, mesmo sendo um ato de sua vontade, o mesmo estava proibido. Não sendo possível dissolver o vínculo matrimonial, a paternidade só poderia ser reconhecida caso a condição do pai se alternasse para viúvo ou através do reconhecimento por testamento (COELHO, 2012).

A questão das discriminações entre filhos legítimos e ilegítimos só foi regularizada com a instauração da Constituição Federal de 1988 em seu Art. 227, parágrafo 6º, que apresentou o princípio de igualdade dos filhos: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. (BRASIL, 1988).

Sendo assim, “[...] os filhos de origem biológica e não biológica têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações.” (LÔBO, 2011, p. 217). Porém, no que se refere a questão da filiação, o legislador de 2002 direciona-se sempre ao casamento, mantendo-se silente a respeito da união estável, pois já se existe a proteção da mesma pelo Estado como entidade familiar (LÔBO, 2011).

Após inúmeras desaprovações a respeito da ausência de preceitos referentes a filiação dentro dos parâmetros da procriação artificial, o Código Civil de 2002 em seu Art. 1.597, adicionou três novas premissas em face da reprodução assistida:

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, 2002).

O termo *fecundação* faz menção ao processo da reprodução humana assistida no qual se tem a fertilização do óvulo pelo espermatozoide. A inseminação artificial homóloga trata-se da fecundação na qual se usa o sêmen originário do marido e o óvulo de sua esposa, presumindo-se a concordância de ambos. Na inseminação artificial heteróloga é utilizado sêmen de outro homem para realizar a fecundação do óvulo, geralmente, advindo de um doador anônimo (VENOSA, 2009). Tal premissa, também se encontra elencada no Enunciado 257 do Conselho da Justiça Federal.

O Código Civil de 2002, ainda elenca a possibilidade de se haver o nascimento do filho mesmo após o falecimento do pai e da mãe, utilizando-se da técnica de fecundação homóloga e de embriões excedentes. Salienta-se que tal embrião pode ser alojado no útero de outra gestante, surgindo assim a problemática da gestação por substituição, conhecida popularmente como “barriga de aluguel” (VENOSA, 2009).

Diante da incrementação pelo inciso III do Art. 1.597 do Código Civil de que se tenha a possibilidade de gerar um filho mesmo após a morte de seu pai através da inseminação artificial homóloga, a Jornada de Direito feita pelo Superior Tribunal de Justiça no mês de junho de 2002, assentiu-se da hipótese de interpretação do inciso supracitado que para existir a presunção de paternidade do *de cuius* será obrigatório que a mulher, esteja no estado civil de viúva, e que o falecido tenha deixado por escrito o seu consentimento para que seja utilizado seu material genético para a concepção (GONÇALVES, 2009). Os requisitos para utilização de material fecundante do falecido estão legislados pelo Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal.

Em seu inciso IV é exposta a presunção de paternidade dos filhos gerados através de embriões excedentários (preservados através de técnicas de armazenamento), podendo serem havidos a qualquer tempo. “Embrião é o ser humano durante as oito primeiras semanas de seu desenvolvimento intrauterino, ou em proveta e depois no útero, nos casos de fecundação *in vitro*.” (LÔBO, 2011, p.

222). O Código Civil não estabelece a partir de que momento se declara embrião, sendo necessária assim, a utilização da Resolução do Conselho Federal de Medicina que estabelece que a partir de 14 dias há a existência do embrião propriamente dito (LÔBO, 2011).

O inciso V faz menção aos filhos gerados através da inseminação heteróloga. A lei não estabelece que o marido sofra de infertilidade ou que possua algum outro empecilho que o impeça de reproduzir, apenas, exige que exista a autorização prévia do mesmo admitindo a utilização de sêmen de terceiro (GONÇALVES, 2009).

A autorização tem a finalidade de impedir que o marido negue a paternidade do filho advindo da técnica da reprodução assistida heteróloga, pois já havia sido dado a sua autorização anteriormente e tal ação levaria o filho a uma paternidade desconhecida, devido ao segredo profissional do médico e ao anonimato do doador. Mesmo não havendo laços genéticos, a paternidade será atribuída pelos princípios da moral e da socioafetividade (LÔBO, 2011).

Tratando-se de filiação, levando em consideração a complexidade para designar a paternidade a alguém, o ordenamento jurídico brasileiro adotou em seu sistema o uso de presunções, tendo estas, a função de determinar o instante da geração para apurar a filiação e conceder a paternidade com os efeitos jurídicos que dela decorrem (LÔBO, 2011). Em matéria de presunções, Paulo Lôbo contempla:

- a) a presunção *pater is est quem nuptia demonstrant*, impedindo que se discuta a origem da filiação se o marido da mãe não a negar;
 - b) a presunção *mater semper certa est*, impedindo a investigação de maternidade contra mulher casada. A maternidade manifesta-se por sinais físicos inequívocos, que são a gravidez e o parto, malgrado a manipulação genética se tenha encarregado de pôr dúvidas quanto à origem biológica;
 - c) a presunção de paternidade atribuída ao que teve relações sexuais com a mãe, no período da concepção;
 - d) a presunção de *exceptio plurium concubentium*, que se opõe à presunção anterior, quando a mãe tiver relações com mais de um homem no período provável da concepção.
- No art. 1.597 o Código Civil prevê expressamente as seguintes presunções tradicionais:
- e) a presunção de paternidade do marido, para os filhos concebidos cento e oitenta dias após o início da convivência conjugal. O prazo não se conta a partir da celebração do casamento ou do início da união estável, mas a partir do efetivo início da convivência entre cônjuges e companheiros. Na hipótese do casamento, pode um dos cônjuges ter sido representado na celebração por procurador, pois se encontrava ausente;
 - f) a presunção de paternidade, para os filhos concebidos até trezentos dias após a dissolução da sociedade conjugal. (LÔBO, 2011, p. 219).

A presunção não se trata de uma prova de fato, trata-se de um procedimento lógico pelo qual a mente humana alcança uma verdade legal. Se subdividindo em: presunção comum, que não é fundada em lei, mas se estabelece no que correntemente acontece; e a legal, que se baseia pelo direito positivo podendo se valer como prova (NAMBA, 2015).

A presunção *pater is est* merece uma atenção especial, tendo sido usada por vários anos pelos sistemas jurídicos dos povos antepassados. Tal pretensão expõe a ideia de que a maternidade é sempre inquestionável e o marido da mãe, é o pai dos filhos advindos da convivência entres eles. Mesmo assim, tal presunção não sana o problema mais recorrente no que tange a concessão da paternidade, quando não se tem e não se teve convivência entre os genitores (LÔBO, 2011).

De outra forma, a presunção exige a fidelidade da mulher, sendo a do marido desnecessária para a ocorrência, fato que se gera um conflito com o preceito constitucional do parágrafo 5º do Art. 226 advertindo que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 1988).

As presunções tradicionais elencadas no Art. 1.597 do Código Civil, estabelecendo o limite mínimo de cento e oitenta dias e o limite máximo de trezentos dias não condizem com as médias interpostas pela ciência e pelo conhecimento do processo de gestação humana. Desta forma, o seu objetivo é inteiramente de se apartar qualquer questionamento em razão do vínculo da paternidade: “A presunção de paternidade do nascido até trezentos dias é elidida quando ficar provado que os cônjuges estavam separados de fato no período correspondente ao da concepção.” (LÔBO, 2011).

Uma das críticas a se fazer em relação a terminologia utilizada pelo legislador que delimitou a presunção ao matrimônio, não levando em consideração o novo entendimento constitucional de que a união estável também se manifesta como modelo familiar (NAMBA, 2015).

Todavia, todos os tipos de presunções, tanto de paternidade quanto de maternidade, na nossa contemporaneidade, acabam por ser incitados em face dos avanços biológicos e tecnológicos. Apesar disso, o vínculo genético biológico só se sobressairá caso não haja a instituição de um dos tipos de filiação socioafetiva (LÔBO, 2011). A respeito disso Maria Berenice Dias leciona:

A identificação dos vínculos de parentalidade não pode mais ser buscada exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes. As facilidades dos métodos de reprodução assistida permitem a qualquer um realizar o sonho de ter filhos. Para isso não precisa ser casado, ter um par ou mesmo manter uma relação sexual. (DIAS, 2015, p. 390).

Desta forma, o efeito da filiação deixou de possuir caráter exclusivo a questão dos laços sanguíneos. A matéria da nova filiação, devido aos avanços biotecnológicos, deve ser alicerçada em total respeito aos preceitos constitucionais da igualdade integral dos filhos (DIAS, 2015).

Alcançando-se uma forma quase inacreditável, a identificação através da origem genética atingiu índices grandiosos a respeito da certeza por meio do exame de DNA, estimulando uma busca da verdade propriamente dita, substituindo-se a verdade jurídica formulada através das presunções (DIAS, 2015).

A seguir, será abordado o assunto referente as espécies de filiação, cumpre informar desde logo, que o termo “espécies” se refere unicamente a uma forma denominativa de classificar a filiação, pois, conforme já ilustrado, o princípio constitucional da igualdade entre filhos repudia qualquer forma de discriminação entre os mesmos, sendo de igualdade os seus direitos e deveres.

1.2 ESPÉCIES DE FILIAÇÃO

Nos tempos atuais, a filiação pode ser classificada em quatro espécies, todavia, tal procedimento possui exclusivamente caráter ilustrativo, com a finalidade apenas de estrear a extensão do conceito, pois como já visto, os direitos e deveres desta relação são exatamente iguais (COELHO, 2012). Ainda, no que toca a igualdade na filiação, Paulo Nader vaticina:

Destarte, em qualquer circunstância em que se verifique a filiação, a gama de direitos e deveres entre pais e filhos segue regulamento único. Sob o prisma da lei, distinção não há entre filho consanguíneo e adotivo, entre o concebido em casamento, união estável, concubinato ou em relação eventual. (NADER, 2016, p. 454).

Levando em consideração o que fora dito, a classificação da filiação pode ser dividida em biológica e não biológica, sendo a segunda, ainda, dividida em filiação por substituição, socioafetiva e adotiva. Nos casos de filiação não biológica, os pais,

de forma implícita ou expressa, manifestam o desejo de ter determinado indivíduo como seu filho, ocorrendo assim, a perfilhação (COELHO, 2012). A respeito da filiação biológica, Maria Berenice Dias leciona:

Até hoje, quando se fala em filiação e em reconhecimento de filho, a referência é à verdade genética. Em juízo sempre foi buscada a chamada verdade real, sendo assim considerada a filiação decorrente do vínculo de consanguinidade. (DIAS, 2015, p. 397).

Quando o filho é portador da herança genética de ambos os genitores, a filiação é classificada como biológica. Ela é classificada como natural nos casos de concepção ter sido gerada através do ato sexual entre seus pais. Todavia, este não é o único meio de gerar um filho. As concepções advindas por meio das técnicas de reprodução humana assistida também são pertencentes a essa categoria, desde que os gametas tenham sido recolhidos pelos pais constantes no registro de nascimento da criança, mesmo que esta tenha sido gerada pelo procedimento da gestação por substituição (COELHO, 2012).

Sendo assim, os filhos que não são portadores da ancestralidade genética de ambos os genitores, classificam-se como filiação não biológica, sendo incluso as hipóteses de filiação oriundas da técnica de reprodução assistida heteróloga, na qual, somente gametas de um dos pais são partícipes da concepção. Também, por meio de tal técnica, pode-se haver o uso da gestação por substituição, em que a geração do filho se dá em útero diferente ao da mãe (COELHO, 2012). Ainda, na espécie não biológica, está o estado de filho estabelecido pela adoção. Sobre a temática, Silvio de Salvo Venosa doutrina:

A adoção é modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil de 1916, ou de sentença judicial, no atual sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), bem como no corrente Código. (VENOSA, 2009, p. 267).

Tal assunto, sofreu uma grande evolução nos últimos anos, atualmente direciona-se a uma acepção mais natural, ou seja, o objetivo primordial de tal mecanismo é voltado a se obter uma família àquelas crianças necessitadas ou abandonadas em virtude de várias ocorrências, tais como, abandono dos pais sanguíneos, orfandade, destruição do vínculo familiar original (RIZZARDO, 2007). “A

adoção é negócio solene, porque a lei lhe impõe determinada forma, sem a qual o ato não tem validade, ou mesmo existência, como tal.” (RODRIGUES, 2007, p. 341).

Também, sobre o assunto em tela, Maria Helena Diniz ensina:

A adoção é, portanto, um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre adotante, ou adotantes, e o adotado um liame legal de paternidade e filiação civil. Tal posição de filho será definitiva ou irrevogável, para todos os efeitos legais, uma vez que desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, salvo os impedimentos para o casamento (CF, art. 227, § 5º e 6º), criando verdadeiros laços de parentesco entre o adotado e a família do adotante. (DINIZ, 2014, p. 572).

