

DA DECADÊNCIA DA PRESUNÇÃO “MATER SEMPER CERTA EST”
THE DECLINE OF “MATER SEMPER CERTA EST” PRESUMPTION

Carlos José Cogo Milanez¹

<http://lattes.cnpq.br/9423456257815179>

Tatiana Richetti²

<http://lattes.cnpq.br/1419928867607198>

RESUMO: O desejo de procriar sempre esteve presente na humanidade, cuja preocupação com a perpetuação da espécie provocou o avanço das tecnologias de reprodução humana assistida para driblar a infertilidade e a esterilidade. Em que pese a ausência de legislação específica no Brasil, a Constituição da República de 1988 contemplou o direito ao planejamento familiar, regulamentado pela Lei 9.263/1996. O direito à reprodução humana assistida está amparado ainda pelo princípio da dignidade da pessoa humana que consiste no núcleo essencial dos direitos humanos. As técnicas de reprodução humana surgem como meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de procriar e devem estar adequadas ao caso concreto, ao método mais eficaz e menos danoso. O tema abordado no presente estudo trata da reprodução assistida do tipo heteróloga, especialmente da maternidade de substituição ou também chamada de cessão temporária de útero, que consiste em apelar a uma terceira pessoa para que assegure o estado de gestação quando o útero da interessada não possui condições de desenvolvimento normal do embrião. A resolução n. 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina, única norma deontológica que trata do assunto, impõe que a prática da maternidade de substituição não tenha caráter comercial e define que a gestante substituta deve pertencer a família da doadora em até segundo grau. A utilização desta técnica, cuja indicação deve ser restrita a casos extremos, suscita discussões em razão da dificuldade de se estabelecer a maternidade-filiação, cujo critério era até então biológico, preponderando a presunção *mater semper certa est*, segundo a qual, mãe é aquela que gesta e dá à luz e, hodiernamente encontra-se decadente já que a maternidade deve nortear-se pela vontade daquele que idealizou o projeto parental. Assim, o critério para se definir o vínculo parental fundamenta-se na vontade livre e consciente do ser humano, pois, no caso de maternidade de substituição, o fator biológico é insuficiente para estabelecer a relação de parentesco.

Palavras-chave: Reprodução assistida; cessão temporária do útero; definição da maternidade.

ABSTRACT: The desire to procreate has always been present in the humanity, whose concern with the perpetuation of the species led to the development of human assisted reproduction technologies to circumvent infertility and sterility. Despite the absence of specific legislation in Brazil focusing the subject, the 1988's Constitution included the right to family planning, with special regulation in the Law 9.263/1996. The right to human assisted reproduction is still supported by the principle of human dignity which is the base of the human rights. The human reproduction techniques emerge as a legitimate mean of satisfying the desire to

¹ Advogado em Bela Vista do Paraíso - PR, especialista em direito pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Paraná, mestrando em ciências jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá - CESUMAR, professor de Direito e Processo Penal da Universidade Estadual de Londrina e Faculdade Arthur Thomas.

² Advogada em Maringá - PR, especialista em direito pela Universidade Católica Dom Bosco - UCDB, mestranda em ciências jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá - CESUMAR.

procreate and therefore must be appropriate to each circumstance, by the most effective and least harmful way. The present study is related with the “heterologous” type of assisted reproduction, of surrogacy especially, also called as temporary transfer of the uterus, which consists in to appeal a third person to ensure the state of pregnancy when the interest person’s uterus doesn’t have the conditions to provide a normal development of the embryo. The resolution n.º 1957/2012, of the Federal Council of Medicine - the only professional conduct rule about the subject - , requires that the practice of surrogacy mustn’t have a commercial character and defines that the surrogate pregnant must be part of the donor family, within the second degree. Using this technique, whose indications must be restricted in extreme cases, creates discussions because of the difficulty to establishing maternity-affiliation, which the criteria was previously biological, prevailing the *mater semper certa est* presumption, which to, mother is the one who gestates and gives birth, and in our times is decaying because motherhood should be guided by the will of who conceived the parental project. Therefore, the criterion to define the parental bond is based on a free and conscious will of the human being, as in the surrogacy case, where the biological factor is insufficient to establish the parental relationship.

Keywords: Assisted reproduction; temporary transfer of the uterus; definition of motherhood.

INTRODUÇÃO

A infertilidade e a esterilidade são problemas que sempre afligiram a humanidade, que há muito tempo se preocupa em garantir a perpetuação da sua espécie. Para driblar estes males, a área médica avançou vertiginosamente proporcionando inúmeras técnicas de reprodução humana assistida a fim de tornar possível a tão sonhada e desejada procriação.

O direito, todavia, não conseguiu acompanhar a velocidade dos progressos da medicina, pois, ainda não há no Brasil uma legislação específica regulamentando a reprodução humana assistida, o que tem provocado complicações jurídicas decorrentes da utilização destas técnicas. Projetos de leis tramitam no Congresso Nacional desde 1993, sendo que atualmente aguarda-se aprovação do projeto de Lei n. 1184/2003 que se encontra na Câmara dos Deputados para despacho de relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. A única norma existente acerca do assunto é a Resolução n. 1957/2010 que revogou a Resolução n. 1358/1992 ambas do Conselho Federal de Medicina – CFM.

A atual Constituição Federal, no entanto, contempla o direito ao planejamento familiar, que se encontra disposto no § 7º, do art. 226, regulamentado pela Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

Pode-se dizer ainda que as técnicas de reprodução humana assistida surgem como meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de procriar em benefício de pessoas estéreis ou inférteis. Este direito está amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Frise-se que as técnicas de reprodução humana assistida devem ser adequadas ao caso concreto, de modo que sejam mais eficazes e menos danosas aos embriões e àqueles que delas se socorrem.

Serão analisadas no presente trabalho algumas técnicas de reprodução assistida com maior ênfase à inseminação artificial (intracorpórea) e a fertilização *in vitro* (extracorpórea), que podem ocorrer nas formas homólogas e heterólogas de reprodução, dando-se especial enfoque à cessão temporária de útero ou maternidade de substituição, na qual uma mulher estranha ao casal irá gestar a criança que poderá resultar ou não do material fecundante do casal solicitante.

Do mesmo modo, serão analisados os inúmeros problemas decorrentes da ausência de legislação específica, especialmente, as consequências da filiação advindas da utilização da maternidade de substituição (cessão temporária de útero), uma vez que a participação de um terceiro, neste caso a mãe gestacional, acaba desafiando o até então irrefutável conceito de maternidade decorrente da presunção *mater semper certa est*, na medida em que, por esta presunção, mãe seria aquela que emprestou seu útero, recebendo o embrião do casal para gestá-lo. Todavia, nestes casos, o raciocínio norteador deverá seguir o mesmo da procriação carnal, substituindo a relação sexual pela vontade de conceber, ou seja, pela idealização do projeto parental e pela afetividade, quando então, a mãe seria considerada aquela que forneceu o material genético, ou simplesmente aquela que almejou a criança.

A importância do tema evidencia-se uma vez que diante da utilização da técnica de cessão temporária de útero, o critério biológico torna-se insuficiente para a determinação da filiação, sendo necessário o reconhecimento da chamada parentalidade socioafetiva, que não implica no desprezo do liame genético, mas decorre principalmente do afeto ou da idealização do projeto parental, resultando, assim, na decadência da presunção *mater semper certa est*, o que é demonstrado por meio dos métodos teórico e estatístico.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Em todas as gerações, relatos históricos demonstram fatos que revelam a grande preocupação do homem em garantir a perpetuação da sua espécie. Os mitos a respeito da esterilidade surgidos nos povos antigos, e as citações sobre infertilidade, contidas nos textos

bíblicos, deixam clara a importância do assunto, que foi motivo de investigação durante toda a história humana³.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite “a mulher estéril era encarada como ser maldito, podendo ser banida do convívio social, o que justificava em Roma, o repúdio de seu marido, rejeição institucionalizada”.⁴

Era, pois, muito comum a esterilidade provocar a desagregação da família em face do sentimento de incompetência, frustração, culpa, inferioridade, angústia pelo fracasso no projeto parental, principalmente o de perpetuação dos membros da família, quando o biologismo era tido como a única forma de concretizá-lo⁵.

Daí se verifica a importância da reprodução humana assistida que teve início com as inseminações artificiais por volta dos anos de 1790, cujas técnicas são similares às formas utilizadas para a reprodução bovina⁶.

No último século, os avanços na área médica ocorreram de forma bastante veloz, causando perplexidade na medida em que os conceitos de vida, morte, procriação foram profundamente afetados com o poder que as novas técnicas e tecnologias proporcionaram ao homem de interferir nestes processos⁷.

O impacto destes avanços da ciência médica foi tão expressivo que impulsionou o surgimento do Biodireito.

Os avanços biotecnológicos que possibilitaram a procriação artificial provocaram transformações no meio familiar, em relação ao direito natural de ter-se um filho⁸. Toda essa situação motivou o aparecimento de uma nova visão familiar na maioria dos continentes, isto é, nas características sociais e no tratamento jurídico, sendo que no Brasil, houve um alargamento do modelo familiar, estabelecendo-se, nas Constituições, por exemplo, alicerces em relação à união estável e monoparental⁹.

O tradicional conceito de filiação consagrado no Código Civil de 1916, como sendo a maternidade e a paternidade biológica, em razão do desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, esta cedendo espaço para a verdadeira parentalidade que pode decorrer

³ MACHADO. Maria Helena. *Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 28.

⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 18.

⁵ FERRAZ. Ana Carolina Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família. a filiação e a origem genética sob a perspectiva da responsabilização*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 40.

⁶ MACHADO. Maria Helena. *Ob. Cit.* p. 29.

⁷ FERRAZ. Ana Carolina Brandão de Barros Correia. *Ob. Cit.*, p. 17.

⁸ CRUZ. Ivelise Fonseca da. *Efeitos da reprodução humana assistida*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 6.

⁹ CAMARGO. Juliana Frozel. *Reprodução humana: ética e direito*. Campinas: Edicamp, 2003, p. 4-5.

ou não do fator biológico, mas que está especialmente assentada num ato de vontade, formado por laços de afeto e igualdade que passaram a existir entre os membros familiares.

A presunção da maternidade, *mater semper certa est*, que sempre foi considerada por sinais exteriores inequívocos, tais como a gestação e o parto, baseada no fator biológico agora sofre mudanças, especialmente em decorrência da maternidade de substituição, porquanto, a maternidade pode ser distribuída a mais de uma mulher, a que deseja a maternidade em si, mas não tem a possibilidade de engravidar e aquela que, de fato, gestará a criança¹⁰.

Com efeito, a família atualmente pode ser constituída por formas diversas da concepção tradicional, onde os filhos eram frutos de relações sexuais havidas entre o homem e a mulher e transcendendo os limites naturais, utiliza-se dos conhecimentos científicos para gerar vidas, por meio da reprodução humana assistida, reconhecendo-se, assim, a filiação sócio-afetiva.

2 DO DIREITO À MATERNIDADE POR MEIO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O desejo da mulher ou do próprio casal, em conceber naturalmente um filho pode frustrar-se em decorrência da esterilidade ou da infertilidade de um ou de ambos.

A esterilidade se caracteriza pela impossibilidade de ocorrer a fecundação numa situação irreversível, sendo a incapacidade definitiva para conceber, enquanto a infertilidade é a incapacidade de ter filhos viços, equivalendo à hipofertilidade¹¹.

Eduardo de Oliveira Leite, defensor da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, admoesta que “a esterilidade gera uma reação de reprovação em cadeia, sendo limitada, inicialmente, a mulher, passando a atingir o casal, e daí, atinge o grupo familiar, envolvendo, num estágio derradeiro, a sociedade inteira”.¹²

Eugenio Carlos Callioli ressalta

Se for verdade que a fecundidade confere ao homem a capacidade de se multiplicar, de se immortalizar através dos filhos, a ausência destes, como decorrência da infertilidade, pode desnaturar o casamento, rompendo a cadeia familiar, não permitindo a perpetuação da vida, pois durante toda a existência, o homem espera continuar vivendo através dos filhos.¹³

¹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 111.

¹¹ PESSINI, Léo. *Problemas Atuais da Bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 1997, p. 217.

¹² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Ob. Cit.*, p. 87.

¹³ CALLIOLI, Eugenio Carlos. Aspectos da fecundação artificial *in vitro*, *Revista de direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: v. 44: 71-95, ano 12, abr/jul., 1998, p. 27.

Neste contexto, dois caminhos se abrem à mulher ou ao casal impossibilitado de ter um filho naturalmente diante da esterilidade ou infertilidade, quais sejam: a adoção ou a utilização das técnicas de reprodução assistida.

Quanto ao primeiro caminho, a Lei n. 12.010/2.009 regulamenta a adoção dispondo sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

No que tange ao segundo caminho, Tycho Brahe Fernandes adverte que “a dúvida que assombra o momento atual da evolução das técnicas de reprodução assistida é saber se esse desejo tem cunho de direito, ou é algo que lhe seja garantido por lei”.¹⁴

Ocorre que não há no Brasil uma legislação específica que regule a reprodução humana assistida, há apenas menções no Código Civil a respeito do tema, o que, aliás, é extremamente deficiente.

O Código Civil em vigor tratou da questão da reprodução humana superficialmente no capítulo referente à filiação, art. 1.597, incisos II, IV e V¹⁵, que é insuficiente para solucionar a gama de problemas que o tema apresenta.

A par disso, há apenas uma norma deontológica, a Resolução n. 1957/2010, que revogou a Resolução n. 1358/92, do Conselho Federal de Medicina – CFM, tratando sobre a reprodução assistida¹⁶.

Um projeto de Lei, n. 1184/2003, tramita no Congresso Nacional dispondo sobre a reprodução assistida, mas, atualmente encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, na Câmara dos Deputados, aguardando despacho do relator designado¹⁷. Neste projeto foram pensados outros projetos de lei realizados desde 1993, com o que, não se pode deixar transcorrer *in albis* o descaso do Poder Legislativo pela mora na aprovação da lei a respeito deste tema.

A Constituição da República de 1988, por sua vez, contemplou apenas o direito ao planejamento familiar, dispondo no § 7º do art. 226, que

¹⁴ FERNANDES, Tycho Brahe. *A Reprodução Assistida em face da Bioética e do Biodireito: Aspectos do direito de família e do direito das sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 62.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 493.