O Estatuto da Criança e do Adolescente é o instrumento normativo que regula a questão da adoção, introduzindo o adotado no seio familiar do adotante, assegurando-lhe os mesmos direitos do vínculo biológico. Atualmente, tal medida apresenta dois objetivos indispensáveis: dar filhos aos incapacitados biologicamente de conceber-los e dar pais àqueles menores desvinculados do ambiente familiar (VENOSA, 2009).

A filiação pela socioafetividade trata-se de um novo sistema jurídico, onde os laços a ela inerentes não são alicerçados necessariamente na verdade biológica da relação familiar, e sim, nas relações de amor e afeto dos pais com seus filhos (PEREIRA, 2017). Nesse mesmo sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama contempla:

Finalmente, a filiação afetiva, fundamentalmente, somente era concebida no âmbito da adoção e, em alguns casos limitados, à posse de estado de filho. Trata-se do vínculo que decorre da relação socioafetiva constatada entre filhos e pais – ou entre o filho e apenas um deles –, tendo como fundamento o afeto, o sentimento existente entre eles [...] (GAMA, 2003, p. 482).

A paternidade não deve ser determinada exclusivamente pelo vínculo sanguíneo, especialmente em uma família já consolidada pelos laços de afeto, o descobrimento da verdade biológica pode acarretar sérios danos ao filho, desconstruindo-se dos princípios da lei que vislumbram proteger o melhor interesse do filho (PEREIRA *apud* OLIVEIRA, 2017). Em relação aos vínculos socioafetivos, Maria Berenice Dias *apud* João Baptista Villela, doutrina:

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo,

imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. (DIAS *apud* VILLELA, 2016, p. 657).

De acordo com a doutrina atual, a verdadeira paternidade, e, por consequência, a filiação, só pode ser concretizada por meio de um ato de vontade, que pode decorrer do fator biológico ou não, tal afirmação tem sido adotada por muitos sistemas jurídicos, levando a reforma de suas legislações na questão da filiação (GAMA, 2003). Ainda, a respeito da afetividade, baseado nas lições de Belmiro Pedro Welter, Caio Mário da Silva Pereira vaticina:

Situações peculiares devem ser assumidas no mundo jurídico como relações de afeto com força própria para uma definição jurídica: o “filho de criação”, quando comprovado o “estado de filho afetivo” (posse de estado de filho), a adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade e a conhecida “adoção à brasileira”. (PEREIRA *apud* WELTER, 2017, p. 67).

A paternidade socioafetiva, sob a ótica da posse de estado de filho, não se baseia na concepção, e sim, em um ato de vontade, se consolidando totalmente nos laços afetivos, afastando a determinação da filiação através da verdade biológica. Salienta-se ainda, que conforme o Enunciado nº 256 da V Jornada de Direito Civil do STJ, a posse do estado de filho se configura como gênero de parentesco civil (PEREIRA, 2017).

O verdadeiro avanço da ciência na área da reprodução humana assistida se consolidou na década de 1940, devido a criação da técnica de congelamento do sêmen, antes disso, o procedimento de reprodução só era possível com o chamamento do doador minutos antes do recolhimento do seu material genético e a sua instantânea introdução no útero da futura gestante (MADALENO, 2011).

A filiação por substituição se desenvolveu devido ao grande processo de evolução da ciência no campo da reprodução humana assistida, no qual, a formação de um novo ser da nossa espécie depende de três coisas; espermatozoide, óvulo e útero. A propósito, a constituição de um novo ser de direito só se dá após a fecundação do óvulo pelo espermatozoide e o alojamento desse embrião no útero de uma mulher. Enquanto for somente embrião *in vitro*, não se existe sujeito de direito, apenas, simples coisa (COELHO, 2012). No que condiz as vantagens da reprodução humana assistida, Rolf Madaleno *apud* Maria Carcaba Fernández, ensina:

Maria Carcaba Fernández aponta diversas vantagens da procriação artificial sobre a adoção, como, por exemplo, o fato de o filho nascido ser descendente sanguíneo de pelo menos um dos cônjuges (se a inseminação for heteróloga) e será provavelmente gestado pela mulher a ser considerada a sua mãe; a esterilidade do casal permanece em segredo; a adoção exige uma série de trâmites, sem deslembrar que os métodos anticoncepcionais e a existência crescente de abortos tornam cada vez mais difíceis as adoções de crianças de pouca idade; e, por fim, seriam evitadas dissensões com as mães biológicas de filhos adotado. (MADALENO, 2011, p. 504).

Em tempos passados, quando um casal tomava a decisão de ter filhos, só era cabível uma possibilidade, o esposo fornecia o espermatozoide e a esposa, o óvulo e o útero, em uma relação sexual. Mas havia a eventualidade de algum desses três elementos citados, por alguma razão natural, não cumprir seu papel no processo reprodutivo humano, decepcionando o casal no desejo de procriar (COELHO, 2012). A respeito da impossibilidade de procriar, Rolf Madaleno vaticina:

As expressões infertilidade e esterilidade não são sinônimas, e são qualificadas como sendo um problema orgânico ou psicológico, de origem feminina ou masculina, que impede a procriação, e se o tratamento da esterilidade não for bem-sucedido a reprodução artificial humana tem sido uma alternativa para contornar a impossibilidade de geração de vida pela relação sexual, trazendo, portanto, novas esperanças para aqueles casais sem nenhuma solução para superarem a barreira da infertilidade. (MADALENO, 2011, p. 503).

Vários casais passavam pela angústia do fracasso de não conseguirem gerar filhos, a ciência e a medicina, até então, não havia poder de ajudar no tratamento de tais disfunções. Com o avanço da ciência médica, na atualidade, é possível muitas outras conjunções além do fornecimento do espermatozoide pelo esposo e do óvulo e útero pela esposa, para que os casais possam gerar filhos, uma delas, seria a implantação do embrião já fecundado em útero diferente ao da doadora do óvulo, tendo-se assim a gestação por substituição (COELHO, 2012).

Os termos inseminação e fecundação são procedimentos diversos, e mesmo se usando o termo *artificial*, a fecundação será de fato um desenvolvimento da natureza que somente foi induzido pela ciência através de métodos instrumentais para posteriormente conceber a fecundação (MADALENO, 2011).

As técnicas de reprodução humana assistida, são procedimentos médicos que concedem a possibilidade de procriação por meios não naturais, diferentemente da concepção resultando do ato carnal, solucionando o fato da esterilidade da pessoa ou do casal. Na área terminológica, em especial, na medicina, tem-se a

diferenciação entre esterilidade e infertilidade, sendo que a esterilidade se trata da inaptidão absoluta para fertilização ou reprodução desinente da perda da aptidão de procriar por efeito de médicos ou químicos, “ao passo que a infertilidade significa esterilidade relativa passível de reversão, existente desde o nascimento ou adquirida por doença” (GAMA, 2013). A respeito do objetivo inicial da criação da reprodução humana assistida, Gama ensina:

As técnicas de reprodução assistida foram concebidas, no início, como forma de contornar a infertilidade do casal – ou de um deles -, para permitir a efetivação do desejo da paternidade e da maternidade decorrente da própria informação genética de ambos – homem e mulher -, ou seja, as técnicas foram originalmente pensadas no campo do aproveitamento do próprio material fecundante do casal, razão dos primeiros casos terem representado o emprego de técnicas reprodutivas homólogas. Dada a impossibilidade de tais técnicas proporcionarem a reprodução em todos os casos de esterilidade, cogitou-se na possibilidade do recurso a outras técnicas com o aproveitamento de material de terceiro, daí o surgimento das técnicas reprodutivas heterólogas. Outra causa que gerou o avanço das técnicas reprodutivas se relaciona às doenças hereditariamente transmissíveis que não seriam evitadas na procriação carnal, mas poderiam ser obstadas com o emprego de algumas técnicas reprodutivas. (GAMA, 2003, p. 635).

A reprodução humana assistida trata-se do conjunto de procedimentos para juntar, de forma artificial, os gametas masculinos e femininos, que originarão um ser humano, poderá ser realizada pelos métodos ZIFT e GIFT (DINIZ, 2014). Para melhor explicação dos métodos mencionados, Maria Helena Diniz doutrina:

A ectogênese ou fertilização *in vitro* caracteriza-se pelo método ZIFT (Zibot Intra Fallopian Transfer), que consiste na retirada de óvulo da mulher para fecunda-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra. Como se vê, difere da inseminação artificial, que se processa mediante o método GIFT (Gametha Intra Fallopian Transfer), referindo-se à fecundação *in vivo*, ou seja, à inoculação do sêmen na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião. (DINIZ, 2014, p. 679).

Todas os métodos que não abrangem a procriação através do ato sexual, seguem duas espécies distintas que receberão uma análise jurídica muito diferenciada: as técnicas de reprodução homóloga e as técnicas de reprodução heteróloga (GAMA, 2003).

O Conselho Federal de Medicina regulariza a utilização destes procedimentos e entende que tais técnicas podem ser usadas por casais homoafetivos, não sendo

necessária a comprovação da esterilidade pelo casal, pois a infertilidade decorre da sua orientação sexual (DIAS, 2015).

A inseminação pela qual se faz o uso do material genético do marido e da mulher, denomina-se inseminação artificial homóloga, substituindo-se a fecundação da forma natural havida através do ato sexual, tal método é empregado quando se tem a incapacidade ou deficiência geradora do casal ou de apenas um dos cônjuges (LÔBO, 2011). Sobre inseminação homóloga, Sílvio de Salvo Venosa contempla:

A inseminação homóloga pressupõe que a mulher seja casada ou mantenha união estável e que o sêmen provenha do marido ou companheiro. É utilizada em situações nas quais, apesar de ambos os cônjuges serem férteis, a fecundação não é possível por meio do ato sexual por várias etiologias (problemas endócrinos, impotência, vaginismo etc). (VENOSA, 2009, p. 232).

Nos casos de utilização desta técnica, sendo pressuposto a utilização dos genes masculino e feminino do casal que proporcionam a concepção da criança no seio da entidade familiar formada entre o homem e a mulher, não existe discussão de que o fundamento mais importante no que condiz aos vínculos de paternidade, maternidade e filiação é a origem biológica, o que leva o resultado de que o parentesco se dá através dos laços sanguíneos (GAMA, 2003).

Baseando-se nos preceitos legais estabelecidos pelo inciso III, do Art. 1.597, a técnica de inseminação artificial homóloga permitiu que se exista a fecundação mesmo após o falecimento do marido. A presunção de paternidade tradicional elenca a sua concessão dentro dos trezentos dias posteriores ao falecimento do pai, porém, se utilizada tal técnica de reprodução assistida e comprovando-se o uso do material genético do *de cujus*, que fora armazenado pela instituição que a esta função se responsabilizou, a presunção de paternidade pode ocorrer em tempo superior a este, desde que o falecido tenha deixado consentimento escrito para a utilização de seu material genético (LÔBO, 2011).

A viúva não terá o direito de obrigar a clínica de reprodução humana assistida responsável pelo procedimento, que lhe forneça o material genético do *de cujus*, para que nela seja inseminado, se este não houver manifestado seu consentimento em vida, devendo tal situação ser nivelada ao uso do sêmen de doador anônimo, não podendo ser aplicada a presunção legal de paternidade (MADALENO, 2011).

A inseminação artificial heteróloga é aquela pela qual é utilizado o sêmen de um terceiro, e não o do marido, para se fecundar o óvulo da sua parceira. A autorização dada pelo marido para a realização do procedimento com material genético estranho ao seu é irrevogável, sendo assim, a paternidade não pode ser impugnada pois tal ação levaria a uma contradição do seu próprio ato, violando-se o princípio da boa-fé (LÔBO, 2011). Ainda, sobre inseminação heteróloga, Maria Berenice Dias doutrina:

A fecundação artificial heteróloga ocorre quando o marido manifesta expressa concordância que sua mulher se submeta ao procedimento reprodutivo com a utilização de sêmen doado por terceira pessoa. O fornecedor do material genético é afastado da paternidade, estabelecendo-se uma filiação legal com o marido. (DIAS, 2015, p. 402).

No uso desta técnica, existe a necessidade de se utilizar material genético de terceiro estranho ao casal, sendo assim, os conceitos de paternidade e maternidade serão diferentes, levando em consideração os eventos em que apenas uma das partes do casal contribuem com seus gametas, devido a esterilidade do outro. Também é considerada heteróloga a reprodução humana assistida nos casos em que ambos não podem contribuir com seu material genético, utilizando-se de óvulos e espermatozoides de terceiros (GAMA, 2003). “A maior parte dos casos de aplicação das técnicas de reprodução heteróloga se vincula à doação de sêmen de terceiro”. (GAMA *apud* QUEIROZ, p. 735).