¹⁶ FERRAZ, Ana Carolina Brandão de Barros Correia. *Ob. Cit.*, p. 57.

¹⁷ PROJETO DE LEI n. 1184/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 30 mar. 2012.

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

O direito constitucional ao planejamento familiar encontra-se regulamentado pela Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que expressamente declara o direito “a assistência à concepção e contracepção”, devendo ser oferecido para o exercício do planejamento familiar “todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção” (art. 3º, parágrafo único, I, e 9º).

Para Heloísa Helena Barboza seria “razoável concluir que as técnicas de reprodução assistida são alcançadas pela citada lei”.¹⁸

Sob a designação de planejamento familiar, Maria Claudia Crespo Brauner admoesta que “está implícita a ideia de regulação de nascimentos, de contracepção, de esterilização e de todos os outros meios que agem diretamente sobre as funções reprodutoras do homem e da mulher, especialmente sobre a saúde de ambos”.¹⁹

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz aponta que

A base de toda bioética é a garantia constitucional da dignidade humana. E, por conseguinte, o respeito à pessoa humana manifesta-se como limitador de qualquer legislação que venha a surgir sobre reprodução humana assistida e como limite à atuação do profissional, que não pode tratar a pessoa como meio de lucrar financeiramente ou para obter resultados em uma pesquisa científica, por exemplo, utilizando-se de cobaia, mas sim, tratá-la com qualidade e respeito.²⁰

A respeito da dignidade da pessoa humana consagrada no art. 1º, inc. III da Constituição como fundamento da República, Eros Grau afirma “ser um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida até a sua morte. Este princípio constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos”.²¹

¹⁸ BARBOZA, Heloísa Helena. Reprodução assistida e o Novo Código Civil, in: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 230.

¹⁹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 15.

²⁰ FERRAZ, Ana Carolina Brandão de Barros Correia. *Ob. Cit.*, p. 38.

²¹ GRAU, Eros R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 217.

José Afonso da Silva adverte que o texto Constitucional prevê “a liberdade de fazer, de atuar ou de agir, como princípio individual e, em defesa da integridade, que é sempre inspirada pela garantia da dignidade pessoa humana, encontra-se o direito à procriação”.²²

Tycho Brahe Fernandes afirma ainda que “o biodireito é um direito voltado para a tutela dos direitos humanos de uma forma geral, especificamente, daqueles direitos criados e modificados em razão dos avanços científicos da área biomédica”.²³

Os princípios jurídicos hoje são considerados espécie do gênero *norma*, dotados de normatividade e eficácia, assim como as leis, possuindo, entretanto, características e funções distintas daquelas. Além disso, eles estruturam o funcionamento sistemático do ordenamento jurídico, proporcionando metas, objetivos, valores que permeiam a estrutura normativa²⁴.

Defende Eduardo de Oliveira Leite que

Alegar, conforme se tem ouvido com certa freqüência, que a procriação artificial é inaceitável enquanto existirem crianças abandonadas aptas à adoção corresponde a encarar a questão com confusão de conceitos, ao mesmo tempo em que se radicaliza o discurso sobre o direito de ter filhos. Este direito é de foro íntimo e nada tem a ver com a questão social da adoção.²⁵

Assim, com a transcendência dos limites da ciência, hoje a família pode ser constituída por meio de técnicas de reprodução humana assistida que possibilitam a realização do desejo de muitas mulheres e de casais que não podiam ter filhos pelo método tradicional, concretizarem seu objetivo.

E, embora não haja legislação específica em razão da mora do legislativo, a possibilidade da utilização das técnicas de reprodução assistida com a finalidade de concretizar o desejo pela maternidade/paternidade decorre do princípio da dignidade da pessoa humana que é fundamento da Constituição da República (art. 1º, inciso III, da CF/88).

3 DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

²² SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. Revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 238.

²³ FERNANDES, Tycho Brahe. *Ob. Cit.*, p. 42

²⁴ KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 70.

²⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Ob. Cit.*, p. 138.

Devido às conquistas da ciência médica, que dispõe sobre técnicas de reprodução artificial, é possível a mudança no processo natural de gestação²⁶, ensejando inclusive a espécie da gestação de substituição.

A procriação artificial surge como meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de procriar em benefício de pessoas estéreis, as quais podem utilizar-se da técnica adequada ao problema²⁷.

Marilena Cordeiro Dias Villela Corrêa afirma

O estabelecimento dessas técnicas veio responder a um desejo de reprodução de homens e mulheres. Esse desejo – de ter filhos, de família, de reprodução, de continuidade, entre outros significados simbólicos colados, à procriação de seres humanos – é aquilo que vem legitimando, em última instância a proposição da série de inovações biotecnológicas, surgidas no campo da medicina reprodutiva²⁸.

A reprodução assistida consiste, pois, na orientação e assistência para a prática reprodutiva quando os métodos tradicionais não estão atingindo o resultado²⁹.

As técnicas de reprodução assistida buscam sempre adequar o caso concreto ao método mais eficaz e menos danoso. As principais técnicas existentes na atualidade são: a inseminação artificial (IA), a transferência peritoneal de gametas (POST), a transferência intratubária de gametas (GIFT) – gametha intra fallopian transfer –, a transferência intratubária de zigotos (ZIFT) – Zibot Intra Fallopian transfer, a fecundação ‘in vitro’ (FIV), seguida da transferência de embriões (FIVETE). Há, ainda, técnicas mais complexas que envolvem doação de óvulos, doação de embriões e, até mesmo, a maternidade de substituição.

Considerando o tema abordado no presente estudo, serão analisados especialmente a inseminação artificial, a fecundação *in vitro* e a maternidade em substituição ou também chamada de cessão temporária de útero, para posterior definição acerca da filiação.

A mais simples e mais antiga técnica de reprodução humana assistida praticada pelos médicos foi a inseminação artificial intrauterina que consiste em depositar os espermatozoides capacitados (aptos a fertilizar, pós-tratamento do sêmen em laboratório) no fundo da cavidade uterina após a indução da ovulação.

²⁶ LIMA, Taisa Maria Macena de. *Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas*, in: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 252.

²⁷ FERRAZ, Ana Carolina Brandão de Barros Correia. *Ob. Cit.*, p. 43.

²⁸ CORREA, Marilena Cordeiro Dias Villela. *Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de ter filhos*. *Bioética*, Brasília, v. 9, n. 2, 2001, p. 72.

²⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 156.

A reprodução assistida por meio da inseminação artificial, para Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz “consiste na substituição da relação sexual onde ocorreria a fecundação, tratando-se de pessoas saudáveis, pela união do sêmen ao óvulo, sendo auxiliar no processo reprodutivo”.³⁰

Mais adiante a doutrinadora ainda afirma,

Observando os princípios do biodireito, é necessário que os médicos optem por realizar tal técnica quando efetivamente não houver possibilidades de outro tratamento para contornar a infertilidade, já que se trata de um processo complexo que gera enormes expectativas para as partes envolvidas.³¹

Há dois tipos de inseminação artificial, denominadas homóloga e heteróloga.