De regra, o material genético do doador é armazenado em banco de sêmen, havendo um intenso e frequente exame de sua qualidade, os dados da identidade civil do doador serão sempre sigilosos, todavia, serão disponibilizadas as características físicas, tipo sanguíneo, cor da pele, dos olhos e dos cabelos, sendo essas informações indispensáveis aos donatários. Ainda, para que não haja dúvidas, a doação de material genético pode se tratar de gametas masculino (espermatozoide) ou femininos (óvulos) (MADALENO, 2011).

Dando seu consentimento para realização da reprodução humana assistida heteróloga, o marido ou companheiro não terá direito de negar tal paternidade. Não havendo a autorização do mesmo para tal procedimento, deverá imediatamente instigar uma ação negatória de paternidade genética, antes que a paternidade afetiva se consolide (MADALENO, 2011).

A seguir, será aprofundado o estudo de uma das espécies de filiação abordada neste item, qual seja, a filiação por substituição, que se desenvolve através do uso do procedimento popularmente conhecido como “barriga de aluguel”. Trata-se de uma técnica em que ocorre a doação de material genético do casal que é fecundado, e, posteriormente, alocado em ventre de uma terceira, estranha a relação biológica, que realiza a função gestacional do feto e a sua consequente entrega aos pais de fato.

1.3 GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Devida a grande evolução da biogenética que se ascendeu nos últimos anos, acarretou-se no desenvolvimento de melhores técnicas para se conservar através do resfriamento os gametas masculinos, para, posteriormente, injeta-los no óvulo em ocasião conveniente, e, mais tarde colocá-lo no útero da gestante. A partir disso, também se desenvolveu o procedimento de introdução do embrião fecundado no útero de mulher estranha a relação biológica, criando-se assim, o que a medicina titula de “mãe substituta” ou “mãe de aluguel” (RIZZARDO, 2007).

“Gestação por conta de outrem, maternidade por substituição ou por sub-rogação são expressões que nada mais significam do que a conhecida barriga de aluguel”. (DIAS, 2015, p. 675). Contudo, apesar do termo, a constituição federal proíbe a gestação de filho alheio com a intenção de remuneração, sendo que a gestação por substituição se trataria um ato jurídico de comportamento, compreendendo para a gestante, obrigações de fazer e não fazer findando com a obrigação de dar, constituída pela entrega da criança (DIAS, 2015). Partindo da mesma premissa, Arnaldo Rizzardo ensina:

Tecnicamente, é conhecida a denominação como “maternidade sub-rogada”, proveniente da expressão inglesa “surrogate motherhood”. Está-se diante da procriação assistida, eis que se efetiva por meio de técnicas médico-laboratoriais e assistência especial. Opera-se através da inseminação artificial, que é uma técnica de procriação, desdobrada em várias modalidades, consistindo a mais comum no depósito do material genético masculino diretamente do útero da mulher por meio métodos mecânicos, ou por instrumentos, em substituição do ato natural, que é a relação sexual. (RIZZARDO, 2007, p. 512).

Pode se dizer que “esta técnica consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do zigoto ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe.” (MADALENO *apud* SILVA, 2011). A respeito das modalidades de mães de substituição, Madaleno doutrina:

Existem duas modalidades de mães de substituição, sendo uma delas considerada *mãe portadora*, porque apenas empresta seu útero, recepcionando os embriões do casal doador e solicitante do empréstimo do útero, ou recepcionando o óvulo de uma doadora anônima, na chamada ovodoação, e a *mãe de substituição*, que não só empresta o útero como também pode ceder seus óvulos, sendo inseminada com esperma do marido da mulher infértil, assumindo o compromisso de dar à luz a criança e entrega-la ao casal que assumirá a filiação, renunciando a mãe genética e gestante aos direitos maternos. (MADALENO, 2011, p. 515).

A legalidade de tal procedimento encontra-se respaldo na Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, a qual, autoriza as clínicas especializadas que prestam os serviços de reprodução humana assistida a se utilizarem do método da gestação por substituição nas situações em que exista adversidade médica que impossibilite ou não se recomende a gestação no ventre da doadora genética ou nos casos de união homoafetiva (TARTUCE, 2017). Ainda, a respeito das modalidades, Guilherme Calmon Nogueira da Gama leciona:

Das várias possibilidades, três são mais ilustrativas: a) a maternidade-de-substituição que envolve o embrião resultante de óvulo e espermatozoide do casal, com sua implantação no corpo de outra mulher que não aquela que deseja a maternidade e forneceu seu óvulo; b) a maternidade-de-substituição que se relaciona ao óvulo e gravidez da mulher que não quer ser mãe da criança, mas empresta seu corpo, gratuitamente, para gestar o embrião, e se compromete a entregar a criança ao casal solicitante, sendo o sêmen utilizado na procriação o do marido que, juntamente com sua esposa, resolveu efetivar o projeto parental; c) a maternidade-de-substituição, que consiste no embrião formado a partir da união de óvulo da própria mulher que engravida e de espermatozoide de doador, com o compromisso da mulher de entregar a criança ao casal que, por sua vez, não contribuiu com material fecundante. (GAMA, 2003, p. 745).

A questão da gestante que fornece seu ventre para desenvolvimento do embrião é um tanto complexa, pois não se limita exclusivamente ao empréstimo do útero, mas também, no comprometimento em realizar a entrega da criança concebida aos seus pais genéticos. É de notório saber que o procedimento do parto pode alavancar forte carga emocional, pois se prevalece o instinto materno natural, levando a gestante a um manifesto afeto e carinho pela criança, podendo ocasionar

uma situação em que a mesma se negue a aceitar a simples condição de cedente do ventre. Todavia, pelos específicos termos, prevalecerá a obrigação de entrega da criança aos seus pais de fato (RIZZARDO, 2007).

O Conselho Federal de Medicina, entende que é legal a cessão temporária do útero para a gestação, quando não houver fins remuneratórios, porém, a cessionária necessita de parentesco de até quarto grau com algum dos membros do casal que desejam procriar. Mesmo em vista de tais vedações, não é plausível que se proíba a possibilidade de haver remuneração para a realização de tal procedimento, pois, de fato, é prestado um serviço a outra pessoa por extensos nove meses que geram diversas limitações (DIAS, 2015). “[...] é admitida no Brasil a gestação de substituição, somente a título gratuito.” (TARTUCE, 2017, p. 246). Em razão da remuneração pela cessão do útero, Arnaldo Rizzardo pontifica:

A remuneração não encontra parâmetros para a sua fixação. Corresponde não propriamente ao pagamento de uma atividade da pessoa, mas sim de uma função do corpo. Ai está o ponto nevrálgico das discussões, eis que o desenvolvimento do feto no ventre materno se processa por força interna de órgãos específicos, e não pela força da vontade, ou por dotes artísticos ou técnicos da pessoa. Esta barreira que impede o avanço célere do ajuste para o campo jurídico. Não se paga pela pessoa respirar ou se alimentar, ou realizar o corpo outra função biológica. Tal rol de funções é natural. Mas justifica-se a remuneração em face da série de cuidados e posturas a que se obriga a gestadora. O fato do aumento do ventre, da perda da agilidade, das constantes visitas médicas, da disponibilidade total para todas as limitações é que procura um enfoque justificativo da remuneração. (RIZZARDO, 2007, p. 516).

A Resolução 2.121/2015, ampliou os graus de parentesco, que estavam legislados pela resolução anterior, para as cedentes temporárias do útero. Anteriormente, o grau de parentalidade se estendia somente a mães e filhas e irmãos, qual seja, 2º grau. Agora, com o implemento desta nova norma, se estendeu até o 4º grau de parentesco. Ainda, a resolução salienta que poderá ser realizado o procedimento da gestação por substituição em outras ocasiões, todavia, deverá passar pelo conhecimento e autorização do Conselho Federal de Medicina (TARTUCE, 2017).

A filiação oriunda da reprodução humana assistida pelo uso da gestação por substituição é regulada pelo ideal de maternidade e paternidade, sendo admitida a doação de óvulos nos casos de: idade avançada, pobre resposta ovariana, má qualidade ovocitária, sucessivas falhas em ciclos prévios de fertilização *in vitro*,

endometriose avançada, abortos de repetição de causas desconhecidas, entre outros, sendo tal doação uma prática imprescindível àquelas mulheres que não possuem a aptidão para gerarem óvulos saudáveis por si mesmas (MADALENO, 2011).

A gestação por substituição não representa técnica diferente daquelas que já foram tratadas anteriormente, e sim, uma prática que pode ser utilizada em qualquer das técnicas de reprodução humana assistida, tendo a peculiaridade de que a gestação se formaliza em útero diferente da mulher que resolveu implementar seu projeto familiar. No direito brasileiro, a gestação por substituição se mostra algo não imaginado pela lei, que sempre teve sua base no conceito da *mater semper certa est*, devido a certeza humana da maternidade em face da gestação e do parto (GAMA, 2003). Ainda, se tratando da presunção da *mater semper certa est*, Maria Berenice Dias vaticina:

A possibilidade de uso de útero alheio elimina a presunção *mater semper certa est*, que é determinada pela gravidez e pelo parto. Em consequência, também cai por terra a presunção *pater est*, ou seja, que o pai é o marido da mãe. Assim, quem dá à luz não é a mãe biológica, e, como o filho não tem sua carga biológica, poderia ser considerada, na classificação legal (CC 1.593), como "mãe civil". À vista da hipótese cada vez menos rara da maternidade por substituição, o que se pode afirmar é que a gestatriz é sempre certa. (DIAS, 2015, p. 676).

Para se determinar a maternidade e paternidade nos casos de utilização da gestação por substituição, precisa ser levado em consideração que tal concepção só se originou pela vontade de efetivação do projeto familiar pelo casal, que contou com a ajuda filantrópica de outra mulher para a sua consolidação. Por isso, a maternidade deve ser determinada à mulher que demonstrou desejo de procriar, extinguindo-se a presunção que ao parto se substabelece a maternidade (GAMA, 2003). Seguindo a mesma ideologia, Arnaldo Rizzardo pontifica:

[...] em primeiro lugar, procura-se vislumbrar a natureza da relação entre um determinado casal e a mulher geradora ou colaboradora. Saliencia-se que não se cria nenhum vínculo de parentesco com ela. Há unicamente a sua contribuição para a finalidade de gestação, sem qualquer laço de parentesco. Mesmo que nasça de seu ventre o novo ser humano, não deriva qualquer vínculo jurídico entre a criança e a mãe, não se formando algum parentesco. Assim, como acontece na doação, contemplada pelo art. 41 da Lei nº 8.069, de 13.07.1990, onde se estabelece a ruptura de parentesco entre o adotado e seus pais biológicos, exceto quantos aos impedimentos matrimoniais, de igual modo cessa toda e qualquer relação

jurídica quanto à mulher que serviu para a formação do novo ser em seu útero. Não se garante algum direito sobre a pessoa do menor, de a se proteger a recusa na entrega (RIZZARDO, 2007, p. 515).

Os possíveis conflitos referentes a maternidade na utilização do útero alheio desaparecem pelo princípio da solidariedade familiar ou afetiva, como por exemplo, quando a mãe cedente do material fecundante expressa sua vontade de procriar e a gestação é concebida pela sua irmã, pois a procriação está estruturada em três fatores distintos: a) vontade da união sexual; b) vontade procriacional; c) responsabilidade procriacional (MADALENO, 2011).

Para a determinação da filiação materna nos casos de fecundação extracorpórea, deve ser levado em consideração quem teve o desejo de ter a criança e adquirir as funções maternas propriamente ditas, e, caso havendo algum deslinde para definição da maternidade entre a gestante e a mãe que com ela contratou, o julgador deverá respeitar o melhor interesse da criança e as particularidades de cada caso (MADALENO, 2011). Em detrimento da determinação da maternidade nos casos de gestação por substituição, Gama ensina:

Em se admitindo como legítima a prática da maternidade-de-substituição e, especialmente, apesar de ilegítima se ela efetivamente ocorrer, a solução a respeito da maternidade jurídica, *data vênia*, não pode ficar à mercê daquela (ou daquelas) que envolveram suas ações em tal prática. Devem-se abstrair os fatos jurídicos da gravidez e do parto, levando em conta que a concepção se dá a momento anterior a tais fatos e, desse modo, os pressupostos para o estabelecimento da maternidade e paternidade devem ocorrer antes da concepção. Nesse sentido, considerando a inexistência da relação sexual entre o homem e a mulher, mas verificando que a conjunção carnal foi substituída pela vontade vinculada a determinados outros pressupostos, como o projeto parental, é fundamental reconhecer que, para o Direito, apenas será mãe a mulher que desejou procriar, e não a mulher que engravidou. (GAMA, 2003, p. 748).

Nos casos em que se utiliza a gestação por substituição, quem recebe do hospital a Declaração de Nascido Vivo – DNV é a gestante, porém, o registro da criança deverá ser realizado diretamente no nome da mulher que irá de fato assumir a maternidade. Existem decisões que estabelecem que a maternidade consigne na DNV o nome da mãe de fato, e não daquela que procedeu na gestação. É de notório saber que determinada decisão jurídica estabelece que o estabelecimento hospitalar proclame um documento que não condiz com fatos verídicos, o que pode vir a ocasionar alguma resistência. Diante disto, a solução mais apropriada para a Justiça é que determine que o registro se realize no nome de quem for indicado, sem

dependem do nome constante na DNV (DIAS, 2015). A respeito da função da gestante por substituição, Arnaldo Rizzardo contempla:

A função da gestadora sugere uma série de compromissos, deveres e posturas que a mulher assume com os pais genéticos. Embora não tenha qualquer participação na fecundação ou no fornecimento do óvulo, ela converte-se em prestadora de serviços relativamente aos pais genéticos e ao futuro feto. Os serviços vão desde a prestação de alimentos, respiração, calor, ambiente próprio para o crescimento do embrião e posteriormente feto, até uma série de condutas que deva assumir, como a observância de hábitos alimentares, moderação nos esforços físicos, consultas médicas regulares, controle nas emoções e abstinência de vícios, como o de fumar. (RIZZARDO, 2007, p. 516).

A formação de projeto familiar configura um direito fundamental da pessoa humana, tendo previsão constitucional no Art. 226, parágrafo 7º da Carta Magna, desta forma, o projeto familiar precisa ser protegido pelo Estado, e o direito a procriação se configura como sendo subjetivo de cada pessoa. Diante do exposto, o Estado possui obrigação de garantir o direito ao acesso a qualquer das técnicas de reprodução humana assistida para qualquer casal que assim a desejem ou que não puderem realizar a procriação de forma natural (MADALENO, 2011). Por este viés, Gama doutrina:

O desenvolvimento das ciências da vida, no entanto, demonstrou o equívoco do conhecimento e da convicção da civilização humana quanto à certeza da maternidade pelo parto, a exigir completa reformulação nos dogmas e postulados até então considerados. É possível que a mulher gestadora não seja aquela que tenha fornecido óvulo para ser fecundado e permitir a transferência do embrião para seu corpo, e, dentro de tal possibilidade várias alternativas são viáveis, como, por exemplo, a própria mulher que não pode engravidar tem condições de fornecer óvulos que, fecundados pelos espermatozoides fornecidos pelo seu marido ou companheiro, permitam a formação de embriões que possam ser transferidos para o corpo da mulher que irá gestar. (GAMA, 2003, p. 745).

Em face das técnicas de reprodução humana assistida, a maternidade e paternidade será designada àqueles que manifestarem sua vontade expressa de procriar e que efetuaram as providências necessárias para a consumação de tal desejo. Sendo assim, o Direito não pode intervir na seara mais íntima da pessoa para regular de que maneira ela terá um filho, pois o projeto familiar é individual e compõe o conteúdo da personalidade de cada um, tendo o menor, sua proteção no Art. 227 da Constituição Federal, que através da família, da sociedade e do Estado,

lhe coloca sob guarda de qualquer forma de negligência, crueldade ou discriminação (MADALENO, 2011). Da mesma maneira, forte nas lições de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Namba doutrina:

A natureza jurídica da paternidade, maternidade e filiação resultantes da adoção de técnicas de reprodução assistida, sob a modalidade heteróloga, ou mesmo sem vínculo genético entre os envolvidos deve ter em conta sentimentos nobres, como amor, o desejo da construção de uma relação afetuosa, carinhosa, reunindo as pessoas em um grupo de companheirismo, lugar de afetividade. (NAMBA, 2015, p. 148).

Conforme explanado neste tópico, a gestação por substituição é um procedimento legalizado no ordenamento jurídico brasileiro, apesar das críticas doutrinárias elencando todas as despesas e limitações físicas em razão da gravidez, a cessão temporária do útero para gestação de embrião fecundando só poderá se proceder de forma gratuita.

Esta cedente do útero, apesar de ter dado à luz a criança, não demonstrou interesse em assumir os preceitos da maternidade, sendo assim, a filiação deverá ser destinada para aqueles que de fato manifestaram interesse na ampliação de seu plano familiar. Colocando, de certa forma, em cheque a presunção *mater semper certa est* que vigorou de forma absoluta por vários anos.

Todavia, os casais impossibilitados de gestar, e que se utilizavam da gestação por substituição, ou outra técnica de reprodução humana assistida, encontravam certas dificuldades em registrar o seu filho, situação resolvida em 2016 através do Provimento nº 52 do Conselho Nacional de Justiça, temática que será melhor aprofundada no capítulo subsequente.

2 FILIAÇÃO NO REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS

O registro civil de pessoas naturais é uma entidade ligada ao Estado com a finalidade de catalogar todos os acontecimentos da vida civil dos indivíduos residentes em seu território. Em seus arquivos, são registrados os nascimentos, casamentos, os divórcios, óbitos e outras condições ligadas ao poder familiar. Sobre este tema, Reinaldo Velloso dos Santos leciona:

O Registro Civil de Pessoas Naturais é atividade exercida por profissionais do Direito, denominados Oficiais de Registro, que prestam serviço público por delegação do Poder Público, após aprovação em concurso público de provas e títulos, nos termos do art. 236 da CF, regulamentado pela Lei 8.935/94. A atividade está disciplinada na Lei 6.015/73, Lei de Registros Públicos. Nas disposições gerais, a referida lei trata das atribuições, da escrituração, da ordem do serviço, da publicidade, da conservação e da responsabilidade. E, no Título II, dispõe especificamente sobre o Registro Civil de Pessoas Naturais. (SANTOS, 2004, p. 41).

Conforme visto, vários são os registros que se procedem frente ao oficial, mas devido a temática em questão abordada, o estudo será direcionado ao registro de nascimento, mais especificamente àquele advindo das técnicas de reprodução humana assistida.

Sendo assim, este capítulo será dividido em três tópicos, sendo estudado no primeiro, o registro de nascimento regulado pela Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei dos Registros Públicos, e o Provimento nº 52 de 2016 do Conselho Nacional de Justiça que regula este registro frente a utilização das técnicas de reprodução assistida e a gestação por substituição.

No segundo tópico, será feita uma análise referente ao direito de conhecimento da ancestralidade genética do concebido pela reprodução heteróloga, em face do doador anônimo. E, no terceiro, será feito um estudo a respeito da procedência dos pedidos de registro de nascimento nas decisões judiciais anteriores a publicação do Provimento nº 52 do CNJ de 2016, como também a pesquisa da Resolução nº 2.121/2015 do CFM.

2.1 REGISTRO DE NASCIMENTO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O direito ao registro de nascimento integra o rol de direitos fundamentais inerentes a dignidade da pessoa humana, trata-se de um documento que atesta o

nascimento e a existência de uma nova pessoa, em regra, o procedimento para sua obtenção é simples. Devido a condição pós-parto da gestante, geralmente, o registro do nascido é encaminhado pelo seu genitor, que, em posse da declaração do nascimento concedida pelo médico responsável, se encaminha ao registro civil da jurisdição competente e, juntamente com o nome escolhido para seu filho, consolida o registro.

No Brasil, a matéria é legislada pela Lei Nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei dos Registros Públicos, mais especificamente em seu Capítulo IV, sendo o Art. 50, transcrito na seguinte redação:

Art. 50. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório. (BRASIL, 1973).

A transcrição legislativa é clara e específica, não havendo ponto que opere em interpretação diversa. Ao casal, que irá exercer a maternidade e paternidade cabe a escolha de proceder com o registro de seu filho no local em que de fato ocorreu o parto ou sob a jurisdição de seu local de residência.

Não é incomum em cidades interioranas, de pouca estruturação médica hospitalar, que a gestante, para a realização do seu parto, se dirija a cidade vizinha com melhor preparação para garantir melhores condições e segurança a integridade física de sua pessoa e da sua prole. Diante dessa informação, a lei elenca uma exímia disposição, pois, os atos da vida civil do nascido serão melhor desenvolvidos no decorrer de sua vivência se o seu registro for consignado na jurisdição de sua possível residência. Quase que na integralidade dos casos, o registro de nascimento se consolida por um dos pais, porém, diante da impossibilidade destes, o Art. 52 da Lei 6.015/73 pontifica:

Art. 52. São obrigados a fazer declaração de nascimento:

1º) o pai ou a mãe, isoladamente ou em conjunto, observado o disposto no § 2º do art. 54;

2º) no caso de falta ou de impedimento de um dos indicados no item 1º, outro indicado, que terá o prazo para declaração prorrogado por 45 (quarenta e cinco) dias;

3º) no impedimento de ambos, o parente mais próximo, sendo maior achando-se presente;

4º) em falta ou impedimento do parente referido no número anterior os administradores de hospitais ou os médicos e parteiras, que tiverem assistido o parto;

5º) pessoa idônea da casa em que ocorrer, sendo fora da residência da mãe; (BRASIL, 1973).

É possível vislumbrar a preocupação do legislador em garantir que de nenhuma forma o registro de nascimento deixe de ser consolidado, estendendo a obrigação da declaração até mesmo aos médicos ou pessoas responsáveis pelo parto (BRASIL, 1973).

Como já mencionado, o registro se caracteriza como condição inerente a dignidade da pessoa humana, a inexistência de declaração deste fato levará o indivíduo a condições discriminatórias de vivência, pois, diante desta inércia no procedimento “sua vida não existirá perante a sociedade”. Para ser válido o registro, o mesmo deverá constar os elementos descritos pelo Art. 54 da Lei de Registros Públicos, que são:

Art. 54. O assento do nascimento deverá conter:

1º) o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada;

2º) o sexo do registrando;

3º) o fato de ser gêmeo, quando assim tiver acontecido;

4º) o nome e o prenome, que forem postos à criança;

5º) a declaração de que nasceu morta, ou morreu no ato ou logo depois do parto;

6º) a ordem de filiação de outros irmãos do mesmo prenome que existirem ou tiverem existido;

7º) Os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal.

8º) os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos;

9º) os nomes e prenomes, a profissão e a residência das duas testemunhas do assento, quando se tratar de parto ocorrido sem assistência médica em residência ou fora de unidade hospitalar ou casa de saúde

10) o número de identificação da Declaração de Nascido Vivo, com controle do dígito verificador, exceto na hipótese de registro tardio previsto no art. 46 desta Lei;

11) a naturalidade do registrando. (BRASIL, 1973).

Se verifica que os elementos necessários para a consignação do registro são bastante extensos, abrangendo várias informações a respeito do nascimento, o sexo biológico do nascido, como também dos apontamentos referentes a pessoa de seus genitores e a presença dos nomes de seus avós, tanto da linha paterna quanto materna. Ainda, o mais importante, a escolha do seu nome, este, que lhe dará a

identidade civil e constituirá sua personalidade em sociedade (BRASIL, 1973). Lembrando que, de acordo com o parágrafo único do Art. 55 da Lei de Registros Públicos:

Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente. (BRASIL, 1973).

Conforme salientado e estudado, a Lei nº 6.015 de 1973, em seu Art. 50 e seguintes, legisla sobre as questões referentes ao procedimento de registro de nascimento das crianças nascidas no território nacional. Todavia, verifica-se que, apesar de suas inclusões e alterações, se trata de uma lei antiga, ultrapassando seus 40 anos de vigência.

A título histórico, destaca que o primeiro nascimento em território brasileiro através de técnicas de reprodução humana assistida se realizou no ano de 1983, através da doação de óvulos, e que o primeiro nascimento por meio da gestação por substituição, no Brasil, só se concretizou no ano de 2003, em Minas Gerais (PROCRIAR, 2014).

Através destes dados mencionados, se tem a interpretação lógica de que a Lei nº 6.015 não possuía, no tempo de sua promulgação, a capacidade para legislar sobre o registro de nascimento nas técnicas de reprodução humana assistida, bem como, no uso da gestação por substituição. Sendo assim, não é possível designar ao legislador omissão em razão da não regulamentação desta temática.

Segundo a ANVISA, no ano de 2014, foi registrado no país, cerca de 24 mil ciclos de fertilização *in vitro*, ficando evidente a grande procura por essas técnicas de concepção e sua evolução perante a sociedade. Também se assinalou que a taxa média de fertilização alcançada pelas clínicas médicas totalizou 74%, uma marca bastante considerável para esta área (ANVISA, 2014).

Diante disso, sendo indubitável a evolução da ciência no que se refere as técnicas de reprodução humana assistida no meio social, o Conselho Nacional de Justiça, no uso de suas atribuições legais, publica o Provimento nº 52 de 14 de março de 2016, aferindo a necessidade de regulamentação em toda a extensão nacional sobre a matéria do registro de nascimento dos filhos advindos por técnica

de reprodução humana assistida e a consequente expedição da certidão. Constando em seu Art. 1º a seguinte redação:

Art. 1º O assento de nascimento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, será inscrito no livro "A", independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor, no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, seja o casal heteroafetivo ou homoafetivo, munidos da documentação exigida por este provimento.