Na inseminação artificial homóloga, os espermatozoides que são introduzidos na mulher, no seu período fértil, pertencem ao seu próprio marido ou companheiro, por tal razão, não há maiores dificuldades quanto ao instituto da filiação, pois a descendência de sangue continua existindo, sendo ainda aplicável o art. 1.597, inciso III, do Código Civil, que estabelece a presunção da paternidade e maternidade aos filhos concebidos na constância do casamento havidos por fecundação homóloga, ainda que falecido o marido. Neste último caso, trata-se da inseminação *post mortem*.

A inseminação artificial heteróloga, por outro lado, é aquela realizada com material genético de doador, podendo ser de apenas um deles – o homem ou a mulher – ou de ambos, havendo assim a transferência de embrião fecundado com material doado³².

No que tange ao instituto da filiação, na inseminação artificial heteróloga a descendência consanguínea foi deixada de lado, todavia, passa-se a presumir a paternidade ou maternidade de filhos com material genético diverso do casal, consoante previsão do supracitado art. 1.597, inciso V, do Código Civil que estabelece a presunção aos filhos concebidos na constância do casamento, ainda que havidos por inseminação artificial heteróloga, porém, desde que haja prévia autorização do marido.

O segundo método é a técnica da fertilização *in vitro* que consiste em colher óvulos de uma mulher por meio de punção, fertilizando-os com espermatozoides numa placa de Petri e após 24 a 49 horas, quando já transformados em zigotos, com início da divisão celular, serem colocados dentro do útero da receptora³³.

³⁰ FERRAZ, Ana Carolina Brandão de Barros Correia. *Ob. Cit.*, p. 43.

³¹ *Ibidem*, p. 44.

³² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Ob. Cit.*, p. 163.

³³ WIDER, Roberto. *Reprodução assistida – aspectos do biodireito e da bioética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 08.

Trata-se da técnica conhecida como bebê de proveta e foi primeiramente realizada com sucesso em 1978, na Inglaterra, por Steptoe e Edwards, quando nasceu uma menina chamada Lois Brown³⁴.

Neste método, tanto o abortamento espontâneo como a gravidez múltipla ocorrem com maior incidência do que no processo reprodutivo normal. Tanto que tal técnica é indicada apenas no caso de mulheres com ovário policístico, endometriose, anovulação crônica ou com problemas nas trompas³⁵.

Do mesmo modo que a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* também pode ser homóloga ou heteróloga.

A fertilização *in vitro* homóloga ocorre quando os óvulos são retirados do ovário da mulher e fertilizados com espermatozoides do marido ou companheiro em laboratório, enquanto os embriões resultantes são recolocados no útero, dando início a uma gravidez normal.

Na fertilização *in vitro* heteróloga, de acordo com Eduardo de Oliveira Leite, podem ocorrer duas situações

A fertilização “in vitro” heteróloga admite duas situações: a) de uma criança nascida após fertilização “in vitro” pelo esperma do marido e de um óvulo doado e implantado no útero da mulher; e b) de uma criança nascida após fertilização “in vitro” de um óvulo doado ao casal e de um espermatozóide igualmente estranho, que só fica vinculado ao casal pela gestação.³⁶

Portando, assim como ocorre na inseminação artificial heteróloga, os óvulos e espermatozoides poderão provir de outras fontes, tais como bancos de sêmen ou banco de óvulos, razão pela qual, a situação quanto ao instituto da filiação também é análoga aos da inseminação, reafirmando as dúvidas e questionamentos em razão da dificuldade de determinação da paternidade e até mesmo da maternidade, que neste caso serão presumidas.

Os óvulos e espermatozoides poderão ainda, pertencer ao marido ou companheiro e à mulher e, a gestação ocorrer no útero de uma terceira mulher, no caso da chamada gestação substituta³⁷. Ou ainda, os óvulos e espermatozoides poderão pertencer a terceiros e a gestação também ocorrer no útero de uma terceira mulher, aumentando ainda mais a dificuldade na determinação da parentalidade.

Referindo-se ao conflito de paternidade e maternidade diante dos casos de reprodução assistida, Maria Helena Diniz, contrária às técnicas, assevera que:

³⁴ FERRAZ. Ana Carolina Brandão de Barros Correia. *Ob. Cit.*, p. 43.

³⁵ MOORE, Keith; PERSAUD, R. V. N., *Embriologia Básica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 26-27.

³⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Ob. Cit.*, p. 401.

³⁷ FERRAZ. Ana Carolina Brandão de Barros Correia. *Ob. Cit.*, p. 47.

A criança poderá ter: duas mães, uma institucional e outra genética; dois pais, o institucional, que será o marido de sua mãe, que anuiu na fertilização *in vitro cum semine alieno*, e o genético, ou seja, o doador do elemento viril fertilizante, que não terá responsabilidade jurídica pelo ser que gerou; três pais e três mães, ou melhor, mãe e pai genéticos (os doadores de óvulo e do sêmem), mãe e pai biológicos (a que o gestou em seu ventre e seu marido) e mãe e pai institucionais (os que encomendaram a clínica), sendo os responsáveis legalmente por ela, por terem feito o projeto de seu nascimento.

Aliás, é importante diferenciar a técnica de fertilização *in vitro* heteróloga da prática da gestação de substituição, porquanto, embora a diferença entre as duas situações seja sutil, os efeitos daí decorrentes, especialmente, a nível jurídico, são bastante diversos, especialmente quanto à presunção da maternidade.

Na visão de Eduardo de Oliveira Leite

Na fertilização “in vitro” heteróloga a mãe concebe e carrega em seu ventre uma criança que, na ótica maternal, é inteiramente sua, sem que se possa falar de maternidade dividida ou dissociada: ela é a mãe integral de uma criança, concebida após inseminação natural ou artificial, bebê de proveta ou mãe gestadora de um embrião doado, mas ainda mãe pelo parto. Na “mãe de substituição” a maternidade é dividida ou dissociada: a mãe genética, por impossibilidade física recorre à outra mulher, mãe gestacional, para que esta leve a termo a gravidez impossível daquela.³⁸

A técnica do empréstimo do útero, ou “mãe de substituição” ou ainda, a vulgarmente conhecida “barriga de aluguel”, ou ainda “mães de aluguel” (“*surrogacy motter*”), implica na intervenção de uma terceira pessoa na gestação, para garantir o seu desenvolvimento completo e que devolverá a criança aos pais, depois do nascimento, criando uma nova espécie de maternidade³⁹.

As indicações médicas para utilização dessa técnica são a ausência de útero, a infertilidade vinculada à patologia uterina, contraindicação médica a uma gravidez decorrente de outras patologias, tais como a insuficiência renal grave⁴⁰.

É importante observar que a utilização das técnicas de reprodução assistida, substituindo o ato natural deficiente, não proporciona a cura, porquanto, findo o tratamento, a esterilidade permanece⁴¹.

³⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Ob. Cit.*, p. 402.

³⁹ MACHADO, Maria Helena. *Ob. Cit.* p. 52.

⁴⁰ FERNANDES, Sílvia da Cunha. *As técnicas de reprodução assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 37.

⁴¹ BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização ‘in vitro’*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 36.

Assim, percebe-se que as técnicas de reprodução humana assistida surgem como meio de concretizar o desejo de ter filho para aqueles que sofrem de infertilidade ou esterilidade, cujo direito à procriação decorre do princípio da dignidade da pessoa humana.