§ 1º Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer no ato de registro, desde que apresentado o termo referido no art. 2º, § 1º, inciso III deste Provimento.

§ 2º Nas hipóteses de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem haver qualquer distinção quanto à ascendência paterna ou materna. (BRASIL, 2016).

A datar deste provimento, foi assegurado o registro diretamente em cartório das crianças geradas através das técnicas de reprodução humana assistida, anteriormente a essa regulamentação, tais casos deveriam ser submetidos a processo judicial com a finalidade de garantir ao filho concebido o direito ao registro. Ainda, para assegurar que o primeiro registro da criança já contasse com o nome dos pais de fato, a demanda judicial deveria ser postulada antes mesmo do nascimento da criança.

O art. 1º estipula que tais registros deverão ser inscritos no livro "A", qual seja, o livro dos nascimentos do registro civil, independentemente de autorização judicial. Diante deste discurso, se percebe a intenção do legislador em garantir a prevalência do princípio constitucional de igualdade dos filhos, pois a dificuldade que existia para se registrar o filho se caracterizava como uma condição discriminatória relativa a filiação, situação veemente coibida pela Constituição Federal (BRASIL, 2016).

Ainda, é exigido a presença de ambos os pais perante ao Oficial de Registro, e deverão portar toda a documentação necessária. Essa obrigatoriedade de comparecimento de ambos poderá ser afastada em virtude da existência do vínculo matrimonial entre eles ou a convivência em união estável. O registro poderá ser realizado mediante comparecimento de apenas um dos pais, todavia, este necessitará levar consigo o termo de consentimento do cônjuge ou companheiro, que deverá ser feito por instrumento público, autorizando a consumação do procedimento (BRASIL, 2016).

Outra medida que visa a proteção da pessoa do filho, se encontra transcrita no parágrafo 2º do Art. 1º do Provimento, nos casos de casais homoafetivos, o registro deverá ser consignado com a apropriada adequação para que se constitua os nomes das duas mães ou dos dois pais, não se fazendo qualquer menção no registro sobre a forma de concepção se dar por técnica de reprodução humana assistida (BRASIL, 2016). Dando continuidade ao estudo, para a concretização do registro e expedição da certidão de nascimento, o Art. 2º do Provimento 52 do CNJ elenca a necessidade da seguinte documentação:

Art. 2º É indispensável, para fins de registro e da emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I - declaração de nascido vivo - DNV;

II - declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando a técnica adotada, o nome do doador ou da doadora, com registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas, assim como o nome dos seus beneficiários;

III - certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal. (BRASIL, 2016).

Conforme já elencado no capítulo anterior, se alicerçando nas lições de Maria Berenice Dias (2015), a Declaração de Nascido Vivo (DNV) sempre é confeccionada no nome da gestante, até mesmo se tratando do procedimento da gestação por substituição, contudo, o registro do nascimento se dará no nome da mulher que de fato se manifestou interessada em assumir a maternidade. Na mesma linha, o parágrafo 2º do Art. 2º do Provimento nº 52 do CNJ elucida: “Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo -DNV.” (BRASIL, 2016).

Incontestadamente, a DNV é um documento essencial para a realização do registro de nascimento, a obrigatoriedade de exibição desta declaração já estava expressa na Lei 6.015 de 1973, ainda assim, o Provimento do CNJ reforçou sua apresentação para o registro nos casos de reprodução humana assistida. Da mesma maneira, a certidão de casamento ou documento que comprove a união estável do casal são imprescindíveis para o procedimento (BRASIL, 2016).

Todavia, a documentação exigida no inciso II do Art. 2º abre precedentes para algumas discussões. O diretor técnico da clínica em que se executou o procedimento da reprodução humana assistida, deverá emitir uma declaração

informando algumas questões referentes a técnica adotada, o nome da pessoa do doador de material fecundante e também dos favorecidos dessa concessão (BRASIL, 2016).

A necessidade de divulgação do nome do doador entra em conflito com alguns precedentes já firmados no meio social. No ordenamento jurídico brasileiro, a Resolução nº 2.121 do Conselho Federal de Medicina, apesar de ser um precedente administrativo é a única norma regulamentadora existente a respeito da reprodução humana assistida, e nela, se evidencia a proteção máximo ao anonimato do doador.

O provimento surge com uma ótima proposta, preenchendo uma área carente de normatização no ordenamento jurídico brasileiro, mas, essa pretensão de elidir o anonimato do doador não condiz em benefício de nenhuma das pessoas partícipes da relação. Por mais que o papel do doador seja fundamental para o sucesso nas técnicas de reprodução heteróloga, o mesmo não manifesta nenhum desejo de paternidade, sendo caracterizada sua doação pela finalidade filantrópica.

Diante disso, após a fecundação do óvulo pelo material fecundante de terceiro, gestação e seu conseqüente nascimento, a criança já estará inserida no plano familiar daquele casal que manifestou seu desejo em procriar, não sendo necessária a figura do doador que contribuiu de forma altruística para a concretização do sonho da paternidade de desconhecidos.

O conhecimento da identidade do doador anônimo pelo concebido, poderá gerar danos a sua integridade psíquica, e também acarretar possíveis discriminações referentes a sua forma de concepção não natural, indo contra os paradigmas do Estatuto da Criança e do Adolescente que visam preservar o melhor interesse da criança.

Outro prejuízo que o afastamento do anonimato do doador poderá vir a causar, seria o dilema do profissional da medicina em garantir o sigilo médico juramentado de seus pacientes ou revelar a identidade civil em face das disposições judiciais que requeiram a revelação. O provimento elenca ainda, em seu parágrafo 4º do Art. 2º a possibilidade ao conhecimento a ancestralidade genética:

§ 4º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida. (BRASIL, 2016).

Por este viés, se entende a necessidade da declaração médica informando os registros clínicos do doador de material fecundante, bem como, suas características fenotípicas, não só para assegurar o conhecimento a origem genética do concebido, mas também, para debelar possíveis doenças hereditárias que venham acometê-lo na decorrência do seu viver. Porém, a identidade pessoal do doador poderia ser mantida em sigilo pelo médico responsável, sua revelação não se torna necessária para se proceder com o registro de nascimento.

O Código Civil de 2002, nos incisos do Art. 1597 trouxe a menção referente a filiação na reprodução humana assistida, inclusive, trazendo à tona a possibilidade de se realizar tal procedimento mesmo após a morte de um dos cônjuges, porém, deve haver autorização expressa do falecido para utilização de seu material genético preservado (BRASIL, 2002). Levando em consideração a matéria em questão, o Provimento nº 52 do CNJ consigna o seguinte:

§ 3º Nas hipóteses de reprodução assistida post-mortem, além dos documentos elencados acima, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para o uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público. (BRASIL, 2016).

É certo afirmar que a ciência demonstrou um absurdo crescimento nos últimos 50 anos, evoluindo em uma maior proporção em comparação ao restante de sua história, além da realização do sonho paternal dos casais impossibilitados de procriar, ainda se desenvolveu a possibilidade de realizar a concepção mesmo após a morte de um dos cônjuges, mas por outro lado, essa temática alicerça um ponto delicado: a necessidade da autorização da concepção por instrumento público do *de cuius*.

Ao se analisar o Art. 1.597, inciso V do Código Civil, se verifica que a autorização se faz necessária para se presumir a paternidade do *de cuius* pela constância do casamento, e, por conseguinte, realizar o registro da criança concebida. Nesse sentido, se verifica uma extrema responsabilidade da clínica que zela pelo depósito do material genético, caso conceda esse material em prol do cônjuge sobrevivente sem a devida autorização por escrito do falecido, levará a futura concepção a uma paternidade incerta, gerando um filho sem a existência de um pai (BRASIL, 2002).

Conforme verificado neste item, o Provimento nº 52 do CNJ trouxe à tona a possibilidade de conhecimento da ancestralidade genética pela pessoa do concebido diante da doação de material fecundante de desconhecido. Porém, tornou necessária a divulgação deste doador até então anônimo, para efetuar o devido registro da criança gerada pela reprodução humana assistida heteróloga, elidindo assim, a proteção máxima do sigilo da identidade do doador defendida pelo ordenamento jurídico brasileiro. No item a seguir, será abordado o tema referente ao anonimato do doador e direito de conhecimento da identidade genética.

2.2 ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO E O DIREITO A ANCESTRALIDADE GENÉTICA

Com a evolução dos institutos da ciência genética e biológica foi possível a decifração do material genético dos seres humanos. Primordialmente, o que era irreal, tornou-se possível. Todavia, em companhia com esse desenvolvimento científico, se alavancaram situações relacionadas à identidade biológica e a identidade pessoal do indivíduo, e, por conseguinte surgiram novos questionamentos ao direito, em especial, no viés constitucional (FRAJNDLICH, 2011).

No procedimento de reprodução humana assistida heteróloga, só será possível o conhecimento de sua ancestralidade genética pela criança através do doador de material genético e de sua genitora, tendo em vista que seus genes decorrem destas pessoas. Sendo assim, o marido da mulher que fez uso de determinada técnica, desempenhará a paternidade socioafetiva, diante da inexistência de laços biológicos (BATISTA, 2015).

Ainda na área dos efeitos que sucedem a utilização da reprodução humana assistida heteróloga, aparece a temática que engloba o procedimento médico e o anonimato do doador, em face das inferências que a revelação de tais dados que condizem com a origem da filiação possam vir a causar na pessoa gestada com material genético de outra pessoa que não de seu pai ou de sua mãe (GAMA, 2003). A respeito do assunto tratado, Ana Mônica Anselmo de Amorim pontifica:

[...] o tema precisa ser abertamente discutido com a comunidade jurídica, médica e civil em geral, pois a regulamentação da inseminação humana assistida heteróloga precisa ser regulamentada prevendo com riqueza de abrangência as mais diversas possibilidades de situações conflituosas advindas da prática, desde a situação contratual que envolve o anonimato

do doador, passando pela análise sobre o direito ao conhecimento da origem genética do indivíduo, forma de prevenir relações futuras incestuosas, casos de doenças genéticas, direitos sucessórios, possibilidade de que depois do conhecimento sobre a origem genética se desenvolva também a paternidade afetiva e com isso desestruture o núcleo familiar originário, diminuição de pessoas dispostas a doar material genético, dentre tantas outras polêmicas questões. (AMORIM, 2017, p. 201).

O problema maior na utilização da técnica heteróloga é que tanto os doadores quanto os receptores não podem ter conhecimento de suas identificações, sendo assim, o receptor do material genético fecundante não possui a faculdade de conhecer quem a doou e o doador não tem conhecimento da destinação de sua doação (BATISTA, 2015).

A identidade genética está ligada ao âmbito da personalidade biológica de cada ser humano. O direito à identidade genética se despostu sendo uma prerrogativa jurídica essencial, desta maneira, o tema se vangloria de proteção constitucional. A constante evolução da biogenética, alavanca o desencadear de um novo conceito de direito constitucional, pois atinge a acepção dos vocábulos dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, ainda, levando implicações às questões da filiação (FRAJNDLICH *apud* SPAREMBERGER, 2011). Sobre o assunto, Ellye Jessye Pereira Batista ensina:

Ao falar de direito a origem genética, não pode deixar de ser comentado os direitos fundamentais e no seu principal desdobramento, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que a dignidade é inerente a todos e deve ser respeitada e protegida pelo Estado. (BATISTA, 2015, p. 15).

A premissa de conhecimento da origem genética não está ligada diretamente à presunção de filiação. Trata-se de um direito de personalidade que toda pessoa humana é detentora, na linhagem do direito à vida, pois o conhecimento de tal origem se mostra eficiente para a prevenção de doenças hereditárias que possam a vir acometer o indivíduo em questão. A filiação se desenvolve da construção afetiva entre pais e filhos, não podendo se confundir o direito da personalidade com o direito à filiação (LÔBO, 2011). Se baseando nas lições de Maria Christina Almeida, Ana Mônica Anselmo de Amorim leciona:

Toda pessoa necessita saber sua origem – trata-se de uma necessidade humana – e desenvolver sua personalidade a partir da paridade biológica, não se podendo identificar no sistema jurídico brasileiro da atualidade,

quando prevê a possibilidade de revelação da origem genética, seja em nível constitucional ou em nível infraconstitucional, um abrigo seguro do anseio de permitir à pessoa a construção de sua própria identidade. (AMORIM *apud* ALMEIDA, 2017, p. 206).