4 DA CESSÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO

A maternidade de substituição aparece, muitas vezes, como o único ou último recurso, após os demais tratamentos fracassados, ocorrendo quando uma mulher gera uma criança para outra com a intenção de entregá-la após o nascimento. A utilização desta técnica, todavia, suscita discussões em razão da dificuldade estabelecida quando da determinação da maternidade, como será mais analisado adiante.

A prática é ancestral, sendo inclusive mencionada na Bíblia, como na história de Abraão, sua esposa Sara e a criada desta, Hagar. Sara descobre ser incapaz de conceber e providencia para que Abraão engravide Hagar, que conceberá Ismael (Gênesis 16, versículos 1-16).

Diante da absoluta impossibilidade de levar a termo uma gravidez por qualquer anomalia grave ou em consequência de ablação do útero, a mulher, incapaz de suportar a gravidez, recorre a outra que, voluntariamente, receberá o ovo fecundado *in vitro*.⁴²

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, quer se trate de uma anomalia de nascença, ou a consequência de um problema grave detectado na idade adulta e provocador de uma necessária ablação de útero (histeretomia), a sanção para a mulher é severa: absoluta impossibilidade de levar a gravidez a termo⁴³

A técnica, ainda nos dizeres do autor, consiste em apelar a uma terceira pessoa para que assegure o estado de gestação quando o útero da interessada não possui condições de desenvolvimento normal do embrião⁴⁴.

Trata-se, nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, de uma espécie de reprodução humana assistida “onde a gravidez se relaciona a outra mulher que não aquela que resolveu implementar seu projeto parental, normalmente em harmonia e consenso com seu parceiro (marido ou companheiro)”.⁴⁵

⁴² MACHADO, Maria Helena. *Ob. Cit.* p. 52.

⁴³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Ob. Cit.*, p. 14-17

⁴⁴ *Ibidem*, p. 66.

⁴⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: O Biodireito e as relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 744-745.

Para Belmiro Pedro Welter “há consenso na comunidade jurídica no sentido que só é jurídica e eticamente aceitável o útero de aluguel quando a mulher não pode gestar o filho”.⁴⁶

Olga Jubert Gouveia Krell afirma que

A maternidade de substituição origina-se da fertilização *in vitro*, a partir da manipulação do material genético: o óvulo, o esperma ou ambos são retirados de seu *habitat* natural e criados num tubo de ensaio ou *in vitro* e, após a fecundação, introduzidos no útero de uma mulher. Essa técnica pode ser utilizada por casais ou companheiros, provindo o óvulo e o sêmen deles, sendo o embrião implantado no útero de outra mulher. É possível também que os gametas (óvulo ou esperma) não sejam fornecidos pelos parceiros, mas venham de doar(es).⁴⁷

O empréstimo do útero, portanto, comporta duas situações diferentes: A mãe portadora – É aquela que apenas empresta seu útero. Trata-se de uma mulher fértil no útero da qual, reimplanta-se um ou vários embriões obtidos por fecundação *in vitro*, a partir dos óvulos e espermatozoides do casal solicitante. A mãe de substituição – Além de emprestar o seu útero, dá igualmente os seus óvulos. Trata-se de uma mulher fértil que será inseminada com o esperma do marido da mulher que não pode conceber⁴⁸.

Dessa forma, pode ser feita a distinção entre mãe portadora e mãe substituta, recebendo a primeira o óvulo do casal já fecundado, enquanto a segunda é inseminada com o esperma do marido da solicitante, fornecendo também o seu óvulo⁴⁹.

No primeiro caso, o casal cede o material genético para fecundação na proveta e apenas o zigoto é transferido para o útero da mãe gestadora. Assim, os futuros pais terão vínculo biológico com a criança que está sendo gerada.

Na segunda hipótese, apenas um dos parceiros cede o material genético, utilizando-se também o material genético de doador para a formação do zigoto e posterior implantação na mãe gestadora. Neste caso, ao menos um dos companheiros terá vínculo genético com o filho.

Em um último caso, poderá ocorrer a fecundação do óvulo doado pela mãe gestadora, com um espermatozoide também advindo de um terceiro, no caso de banco de sêmen, quando não haverá nenhum vínculo genético além da vontade.

Assim, estar-se-á diante da mãe social, responsável pelo desencadeamento do processo e pela futura criação da criança.

⁴⁶ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre filiação biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 222.

⁴⁷ KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Ob. Cit.*, p. 191-192.

⁴⁸ ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução assistida e as relações de parentesco. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3127>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

⁴⁹ FERRAZ. Ana Carolina Brandão de Barros Correia. *Ob. Cit.*, p. 49

Para Aline Mignon de Almeida ainda existiria outra situação quando o embrião é retirado do ventre da mãe de aluguel e implantado no da mãe biológica para que esta prossiga com a gestação⁵⁰.

O ordenamento jurídico não prevê a figura da cessão temporária de útero. Nem mesmo o atual Código Civil contemplou expressamente a maternidade de substituição, abordando apenas e superficialmente a filiação decorrente de uma forma geral da reprodução assistida heteróloga, modificando discretamente o sistema jurídico que envolve as relações de parentesco no campo das novas técnicas conceptivas.

A única disposição sobre o assunto é a Resolução n. 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, que em sua seção VII do anexo único, alíneas 1 e 2 estabelece a obrigatoriedade da existência de vínculo familiar entre mãe social e mãe portadora até 2º grau e a proibição o caráter lucrativo ou comercial.

Segundo Tycho Brahe Fernandes “mesmo não tendo força de lei, a resolução vincula os médicos e clínicas, os quais seriam os únicos a ter condições de promover a transferência de embrião fecundado *in vitro* para o útero sub-rogado”.⁵¹

Deborah Ciocci Oliveira e Edson Borges Junior advertem que

A gestação de substituição é regida fundamentalmente pelo ordenamento existente e, enquanto não aprovado nenhum dos projetos de lei em andamento a respeito, seus limites são impostos pelo controle informal, ou seja, da própria sociedade, inspirada nas normas bioéticas indicadoras daquele Código.⁵²

A resolução do Conselho Federal de Medicina impõe que a prática não tenha caráter comercial e define que a gestante substituta deva pertencer a família da doadora em até segundo grau, mas sujeita os demais casos a apreciação do Conselho Regional de Medicina, ou seja, trata-se de regra a ser seguidas pelos médicos, não podendo ser utilizada pelo Poder Judiciário para impedir os casos de utilização desta técnica de forma diferente destes requisitos.

Em tese, não se poderia admitir a discussão na reprodução humana medicamente assistida, se a cessão do útero é contrato de locação de coisa ou contrato de locação de

⁵⁰ ALMEIDA, Aline Mignon. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 47.

⁵¹ FERNANDES, Tycho Brahe. *Ob. Cit.*, p. 77.

⁵² OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JUNIOR, Edson. *Reprodução assistida: até onde podemos chegar?* São Paulo: Gaia, 2000. p. 48.

serviços, tendo em vista o princípio constitucional da dignidade humana, sob pena de se admitir que o ser humano passe a ser um objeto em um contrato⁵³.

Para Taisa Maria Macena de Lima, “conquanto se encontrem constitucionalmente previstos o princípio da intangibilidade da dignidade do ser humano e o direito à integridade do corpo humano é lícito e possível o negócio jurídico de disposição do próprio corpo”.⁵⁴

Também contrários à comercialização do útero posicionam-se Regina Fiúza Sauwen e Severo Hryniewicz quando dizem que as constituições, em geral, em seus princípios fundamentais proclamam que a nação tem como um de seus fundamentos “a Dignidade da Pessoa Humana”, que pode ser expressa através de sua inalienabilidade⁵⁵. Quando se trata de empréstimo gratuito, vislumbra-se na atitude um ato de amor, compaixão e generosidade⁵⁶.

Nesta matéria de controle destaca-se o princípio da gratuidade, pois descabida é a aceitação da locação do útero, vedada constitucionalmente à comercialização dos bens que compõe o corpo, definida no art. 199, § 4º da Constituição Federal de 1988.

Assim, constata-se que o termo vulgarmente utilizado como “barriga de aluguel” é impróprio em razão da disposição da Resolução do CFM que não permite a finalidade lucrativa do ato, sendo então adequado o emprego dos termos “cessão ou doação temporária de útero”.

Não obstante a resolução do Conselho Federal de Medicina impor a gratuidade da maternidade substitutiva, é possível encontrar na rede mundial de computadores, mais de 500 mulheres alugando, no sentido literal da palavra, o útero para fins de gestação, pelo valor médio de 80 mil reais⁵⁷.

Há, pois, extrema complexidade quando se trata da maternidade em substituição pela cessão temporária do útero, seja com a utilização de óvulos e espermatozoides daqueles que não puderam gestar a criança idealizada, seja com a utilização de óvulos e/ou espermatozoides de doadores estranhos aos idealizadores do projeto parental, em razão da ausência de legislação específica regulamentando a reprodução assistida, especialmente no que tange a comercialização indiscriminada do útero.

⁵³ PEREIRA, Sergio Gischkow. Princípios jurídicos da família de nossos dias. *Diário Oficial de Justiça do RS*. 1.358 ed. Porto Alegre, 1998, p.72

⁵⁴ LIMA, Taisa Maria Macena de. *Ob. Cit.*, p. 257.

⁵⁵ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito "in vitro": Da bioética ao biodireito*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 113

⁵⁶ FERRAZ. Ana Carolina Brandão de Barros Correia. *Ob. Cit.*, p. 50.

⁵⁷ RODRIGUES, Alan. RABELO, Carina Rabelo. Gravidez.com, o comércio de útero na internet. Crise financeira e problemas de infertilidade levam dezenas de mulheres a comércio ilegal de gestação. *Revista Isto É*. Edição n. 2063, de 27 mai. 09, atualizado em 09 abr. 12. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/13709_GRAVIDEZ+COM+O+COMERCIO+DE+UTERO+NA+INTERNET>. Acesso em: 30 mar. 2012.

Outro aspecto preocupante seria a utilização da técnica da maternidade substitutiva fora dos casos de excepcionais, por mero capricho de mulheres que não querem submeter o corpo aos efeitos da gestação.

Por fim, a maternidade de substituição ainda gera dificuldades no que tange ao reconhecimento à filiação, consoante se demonstrará a seguir.

Em razão disso, a maternidade de substituição, que é um benefício àquela mulher que deseja a maternidade, mas, por algum motivo está impedida de gestar uma criança, somente deve ser indicada quando não houver outra solução pelo fracasso de todas as demais técnicas de reprodução, tratando-se, pois, do último recurso a ser realizado, quando observada real necessidade para não se banalizar a técnica.

5 DA FILIAÇÃO NO PROJETO PARENTAL ORIUNDO DA CESSÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO.

No Código Civil de 1916, todas as incertezas envolvendo a discussão acerca da parentalidade, encerravam-se no sistema de presunções assentado na natural dificuldade em se atribuir a paternidade e a maternidade a alguém ou então, em óbices fundados em preconceitos históricos decorrentes da hegemonia da família patriarcal e matrimonializada⁵⁸.

Baseado no fator biológico, a gestação e o parto, ou seja, sinais exteriores inequívocos davam a condição de mãe à parturiente, tratando-se da presunção *mater semper certa est*, segundo a qual, mãe é aquela que deu à luz.

O Código Penal também atribui a maternidade à parturiente, como se verifica dos crimes contra o estado de filiação elencado nos arts. 242 e 243, sendo então o parto o fundamento principal na determinação da maternidade⁵⁹.

Quanto à filiação, reconhecia-se no direito Brasileiro, à época da vigência do Código Civil de 1916, apenas a família oriunda do casamento, a chamada família legítima, e apenas os filhos nascidos da relação matrimonial eram protegidos⁶⁰.

Assim, a parentalidade era biológica e decorria da consanguinidade.

O art. 358 do referido *Codex* vedava de forma expressa o reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos. Felizmente, com o advento da Constituição da República de 1988, a

⁵⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/527>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

⁵⁹ GAMA, Guilherme Calmom Nogueira da. *Ob. Cit.*, p. 485.

⁶⁰ FERRAZ. Ana Carolina Brandão de Barros Correia. *Ob. Cit.*, p. 95

distinção entre filhos legítimos e ilegítimos não foi mais possível⁶¹, inclusive, quanto aos filhos havidos por adoção.

A filiação, portanto, sempre foi um estado natural do homem antes mesmo de se tornar uma questão jurídica e por isso, durante muito tempo a biologia considerou pai aquele homem que através da cópula, fecundava a mulher, e mãe, a mulher que carregasse o filho em seu ventre⁶².

O conceito de filiação, segundo Clóvis Beviláqua, era “a relação existente entre uma pessoa (o filho) e as que a geraram (o pai e a mãe). É o vínculo que a geração cria entre os filhos e os progenitores”.⁶³

Como se percebe, a verdade biológica preponderava no critério da filiação, sendo que a presunção de maternidade, desde a Roma Antiga, estava a salvo de contestação, vez que o fator biológico era notório para o reconhecimento da maternidade⁶⁴.

O parentesco civil que está assentado na afetividade, por sua vez, divorciado da verdade biológica era considerado apenas nos casos de adoção.

No entanto, em razão da reprodução assistida, especialmente da maternidade de substituição decorrente da cessão temporária do útero, o processo natural de gestação sofreu modificações de forma que a maternidade pode ser atribuída a mais de uma mulher, ou seja, àquela que deseja ser mãe, mas não consegue manter a gravidez e àquela que gestará a criança idealizada⁶⁵. Portanto, a maternidade de substituição gera relações parentais questionáveis, vez que desafia as noções tradicionais de família e de maternidade.

Em que pese o atual Código Civil, em seu art. 1597, ter ampliado os casos de presunção de paternidade do marido disciplinando as hipóteses de reprodução assistida, o mesmo não ocorreu no caso da maternidade, *verbis*:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

⁶¹ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40.

⁶² CRUZ, Ivelise Fonseca da. *Ob. Cit.*, p. 98.

⁶³ BEVILÁQUA, Clóvis, *apud* SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30.

⁶⁴ LIMA, Taisa Maria Macena de. *Ob. Cit.*, p. 254.

⁶⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Ob. Cit.*, 1994, p. 111.