O procedimento da reprodução humana assistida heteróloga precisa ser analisado em uma forma bem particular, pois, para a realização de tal método, se faz necessário a utilização de material genético de um indivíduo diferente à sociedade familiar, como se não bastasse, ainda, o sujeito é anônimo (AMORIM, 2017). Em matéria do conhecimento da origem biológica, Namba vaticina:

Entende-se que se queira saber da origem biológica, afinal, em última análise, responde-se a uma das indagações do espírito humano, qual seja, “donde se vem”, entretanto, isso não tem relevância prática, porque, agora, repita-se, devem-se tratar todos os filhos igualmente (art. 226, § 6º, da Carta Magna e art. 1.596 do novo Código Civil). (NAMBA, 2015, p. 150).

É de notório saber que em matéria de adoção, o sigilo da origem do parentesco se fundamenta com o propósito de impedir qualquer tratamento social discriminatório às pessoas que não descendem de laços sanguíneos de seus pais, sendo tal premissa legislada na Constituição Federal. O anonimato dos pais naturais na adoção e do doador na reprodução humana assistida são de suma importância para garantir a total integração da criança no seio familiar. Sendo assim, o anonimato do doador de material fecundante e o procedimento médico e jurídico tem como objetivo primordial a proteção do melhor interesse da criança e do adolescente, evitando qualquer tipo de discriminação social (GAMA, 2003). Nesta mesma linha de pensamento, Paulo Lôbo ensina:

Como vimos sublinhando, a Constituição abandonou a primazia da origem genética ou biológica para fixar a filiação, quando desconsiderou qualquer traço da família patriarcal e exclusivamente matrimonial, quando equiparou aos filhos naturais os filhos adotados e quando atribuiu prioridade absoluta à convivência familiar. Fazer coincidir a filiação com a origem genética é transformar um fato cultural em determinismo biológico, o que não contempla suas dimensões existenciais. (LÔBO, 2011 p. 227).

No tocante a adoção, o Estatuto da Criança e do adolescente em seu Art. 48 preceitua que o adotado tem o direito de conhecer sua origem biológica, bem como, o acesso ao procedimento no qual a medida foi aplicada. Entretanto, tal premissa não se aplica à reprodução humana assistida heteróloga, diante do conflito com o anonimato do doador e do possível tratamento vexatório em razão da forma de

concepção. “Não teria sentido tratar igualmente os filhos e, de outro lado, dizer que vêm de uma “família natural” ou “família substituta”. Há filhos, advindos de “famílias”, seja qual for o móvel de sua constituição.” (NAMBA, 2015).

Em contrapartida, conforme já salientado, ao completar a maioridade, o adotado tem o direito de conhecer da sua ancestralidade genética. Por este viés, uma parcela da doutrina defende que tal premissa deve ser aplicada por analogia aos casos de filhos desenvolvidos por meio da reprodução humana assistida heteróloga (AMORIM, 2017). A respeito dos possíveis danos causados à criança fruto da inseminação, seguindo as lições de Barbosa, Ellye Jessye Pereira Batista vaticina:

A questão é tão complexa e delicada que para os psicanalistas o não conhecimento da origem genética pode gerar prejuízos incalculáveis à criança, como a dificuldade em desenvolver sua personalidade. (BATISTA *apud* BARBOSA, 2015, p. 14)

Tendo em vista a discordância doutrinária quanto ao tema, prevalece a interpretação de que há necessidade de legislação específica para regulamentação da matéria em questão, ante a sua complexidade, tendo em vista que a única forma de normatização da questão, é a Resolução do Conselho Federal de Medicina. Ademais, o conflito provocado entre os defensores da primazia do anonimato do doador de material fecundante e os apoiadores do direito à ancestralidade genética acentuam a urgência de criação de norma regulamentadora (FRAJNDLICH, 2011).

Todos os documentos referentes ao procedimento da reprodução humana heteróloga serão mantidos com impetuoso zelo pelo médico responsável, passíveis de investigação judicial se necessário. “Por linhas invertidas, a tutela legal desse tipo de concepção vem fortalecer a natureza fundamentalmente socioafetiva, e não biológica, da filiação e da paternidade.” (LÔBO, 2011).

Para que seja possível o conhecimento da origem genética do ser gerado com gametas de terceiro, se respeitando o anonimato do doador e sua identidade civil, o sistema jurídico brasileiro adota o enunciado da Resolução nº 2.121/2015 do CFM, que elenca:

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

[...]

5- As clínicas, centros ou serviços onde é feita a doação devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral,

características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente. (BRASIL, 2015).

Vale ressaltar que este possível conhecimento de sua ancestralidade genética não terá influência no atual estado de filiação da criança, pois o mesmo tem origem na construção afetiva entre pais e filhos, não levando em conta a existência ou não de laços sanguíneos. “A verdade em matéria de filiação colhe-se no viver e não em laboratório. Portanto, não se deve confundir o direito da personalidade à origem genética com o direito à filiação, seja genética ou não.” (LÔBO, 2011).

Por outro lado, alguns doutrinadores afirmaram que tal direito possa vir a confrontar com o anonimato do doador. As clínicas especializadas no procedimento da reprodução humana assistida têm a responsabilidade de resguardar a identidade do doador dos gametas, visando incapacitar futuras questões referente a paternidade e requisição de alimentos e talvez de herança (ENEIAS; SILVA, s.d.). Sobre esse embate de direitos, Alice Frajndlich pontifica:

O direito ao anonimato do doador do material genético e o direito à identidade genética do filho gerado por reprodução humana assistida são produtos de dois direitos fundamentais encontrados na Constituição Federal, quais sejam, o direito à intimidade e o direito à personalidade. Desse modo, descobrir a resposta para o choque existente entre esses dois direitos, só é possível, após a análise da solução dos conflitos envolvendo direitos fundamentais. (FRAJNDLICH, 2011, p. 17).

A questão do anonimato do doador, sem dúvidas, alavanca discussões a respeito dos casos, onde a quebra deste paradigma poderá ser adotado com o intuito de descobrimento da identidade genética, trazendo à tona o conflito constitucional de direitos, quais sejam, direito à privacidade e direito à ancestralidade genética (AMORIM, 2017).

O principal objetivo do anonimato do doador se baseia na impossibilidade de serem realizadas intromissões na vida da pessoa do doador, neutralizar pedidos de caráter financeiro, e, também, assegurar que o procedimento opere de forma eficaz. Se não houvesse a observância destas diretrizes, certamente o número de doações de material genético sofreria um decréscimo considerável (ENDRES *apud* CAHALI, 2012).

No momento atual, a Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina é o único dispositivo regulamentador na questão da reprodução humana assistida

heteróloga, na qual, está presente como condição contratual o total anonimato do doador do material genético (AMORIM, 2017). A respeito do anonimato do doador, Gama doutrina:

O sigilo da origem da filiação e o anonimato da pessoa do doador se afiguram como princípios absolutos relativamente a todas as pessoas, salvo no que pertine a própria pessoa concebida por técnica de reprodução assistida heteróloga. Como reconhece a doutrina civilista, a pessoa humana, nas suas relações em sociedade, desfruta de vários direitos que se vinculam à tutela e promoção dos valores básicos, tanto no campo individual quanto no social, que devem ser preservados para que a sociedade e as pessoas nela inseridas consigam atingir seus objetivos. (GAMA, 2003, p. 904).

Fundamenta-se o anonimato do doador pela proteção do melhor interesse da criança, sendo que a mesma já estará incluída em um vínculo familiar socioafetivo, não sendo necessário o conhecimento do seu doador. Percebe-se ainda que existe um pequeno contingente de doadores de sêmen, e essa possível revelação da identidade dos mesmos levaria a uma diminuição ainda maior desses concessores (ENEIAS; SILVA, s.d.). Sobre o procedimento de doação realizado nas clínicas especializadas, Ana Mônica Anselmo de Amorim pontifica:

Para que seja efetuada a inseminação artificial é necessário, antes de tudo, o cadastro do doador no banco de dados da clínica que será responsável pela realização do procedimento. Dessa forma, o banco de sêmen é fundamental para a proteção do material, armazenados por tempo indeterminado. Um dos destinos dos materiais genéticos guardados é o da doação anônima, ou seja, aqueles que serão utilizados pelo método de reprodução heteróloga. É confirmado no momento da doação a discrição e anonimato do doador, ficando esse ciente que sua identidade será protegida. (AMORIM, 2017, p. 203).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em sintonia com a Constituição Federal, inclui regulamentos que garantem a proteção dos melhores interesses da criança e do adolescente, impossibilitando que as pessoas tenham acesso aos dados da sua origem sanguínea nos casos de adoção, e, por consequência, da identidade dos pais naturais. Por analogia, tais instrumentos se aplicam completamente nos casos de procriação assistida heteróloga, com as referentes adaptações em face do procedimento (GAMA, 2003).

Cada doutrinador expõe um ponto de vista distinto em face do doador de gametas. Alguns vão totalmente contra a ideia do conhecimento da identidade civil do mesmo, mas defensores da premissa do conhecimento da identidade genética,

conhecimento este, que se dará através dos registros resguardados pelo médico responsável da clínica de reprodução humana assistida (ENEIAS; SILVA, s.d.). A respeito da vedação ao conhecimento genético, Ana Mônica Anselmo de Amorim, citando Maria Berenice Dias, leciona:

Na fecundação heteróloga, necessariamente há a participação de mais de duas pessoas no projeto gestacional. Diz a Resolução que, obrigatoriamente deve ser mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Uns não devem conhecer a identidade dos outros. A vedação é de todo injustificável, e visa mais proteger a irresponsabilidade do doador do que o direito do filho de conhecer sua ancestralidade, um dos atributos mais significativos do direito de personalidade. (AMORIM *apud* DIAS, 2017, p. 203).

Outros, com o intuito de incorporar a criança ao seu vínculo familiar, protegendo-se o melhor interesse da criança e o possível tratamento discriminatório devido a sua forma de concepção heteróloga, defendem a não revelação da identidade civil do doador (ENEIAS; SILVA, s.d.).

Verifica-se que, o segredo na origem, tanto do processamento judicial em face da adoção, quanto do procedimento médico nas técnicas de reprodução humana assistida visam exclusivamente a proteção integral do filho, desta forma, devem ser respeitados a relação de anonimato na relação, da pessoa do doador e do próprio casal (GAMA, 203).

Existem também aqueles que defendem que o anonimato deve ser de forma total, tanto da identidade civil quanto da identidade genética, contudo, tal proposição deve ser renunciada quando houver conflito com maiores interesses, tal como, nas hipóteses de risco de doenças advindas da hereditariedade ou até mesmo genéticas que poderiam ser prevenidas havendo-se o conhecimento da ancestralidade genética. Dessa forma, não há como proteger o anonimato do doador frente a um risco de vida da pessoa que fora concebida por meio de seu material genético, pois o direito a vida é tratado com superioridade se comparado ao anonimato do doador (GAMA, 2003). Contudo, o enunciado 111 do Conselho da Justiça Federal determina que:

A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer

será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante. (BRASIL, 2002).

Diante disso, percebe-se que há grandes posições a respeito das duas temáticas, o resguardo do anonimato do doador de material fecundante, e também, da possibilidade do reconhecimento dessa identidade em benefício do direito de conhecimento da ancestralidade genética. Ainda, é de grande valia notar, conforme assevera o enunciado, na reprodução humana assistida heteróloga não existe qualquer formação de laços parentais entre a criança gerada e o seu respectivo doador. Neste sentido, não existe desamparo de um pelo outro, tampouco a ruptura de ligação ou vínculo, se diferindo da adoção. Neste diapasão, interpretar os casos de reprodução heteróloga em analogia as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente não seria muito coerente, em razão de que a única matéria regulamentadora da questão prevê o anonimato total, mesmo sendo na esfera administrativa (AMORIM, 2017).

No tópico seguinte, será abordado o tema da evolução da jurisprudência entre os anos de 2013 a 2015, em face do registro de nascimento nas técnicas de reprodução humana assistida. O estudo se manterá às decisões anteriores a publicação do Provimento nº 52 do CNJ de março de 2016. E também, será feita a análise da norma administrativa reguladora dos procedimentos da reprodução assistida, a Resolução nº 2.121/2015 do CFM.

2.3 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E RESOLUÇÃO Nº 2.121/2015 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Conforme mencionado, anteriormente ao Provimento nº 52 CNJ, aos que consolidavam seu sonho de paternidade ou maternidade através das técnicas de reprodução humana assistida deveriam interpor um pedido judicial requerendo autorização para se consignar o registro de nascimento de seu filho, a dificuldade para tal pretensão se agravava ainda mais em face dos casais homoafetivos.

Apesar do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar em 2011 pelo Supremo Tribunal Federal, não se havia legislação pertinente a respeito de que como se proceder na questão do registro de nascimento pelo fato de haver dupla maternidade ou dupla paternidade.

Diante disso, um casal homoafetivo feminino, em face do nascimento de sua filha através da reprodução assistida heteróloga com o uso de material genético de doador anônimo e a posterior gestação do feto no útero de uma delas, postulou judicialmente o pedido com o intuito da concessão de autorização para se constar a dupla maternidade no registro de nascimento.

Todavia, sua pretensão em 1ª Instância foi julgada improcedente, e, assim sendo, foi interposto recurso de Apelação para a Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a fim de reformar a decisão e conceder a autorização de registro. No dia 07 de agosto de 2013, o órgão judicial mencionado analisa e procede com o julgamento do recurso, restando explanado o seguinte entendimento:

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, 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. (RIO DE JANEIRO, 2013).

No caso em tela, se verifica que as apelantes viviam em união estável homoafetiva acertadamente registrada. Diante do exercício do seu direito ao planejamento familiar, como também, do uso das técnicas de reprodução humana assistida com uso de sêmen de doador desconhecido, o casal resolveu conceber o seu primeiro filho, o qual, se gestou no útero de uma delas. Acontece que na certidão de nascimento só se procedeu no nome desta que sucedeu com o parto, sendo inexistente a menção do nome da outra mãe no registro (RIO DE JANEIRO, 2013).

Vários foram os argumentos sustentados pelo órgão judicial para ceder ao pedido das apelantes, um deles foi a ligação ao vínculo da socioafetividade, tendo em vista a evolução legislativa brasileira, o laço de consanguinidade (representado pela parturiente no caso em questão) não é mais indispensável para o reconhecimento da filiação, neste sentido, a constância do nome da outra mãe diante da contribuição para a existência física desta criança, deveria ser incluído ao registro baseando-se na concretização do vínculo socioafetivo (RIO DE JANEIRO, 2013).

Além do mais, negar a pretensão de tal pedido, iria contra vários princípios institucionalizados pela Constituição Federal de 1988, como a dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e também da garantia do planejamento familiar responsável (RIO DE JANEIRO, 2013). Tais preceitos, são sustentados no voto do Desembargador Relator Luciano da Silva Barreto, através da seguinte transcrição:

Perlustrando a legislação pátria, não se encontra autorização expressa a amparar a pretensão das requerentes, porém, a meu sentir, a hipótese ventilada nestes autos não deve ser resolvida com a lei, mas com uma interpretação dos fatos trazidos diante da Constituição Federal, que, como se sabe, está no ápice da pirâmide de Hans Kelsen, ou seja, todas as leis estão subordinadas a um conjunto hierarquizado de normas jurídicas, sendo a mais importante delas a Constituição.

Nesse diapasão, o artigo 1º, inciso III, da CRFB consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento de nossa República.

A seu turno, o artigo 3º, inciso IV, da Carta Magna, elege como objetivo fundamental: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (grifou-se).

Igualmente, o artigo 5º, caput, proclama a liberdade e a igualdade de todos perante a lei, “sem distinção de qualquer natureza”.

Nesta toada, deve-se interpretar os dispositivos constitucionais acima no sentido de que há discriminação em se negar que duas mulheres, que vivem em união estável homoafetiva e que contribuíram para a existência física de uma criança, não possam ser consideradas genitoras. (RIO DE JANEIRO, 2013).

Também é possível vislumbrar nesta decisão a defesa do princípio do melhor interesse da criança, esculpido no Estatuto da Criança e do Adolescente, que, havendo a dupla maternidade, a criança terá duas pessoas que de fato auxiliaram para a sua geração, e na falta de uma delas, a outra continuará legalmente responsável (RIO DE JANEIRO, 2013). Tendo em vista o rol argumentativo, ao final do voto do relator se constou o seguinte translado:

Assim, as duas requerentes serão realmente as guardiãs da criança.

À vista do exposto e a livre manifestação das partes e os requisitos exigidos pelos artigos 29, inciso I, e 50 a 66, da Lei nº 6.015/73, e nos termos do Decreto nº 7.231/2010, voto no sentido de se conhecer do recurso e

reformular a sentença, para autorizar o registro da criança em nome das duas requerentes, constando também os nomes de todos os avós de cada uma das requerentes no respectivo registro. (RIO DE JANEIRO, 2013).

Outro caso semelhante foi consolidado perante a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, mediante o Agravo de Instrumento nº 70052132370, tendo como Relator o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Nesta feita, Patrícia e Fernanda, através do uso das técnicas de reprodução humana assistida, conceberam a pequena Antônia. Para realização do procedimento, foram utilizados os óvulos de Patrícia, fecundados com gameta masculino de doador anônimo e, por conseguinte, o embrião foi implantado no útero de Fernanda para se proceder com a gestação (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

O casal, ainda durante a gestação, realizou o pedido para o reconhecimento da dupla maternidade, desejo concedido pelo órgão judicial de 1º grau, todavia, juntamente com esta concessão, também se determinou que a menor fosse inclusa no polo passivo, juntamente com a nomeação de um curador especial. Ainda, foi ordenada a citação do laboratório que realizou o procedimento, bem como, do doador de material genético afim de garantir o direito de Antônia ao conhecimento de sua ancestralidade genética (RIO GRANDE DO SUL, 2013). Inconformadas, o casal recorreu da decisão, restando consolidada a seguinte decisão:

Agravo de instrumento. Pedido de registro de nascimento deduzido por casal homoafetivo, que concebeu o bebê por método de reprodução assistida heteróloga, com utilização de gameta de doador anônimo. Decisão que ordenou a citação do laboratório responsável pela inseminação e do doador anônimo, bem como nomeou curador especial à infante. Desnecessário tumulto processual. Inexistência de lide ou pretensão resistida. Superior interesse da criança que impõe o registro para conferir-lhe o status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que lhe concebeu. 1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado. 2. Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade - e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício. 3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a

manutenção das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade. 4. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. Deram provimento. Unânime. (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Diante dos fatos, o Desembargador julgou desnecessária a citação do laboratório responsável pelo procedimento e do doador anônimo de material genético, como também, a nomeação de curador especial à menor, devido a inexistência de lide no processo. Ainda, exigir a citação do doador iria contra os paradigmas do anonimato adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro, podendo ocasionar uma queda brusca nos indivíduos que de forma altruística cedem os seus genes (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Já a proteção do direito ao conhecimento da origem genética da menor se configura como um direito da personalidade, não podendo ser executado por terceiros. Tal premissa, só poderá ser buscada por aquele que pretende elucidar sua ancestralidade após atingir sua maioridade e se concretizará através dos dados clínicos guarnecidos pelo laboratório responsável referentes a identidade do doador de material fecundante. Sendo assim, não há necessidade de citação do laboratório e do doador para integração do processo, muito menos a nomeação de curador especial à concebida, pois esta, poderá buscar futuramente sua ancestralidade genética se assim desejar (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Ao fim, tendo em vista o melhor interesse da criança respaldado pelo ECA, e a concretização dos laços socioafetivos que se desenvolveram através do planejamento familiar responsável que se consolidou pelas técnicas de reprodução humana assistida, foi dado provimento ao recurso por unanimidade, restando a determinação de que o registro da concebida se consolide com o nome de ambas as genitoras e afastando todas as demais imposições estabelecidas pelo órgão de 1º grau pela sua desnecessidade (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Outra decisão que merece análise versa sobre o desconhecimento que paira sobre as técnicas de reprodução humana assistida. Neste caso, um casal homoafetivo masculino teve decretada a dupla paternidade no registro de seu filho que fora gestado pela irmã de um deles com a utilização de seus óvulos, que após a realização do parto, renunciou ao poder familiar sobre a infante através de escritura pública (SANTA CATARINA, 2015).

Diante de tais fatos, o Ministério Público se manifestou através de apelação com o intuito de anular a decisão de 1º grau pela fundamentação de que o caso em tela se tratava de uma adoção unilateral, pois se tinha o conhecimento da doadora do material genético, e assim sendo, haveria uma incompetência do juízo (SANTA CATARINA, 2015). Observa-se a decisão da Apelação Cível nº 2014.079066-9, conduzida pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Apelação cível. Ação declaratória de dupla paternidade. Sentença de procedência. Método de reprodução heteróloga assistida que utilizou gameta doado pela irmã de um dos autores, que também gestou a criança. Registro de nascimento da menor constando os nomes do casal homoafetivo como seus pais. Insurgência do ministério público. Pretendida nulidade da sentença, por incompetência do juízo e porque não lhe fora oportunizada a manifestação sobre o mérito. Alegação de que o feito deveria versar sobre adoção, em razão de o gameta não ter sido doado por pessoa anônima, o que determinaria a competência da vara da infância e juventude. Insubsistência. Parquet que, ao proclamar a incompetência do juízo, se manifestou sobre o mérito da demanda, opondo-se ao pleito, tese encampada depois pela procuradoria. Inexistência de óbice legal ao atendimento do pedido. Doadora do gameta que, após o nascimento da criança, renunciou ao poder familiar. Melhor interesse da criança que deve preponderar sobre formalidades, aparências e preconceitos. Pedido de antecipação da tutela realizado em contrarrazões. Imediata emissão da certidão de nascimento da infante, que se encontra, até o momento, desprovida do registro. Possibilidade. Requisitos do art. 273 do diploma processual preenchidos. Recurso desprovido. (SANTA CATARINA, 2015).

Após a análise do que fora exposto, o Relator Domingos Paludo procede seu voto. Se baseando nos conceitos doutrinários de Maria Berenice Dias, o Desembargador afasta totalmente a hipótese de que o caso em questão se trata de uma adoção, pois, não houve qualquer abandono ou desamparo da genitora para com sua concepção, de acordo com os autos, apenas houve um ato altruístico da gestante a fim de concretizar o plano familiar desejado pelo casal em questão (SANTA CATARINA, 2015).

Durante todo o processo, o Ministério Público sustentou a tese de que os pais biológicos da infante seriam o membro do casal que concedeu seu material genético

juntamente com a mulher que doou seus óvulos e procedeu com a gestação, sendo assim, o caso deveria ser visto como uma adoção unilateral, acarretando a incompetência do juízo (SANTA CATARINA, 2015).

Tal premissa não foi acolhida pelo julgador, mesmo sendo conhecida a identidade da doadora dos óvulos, a esta não deve ser concedida a maternidade, pois não apresenta poder familiar em relação a concebida e, ainda, conforme laudo psicológico, a gestante não se considera mãe da infante. Diante disso, não se pode cogitar a hipótese de adoção unilateral e incompetência de juízo, tampouco negar a pretensão de dupla paternidade requerida pelo casal, que concretizou a implementação de seu plano familiar mediante as modernas técnicas de reprodução humana assistida (SANTA CATARINA, 2015).

Diante das provas existentes no processo, se verifica que os autores são companheiros, e que ambos concordaram pelo uso da técnica heteróloga de reprodução e também pela utilização da gestação por substituição. O conhecimento da identidade da doadora dos óvulos não refuta a ideia da pretensão da dupla paternidade, pois já é sabido que os vínculos familiares não dependem exclusivamente dos laços biológicos. A questão da configuração do parentesco por vínculos socioafetivos deve ser observada, pois é nítido a relação de afeto do casal que não mediu esforços para idealizar o seu projeto familiar (SANTA CATARINA, 2015).

Assim sendo, em consonância com o princípio do melhor interesse da criança, o relator impõe que se proceda com a dupla paternidade no registro da criança sem qualquer menção a gestante por substituição e também defende a tese de que nenhuma formalidade processual deve vencer quando em conflito com o direito da criança. Ao fim, rechaça o efeito suspensivo do recurso e decreta a expedição da certidão de nascimento da concebida com o nome de ambos os genitores, tornando assim, intacta a decisão de 1º grau (SANTA CATARINA, 2015).

Atualmente, o ato sexual não é mais condição para a concepção de um filho, apenas é necessário o material genético masculino (sêmen), material genético feminino (óvulo) e um útero para se proceder com a gestação. Por sua vez, a legislação brasileira não conseguiu acompanhar tal evolução que se desencadeou a passos largos, porém, tendo como exemplo o Provimento nº 52 de 2016 do CNJ, lentamente as questões relacionadas as técnicas de reprodução humana assistida estão sendo regulamentadas.

Conforme salientado anteriormente neste estudo, a Resolução 2.121 do CFM publicada em 24 de setembro de 2015, é uma norma administrativa que foi instituída com a finalidade de regular as normas éticas que deverão ser empregadas pelos médicos que se incumbirem de realizar o procedimento de reprodução humana assistida em seus pacientes (BRASIL, 2015). Tal norma se alicerçou nos seguintes princípios:

I - PRINCÍPIOS GERAIS

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

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

3 - As exceções ao limite de 50 anos para participação do procedimento serão determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos.

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

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

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

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

8 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária. (BRASIL, 2015).

Por se tratar de uma situação complexa que envolve a manipulação genética, o Conselho Federal de Medicina se utilizou de um vasto repertório de princípios para regular a conduta ética dos médicos e garantir o sucesso dos procedimentos de reprodução humana assistida (BRASIL, 2015).