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

O silêncio do atual Código Civil quanto ao tema relacionado à maternidade de substituição prejudica de sobremaneira as relações de parentesco oriundas desta técnica de reprodução assistida, porquanto, a mãe que realizou o projeto parental e não pode gerar seu filho, terá de adotá-lo para obter o registro do filho em seu próprio nome.

Com efeito, as novas formas de procriação tornam as presunções tradicionalmente admitidas em matéria de filiação, até certo ponto, ultrapassadas ou carente de releitura⁶⁶.

Diante da omissão do Código Civil quanto a temática de reprodução assistida heteróloga, especialmente nos casos de maternidade de substituição, o raciocínio norteador deverá seguir o mesmo da procriação carnal, substituindo apenas a relação sexual pela vontade de conceber, bem assim, a idealização do projeto parental e o afeto, também existente na parentalidade por adoção.

Deve-se, pois, afirmar que a relação de parentalidade, no caso da utilização da técnica de reprodução assistida, forma-se pela vontade, ou seja, entre aquele que projetou e o futuro filho. Assim, a mulher receptora e a mãe social devem, por livre e espontânea vontade, consentir o ato, ou seja, a vontade vai preceder os atos subseqüentes e por isso deve prevalecer.

Levando em conta a evolução destas técnicas de reprodução assistida, Silvio Rodrigues define a filiação como sendo “a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se as tivessem gerado”.⁶⁷

Esta equiparação da filiação em relação àquelas pessoas que recebem a criança como se as tivesse gerado é decorrente não só da adoção, mas também da fecundação por meio da reprodução assistida e especialmente à filiação decorrente do afeto.

Para Eduardo de Oliveira Leite “o direito da filiação não é somente o direito da filiação biológica, mas é também o direito da filiação querida, da filiação vivida. O direito da filiação não é somente um direito da verdade. É também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança”.⁶⁸

⁶⁶ LIMA, Taisa Maria Macena de. *Ob. Cit.*, p. 252.

⁶⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, vol. 6, 27ª ed., atualizada por Francisco Cahali, com anotações ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 321.

⁶⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 203

João Baptista Villela preleciona que a consanguinidade tem um papel secundário na configuração da filiação, acrescentando que

O que a caracteriza é o amor, o desvelo, a forma como alguém se entrega ao bem da criança. Ela não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está no devotamento e no serviço, não na procedência do sêmen. Esses componentes, acrescidos do amor, escapam à leitura e à mensuração objetivas. (...) Ser pai ou ser mãe é, em larga medida, saber ouvir.⁶⁹

Neste contexto, afeto, amor, respeito, ternura, entre outros vocábulos, são usados para caracterizar o legítimo laço entre pais e filhos. Isso vem ao encontro da determinação constitucional da responsabilidade na filiação, na maternidade e na paternidade⁷⁰.

É mais filho aquele decorrente do exercício efetivo de afeto, é mais pai aquele que exerce sua afeição ao seu rebento de maneira a assegurar-lhe um pleno desenvolvimento sadio. Não é, pois, a desvalorização do pai ou filhos biológicos, mas, sim, a valorização do afeto que prepondera sobre quaisquer outros fatores familiares⁷¹.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma:

Em síntese: como espécie de parentesco civil – ao menos em relação a uma das linhas (paterna ou materna) - a parentalidade-filiação não se fundamenta no fator biológico, mas sim no fator volitivo, o que repercute na substituição da noção da relação sexual pela vontade associada à concepção, a qual foi possível diante da assistência médica – ou seja, ao êxito da técnica de procriação assistida heteróloga.⁷²

Para Pedro Belmiro Welter “os pais são aqueles que amam e dedicam a sua vida a uma criança ou adolescente, que recebe afeto, atenção, conforto, enfim, um porto seguro, cujo vínculo nem a lei e nem o sangue garantem”.⁷³

A filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade⁷⁴.

⁶⁹ VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, v. 1, nº 1, p. 95-106, 2000, p. 103;105

⁷⁰ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 125.

⁷¹ REIS, Clayton; SIMÕES, Fernanda Martins. As relações familiares sob a ótica da responsabilidade civil brasileira. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, Maringá, v. 11, n. 2 p. 575-591, jul./dez. 2011.

⁷² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Ob. Cit.*, p. 760-761.

⁷³ WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do Processo de Adoção Judicial, in: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de Direito e Processo de Família – Primeira série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 285.

⁷⁴ LÓBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/527>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

O afeto não advém da consanguinidade, da genética, muito menos de determinação legal, e sim deriva do sentimento, da satisfação pessoal em torno da relação havida, da vontade de participar ativamente da vida de outra pessoa⁷⁵.

Afetividade, nos dizeres de Francisco da Silveira Bueno é “qualidade do que é afetivo” e afetivo é “relativo a afeto, dado a afetos, delicado, afeiçoado”, e afeto é “afeição, amizade, simpatia, paixão”.⁷⁶

Silvio de Salvo Venosa observa:

(...) lembremos, porém, que a cada passo, nessa seara, sempre deverá ser levado em conta o aspecto afetivo, qual seja, a paternidade emocional, denominada socioafetiva pela doutrina, que em muitas oportunidades, como nos demonstra a experiência de tantos casos vividos ou conhecidos por todos nós, sobrepuja a paternidade biológica ou genética. A matéria é muito mais sociológica e psicológica do que jurídica. Por essas razões, o juiz de família deve sempre estar atento a esses fatores, valendo-se, sempre que possível, dos profissionais auxiliares, especialistas nessas áreas.⁷⁷

Neste contexto a afetividade transcende os conceitos de consanguinidade e além da paternidade e maternidade jurídica e biológica, passa a coexistir a sócio-afetiva cujo reconhecimento é clamado pelo desenvolvimento científico, visando, assim, assegurar os princípios da dignidade da pessoa humana entre outros.

Ainda de acordo com Guilherme Calmom Nogueira da Gama, a respeito da maternidade de substituição:

Devem-se abstrair os fatos jurídicos da gravidez e do parto, levando em conta que a concepção se dá em momento anterior a tais fatos e, desse modo, os pressupostos para o estabelecimento da maternidade e da paternidade devem ocorrer antes da concepção. Nesse sentido, considerando a existência 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.⁷⁸

Verifica-se que o critério biológico tornou-se insuficiente para a determinação da filiação, sendo necessário o reconhecimento da chamada parentalidade socioafetiva, que não

⁷⁵ ABI-ACKEL, Kátia Maria Ferreira Faria. Reprodução assistida e paternidade sócio-afetiva, in: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 77. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7563>. Acesso em: 01 abr. 2012.

⁷⁶ BUENO, Francisco da Silveira. Dicionário escolar da língua portuguesa. Rio de Janeiro. 9º ed. FENAME, 1975.

⁷⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. v. 6. 4. ed. São Paulo; Atlas, 2004, p. 282.

⁷⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Ob. Cit.*, p. 485.

implica no desprezo do liame genético, mas demonstra a necessidade de se inserir a filiação socioafetiva, donde se percebe a decadência da presunção *mater semper certa est*.