As técnicas de reprodução humana assistida só poderão ser utilizadas nas pacientes desde que haja de fato a possibilidade de concretização da gestação, e que tanto a gestante quanto a futura criança, estejam isentas de qualquer situação que possa ocasionar danos a sua saúde ou integridade (BRASIL, 2015).

Verifica-se também, que a norma estabeleceu uma idade limite para as mulheres que tenham interesse em se utilizar destas técnicas, sendo os 50 anos de idade a condição máxima. Todavia, há uma exceção a esta regulamentação, o médico responsável pelo procedimento poderá operar nos casos de mulheres que superem a idade determinada, desde que faça o esclarecimento detalhado dos possíveis riscos esperados de uma gravidez tardia e a paciente assuma juntamente com ele a responsabilidade (BRASIL, 2015).

Apesar da existência de uma recomendação médica informando que se trata de gravidez de risco aquela que ultrapasse os 40 anos de idade da gestante, esta recomendação condiz com as concepções advindas de forma natural através do ato sexual, na qual, serão utilizados biologicamente os óvulos da gestante.

A Resolução 2.121/2015 certamente estende a possibilidade de gestação aos 50 anos pelo fato de que estas pacientes poderão utilizar as doações do banco de óvulos, pois o sucesso da gravidez não está relacionado diretamente à condição do útero da gestante, e sim pela situação dos óvulos, tendo em vista que a idade máxima para a doação altruística de óvulos é de 35 anos. Assim, a implementação do embrião fecundado por meio de doações, aumentará a probabilidade de sucesso na concepção da paciente em questão mesmo estando na faixa etária dos 50 anos (BRASIL, 2015).

É de suma importância elencar que todas os partícipes envolvidos no procedimento da reprodução humana assistida deverão acordar com as condições, por escrito, após uma explicação detalhada pelo médico dos fatos e dos detalhes biológicos, jurídicos e éticos. Tal normatização surge sem dúvida, com a finalidade de evitar quaisquer embates e discussões a respeito da filiação que se originará através desta forma de concepção (BRASIL, 2015).

O princípio de nº 5, estampado na Resolução, pode ser considerado como o mais significativo. A manipulação genética é uma questão um tanto quanto delicada, não estabelecer limites a este manejo, alavancaria sérios problemas, oferecendo ao médico o poder de “brincar de Deus”, podendo estabelecer o sexo biológico da futura concepção, a cor dos olhos ou até mesmo outra característica biológica,

levando esta criança ao estado de coisa, pois se trataria de um “filho por encomenda”.

Neste sentido, a proibição deste tipo de manipulação genética alcança um viés primordial na aplicação das técnicas de reprodução humana assistida, contudo, é permitido a alteração dos genes com o objetivo de evitar doenças futuras que possam acometer a criança (BRASIL, 2015). Porém, esta permissão pode gerar uma certa reflexão: autorizar a remoção genética destas possíveis doenças, levaria o embrião artificialmente fecundado a um patamar com maior expectativa de vida, tendo assim, certa “vantagem” se comparado as concepções advindas de forma natural. As regulamentações a respeito das doações de gametas, estão explanadas no item IX da resolução:

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

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

3 - A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem.

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

5 - As clínicas, centros ou serviços onde é feita a doação devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente.

6 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes.

7 - A escolha dos doadores é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que o(a) doador(a) tenha a maior semelhança fenotípica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

8 - Não será permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas, unidades ou serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

9 - É permitida a doação voluntária de gametas masculinos, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido (BRASIL, 2015).

Seguindo os mesmos moldes da gestação por substituição, a doação voluntária de gametas não apresenta caráter remuneratório, deverá ser realizado de livre e espontânea vontade e de forma gratuita. Ainda, o doador não deve conhecer

a identidade da pessoa que se beneficiou do seu ato altruístico, a mesma regra se aplica na pessoa do beneficiado em face do doador (BRASIL, 2015).

Esta premissa de anonimato do doador é corretamente defendida pela Resolução, a revelação da identidade desta pessoa só traz malefícios para os envolvidos no procedimento. Ainda, os maiores danos podem recair sobre a pessoa do concebido, que, apesar de já estar incluído em um vínculo familiar alicerçado nos laços do afeto, saberá que sua existência biológica se concretizou pelo ato de um terceiro, podendo assim, ocasionar conturbações psicológicas a respeito da sua forma de concepção (BRASIL, 2015).

É possível verificar a preocupação desta normatização em garantir um número muito baixo de concepções em uma área de um milhão de habitantes que se originem através de um mesmo doador. Esta preposição é de grande valia, não estabelecer um limite de gestações originadas do mesmo doador em determinada região, futuramente, possibilitaria a existência de relacionamentos conjugais entre estas concepções, e, conforme já postulado pela ciência, casais que portam os mesmos laços sanguíneos apresentam maiores chances de originar filhos com algum tipo de problema genético (BRASIL, 2015).

Não é permitido aos médicos, funcionários ou qualquer pessoa que tenha vínculo com a clínica, em participar como figura do doador nas técnicas de reprodução humana assistida. Ao médico assistente, é incumbida a função de escolha do doador que porte uma semelhança fenotípica mais ampla com a paciente, bem como, uma maior chance de similaridade (BRASIL, 2015).

Desta maneira, se verifica o poder que a medicina exerce no território nacional, que, devido a inércia do ordenamento jurídico brasileiro em regular a matéria, o Conselho Federal de Medicina postula a Resolução nº 2.121/2015 com a finalidade de normatizar a conduta ética médica a ser seguida nos procedimentos de reprodução humana assistida.

Diante disso, se verifica a necessidade urgente da criação de lei específica que regulamente esta atividade que tanto contribuiu para o Direito de Família. Não é admissível que uma questão tão complexa que lide com a criação de novas vidas humanas careça de regulamentação.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa se desenvolveu à volta dos conceitos de filiação no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, nos casos de utilização de alguma das técnicas de reprodução humana assistida. Outro ponto fundamental do estudo foi a análise da questão da gestação por substituição, técnica vulgarmente denominada de “barriga de aluguel”.

No primeiro capítulo foi desenvolvido um estudo doutrinário a respeito da filiação na sociedade contemporânea, trazendo à tona questões relativas aos princípios constitucionais da igualdade dos filhos e da dignidade da pessoa humana. Também, se procedeu com o exame das espécies de filiação, que apresentam apenas condição ilustrativa, pois como demonstrado, todos os filhos são iguais em direitos e deveres. Findando o capítulo, a pesquisa se direcionou a análise da utilização da gestação por substituição por aqueles impossibilitados de procriar através da maneira natural.

No segundo capítulo e último capítulo, foi realizado o exame a respeito da Filiação no Registro Civil de Pessoas Naturais, situação que se regulamenta através da Lei nº 6.015 – Lei dos Registros Públicos, que a partir do Art. 50 legisla as questões pertinentes ao registro de nascimento, bem como, a publicação em 2016 do Provimento nº 52 do CNJ, que passou a tratar dos registros perante a utilização das técnicas de reprodução humana assistida. Também se realizou a pesquisa referente ao conflito do direito de conhecimento da ancestralidade genética em face ao anonimato do doador.

Por fim, foi realizado um estudo das decisões judiciais entre os anos de 2013 a 2015, anteriores a publicação do Provimento nº 52 do CNJ, referente ao registro de nascimento dos concebidos por técnicas de reprodução humana assistida, bem como, o exame da Resolução nº 2.121/2015 do CFM, norma administrativa que possui o poder de regular as questões da reprodução humana assistida no ordenamento jurídico brasileiro.

Os estudos a respeito da temática devem continuar, não apenas na área da filiação. A matéria também abre precedentes para pesquisas melhores aprofundadas

no campo do Direito Sucessório, como também, os fatos relevantes a criopreservação de gametas ou embriões. Têm-se ainda, a expectativa de que o presente trabalho monográfico possa contribuir em prol desses futuros estudos.

Diante do exposto, se verifica que a ciência progrediu de maneira espantosa nos últimos anos, especialmente no campo da manipulação genética, atingindo altos níveis de sucesso mediante o uso das técnicas de reprodução humana assistida, tornando possível o sonho da paternidade e maternidade para aqueles impedidos de procriar. Todavia, o campo do Direito não conseguiu seguir esta constante evolução, tendo que se utilizar atualmente de uma norma administrativa para regular a questão.

A Resolução nº 2.121/ 2015 do CFM apresenta uma boa proposta, regular as questões referentes a manipulação genética nos casos da fecundação artificial devido a inércia do ordenamento jurídico, porém, este texto deve ser visto apenas como medida parcial de normatização. Não é razoável ao campo jurídico que se valha de uma norma administrativa para legislar sobre um tema tão delicado e complexo que é a reprodução humana assistida.

Não estabelecer regras e até mesmo punições aos que atentem contra as diretrizes da ética e da moral, possibilita que as crianças geradas pelas técnicas de reprodução humana assistida atinjam o estado de coisa, não fazendo valer o princípio máximo constitucional da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, se salienta a urgência em criação de norma específica que legisle sobre a matéria. As técnicas, procedimentos, condutas éticas, estado da filiação, gestação por substituição e todos os demais dilemas que compõe as técnicas de reprodução humana assistida deve constar nesse texto de lei para se garantir a proteção dos princípios fundamentais da Constituição Brasileira, em especial, a dignidade da pessoa humana e o planejamento familiar responsável. Procrastinar esta elaboração, só acarretará em problemas sociais de difícil solução, ou pior, problemas que não exista solução.

REFERÊNCIAS

ANVISA [Site Institucional]. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/relatorio-revela-numeros-sobre-reproducao-assistida-em-2013/219201/pop_up?_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_viewMode=print&_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_languageId=en_US%3E>. Acesso em: 12 outubro 2017.

BATISTA, Ellye Jessye Pereira. **O Direito À Identidade Genética Versus O Direito Ao Anonimato Do Doador Na Inseminação Heteróloga**. Aracaju, 2015. Disponível em:<<http://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/1232/O%20DIREITO%20C3%80%20IDENTIDADE%20GEN%20C3%89TICA%20VERSUS%20O%20DIREITO%20AO%20ANONIMATO%20DO%20DOADOR%20NA%20INSEMINA%20C3%87%20C3%83O%20HETER%20C3%93LOGA.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 11 de outubro de 2017.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

_____. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

_____. **Lei nº 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Lei de Registros Públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 22 de outubro de 2017.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso De Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **O Biodireito e as Relações Parentais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

DE AMORIM, Ana Mônica Anselmo. **Pensando Em Família: Uma Visão Contemporânea Dos Direitos Das Famílias E Das Sucessões**. Tomo I. Mossoró: Edições UERN, 2017.

DE MEDICINA, Conselho Federal. **Resolução nº 2.121**, de 24 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

DE JUSTIÇA, Conselho Nacional. **Provimento nº 52**, de 14 de março de 2016. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 22 de outubro de 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais Ltda, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DOS SANTOS, Reinaldo Velloso. **Introdução ao Direito Notarial e Registral**. Porto Alegre: Fabris, 2004.

ENDRES, Melina Gruber. **A Prerrogativa Do Anonimato Do Doador Em Contraposição À Busca Da Identidade Biológica À Luz Do Princípio Do Melhor Interesse Da Criança E Do Adolescente**. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/melina_endres.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

ENEIAS, Miria Soares; SILVA, Priscilla Alves. **Inseminação Artificial Heteróloga: o reconhecimento da origem genética à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://imepac.edu.br/oPatriarca/v3/arquivos/trabalhos/ARTIGO03MIRIA.pdf>>. Acesso em: 17 de outubro de 2016.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e Suas Consequências nas Relações de Família**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

FRAJNDLICH, Alice. **Identidade Genética E Intimidade Do Doador: A Problemática Da Reprodução Humana Assistida**. Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_2/alice_frajndlich.pdf>. Acesso em: 11 de outubro de 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forenses Ltda, 2011.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRÓ-CRIAR [Site Institucional]. Disponível em: <<http://www.procriar.com.br/historia-da-reproducao-assistida>>. Acesso em: 12 outubro 2017.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível, nº 00177955220128190209 RJ 0017795-52.2012.8.19.0209**. Relator(a): BARRETO, Luciano Silva, Vigésima Câmara Cível. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117603139/apelacao-apl-177955220128190209-rj-0017795-5220128190209>>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. **Agravo de Instrumento, nº 70052132370**. Relator(a): SANTOS, Luiz Felipe Brasil, Oitava Câmara Cível. Rio Grande do Sul. 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/2783/Registro%20de%20nascimento.%20Reprodu%C3%A7%C3%A3o%20assistida%20heter%C3%B3loga>>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forenses, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça de. **Apelação Cível, nº 2014. 079066-9**. Relator(a): PALUDO, Domingos, 1ª Câmara Cível. Santa Catarina, 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/3490/Dupla%20paternidade.%20Reprodu%C3%A7%C3%A3o%20heter%C3%B3loga%20assistida.%20Possibilidade>>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forenses, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.