Rose Melo Venceslau entende que:

Pai, ou pais, para a Constituição Federal é aquele que assume a paternidade responsável, que, juntamente com a sociedade e o Estado, tem o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com a absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Tudo isso pode ser oferecido por quem não é biologicamente o pai.⁷⁹

É decadente a presunção da maternidade na medida em que não se encontra presente o afeto, bem assim, o *animus* de ser mãe, por outro lado, estes requisitos estão presentes naquela que desejou esta condição dando início ao projeto parental.

A socioafetividade satisfaz o princípio constitucional da paternidade responsável tão almejado pela Constituição da República, que em seu art. 226, § 7º, dispõe

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

Portanto, o vínculo parental deve fundamentar-se na vontade livre e consciente do ser humano, cujo critério necessita ser observado para a atribuição da filiação quando se trata de cessão temporária de útero, mormente, diante da deficiência legislativa, porquanto, o fator biológico é insuficiente para estabelecer a relação de parentesco.

CONCLUSÃO

Observou-se no presente trabalho que a evolução biotecnológica no campo da reprodução humana causou grande impacto para o direito de família, especialmente quando se trata da utilização da maternidade de substituição, ou seja, da utilização do útero de uma terceira pessoa para a gestação da criança, porquanto, traz uma das situações de maior complexidade pela dificuldade de determinação da maternidade-filiação, desafiando a presunção da maternidade, *mater semper certa est*, segundo a qual, desde a Roma antiga, a mãe era considerada como aquela mulher que dava à luz.

⁷⁹ VENCELAU, Rose Melo. Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica. in: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 391.

No entanto, percebe-se a decadência desta presunção na medida em que a biotecnologia desenvolveu métodos de fertilização *in vitro*, permitindo a introdução de embriões em mulheres que não pertenciam à relação familiar.

Em que pese não haja legislação regulamentando a reprodução humana assistida, este direito decorre da dignidade da pessoa humana que é fundamento da Constituição da República, bem assim, do direito ao planejamento familiar, também constitucionalmente garantido, que foi regulamentado pela Lei 9.263/1996.

O Conselho Federal de Medicina editou ainda a Resolução n. 1957/2010 que possibilitou a prática dos métodos da reprodução assistida, inclusive, a da maternidade de substituição (cessão temporária do útero), estabelecendo critérios de parentesco de até segundo grau entre a mãe solicitante e a mãe gestacional (doadora), bem assim, a impossibilidade de caráter lucrativo ou comercial, o que, infelizmente, não ocorre na realidade, já que muitas pessoas utilizam-se do aluguel do útero como forma de sobrevivência.

A proposta do presente trabalho foi de analisar a consequência jurídica quanto a determinação da maternidade-filiação quando advindas da utilização da maternidade substitutiva (cessão temporária de útero), porquanto, pela presunção *mater semper certa est*, a mãe poderá ser àquela que forneceu o material genético, ou desafiando tal presunção, a mãe poderá ser aquela que idealizou o projeto parental, decorrente do princípio da sócio-afetividade.

A solução no conflito quanto à determinação da maternidade, quando se trata da maternidade de substituição, deve estar fundamentada na vontade da mulher em ser mãe, razão pela qual o fator biológico deverá ser desconsiderado, ou seja, deve-se preferir a maternidade da mulher que realmente desejou a criança junto com seu parceiro, em detrimento daquela que não a desejou, mas apenas ‘emprestou’ seu útero. Neste caso, a única maneira de atribuir a maternidade legal à mãe solicitante seria através da maternidade civil, assim como ocorre na adoção, onde se tenta proteger em especial o melhor interesse da criança, de crescer no lar onde foi desejado.

Com isso, conclui-se pela decadência da presunção *mater semper certa est*, já que o critério biológico tornou-se insuficiente para a determinação da filiação.

REFERÊNCIAS

ABI-ACKEL, Kátia Maria Ferreira Faria. Reprodução assistida e paternidade sócio-afetiva. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 77. Disponível em <http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7563. Acesso em: 01 abr. 2012.

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução assistida e as relações de parentesco. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3127>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

ALMEIDA, Aline Mignon. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BARBOZA, Heloísa Helena. *Reprodução assistida e o Novo Código Civil*, in: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Coord. *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

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

BUENO, Francisco da Silveira. *Dicionário escolar da língua portuguesa*. Rio de Janeiro. 9º ed. FENAME, 1975.

CALLIOLI, Eugenio Carlos. *Aspectos da fecundação artificial in vitro*, Revista de direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: v. 44: 71-95, ano 12, abr/jul., 1998.

CAMARGO, Juliana Frozel. *Reprodução humana: ética e direito*. Campinas: Edicamp, 2003.

CORREA, Marilena Cordeiro Dias Villela. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de ter filhos. *Bioética*, Brasília, v. 9, n. 2, 2001.

CRUZ, Ivelise Fonseca da. *Efeitos da reprodução humana assistida*. São Paulo: SRS Editora, 2008.

DALVI, Luciano. *Curso Avançado de Biodireito – Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERNANDES, Tycho Brahe. *A Reprodução Assistida em face da Bioética e do Biodireito: Aspectos do direito de família e do direito das sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERNANDES, Silvia da Cunha. *As técnicas de reprodução assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAZ, Ana Carolina Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família. a filiação e a origem genética sob a perspectiva da responsabilização*. Curitiba: Juruá, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: O Biodireito e as relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRAU, Eros R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil*. Curitiba: Juruá, 2006.

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

_____. *Temas de Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LIMA, Taisa Maria Macena de. *Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas*, in FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Coord. *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/527>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos*. 1. ed. 7ª tir. Curitiba: Juruá, 2009.

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

MOORE, Keith; PERSAUD, R. V. N., *Embriologia Básica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; Borges Junior, Edson. *Reprodução assistida: até onde podemos chegar? compreendendo a ética e a lei*. São Paulo: Gaia, 2000.

PEREIRA, Sergio Gischkow. *Princípios jurídicos da família de nossos dias*. *Diário Oficial de Justiça do RS*. 1.358 ed. Porto Alegre, 1998.

PESSINI, Léo. *Problemas Atuais da Bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

PROJETO DE LEI n. 1184/2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>. Acesso em: 30 mar. 2012.

REIS, Clayton; SIMÕES, Fernanda Martins. *As relações familiares sob a ótica da responsabilidade civil brasileira*. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, Maringá, v. 11, n. 2 p. 575-591, jul./dez. 2011.

RODRIGUES, Alan. RABELO, Carina Rabelo. Gravidez.com, o comércio de útero na internet. Crise financeira e problemas de infertilidade levam dezenas de mulheres a comércio ilegal de gestação. *Revista Isto É*. Edição n. 2063, de 27 mai. 09, atualizado em 09 abr. 12, disponível em:

http://www.istoe.com.br/reportagens/13709_GRAVIDEZ+COM+O+COMERCIO+DE+UTERO+N A+INTERNET. Acesso em: 30 mar. 2012.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. vol. 6. 27ª ed., atualizada por Francisco Cahali, com anotações ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito "in vitro": Da bioética ao biodireito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. Revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2003.

VENCELAU, Rose Melo. Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica. in: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. v. 6. 4. ed. São Paulo; Atlas, 2004.

VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, v. 1, nº 1, p. 95-106, 2000.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre filiação biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do Processo de Adoção Judicial. in: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de Direito e Processo de Família – Primeira série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WIDER, Roberto. *Reprodução assistida – aspectos do biodireito e da bioética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.