

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
SAMUEL OLIVEIRA MILHOMEM**

**GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO:
A DIFICULDADE EM DETERMINAR A MATERNIDADE JURÍDICA DA
CRIANÇA GERADA ATRAVÉS DE SUB-ROGAÇÃO DO ÚTERO**

**RUBIATABA/GO
2020**

SAMUEL OLIVEIRA MILHOMEM

**GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO:
A DIFICULDADE EM DETERMINAR A MATERNIDADE JURÍDICA DA
CRIANÇA GERADA ATRAVÉS DE SUB-ROGAÇÃO DO ÚTERO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Especialista em Direito Público Fernando Hebert de Oliveira Geraldino.

**RUBIATABA/GO
2020**

SAMUEL OLIVEIRA MILHOMEM

**GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO:
A DIFICULDADE EM DETERMINAR A MATERNIDADE JURÍDICA DA
CRIANÇA GERADA ATRAVÉS DE SUB-ROGAÇÃO DO ÚTERO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Especialista em Direito Público Fernando Hebert de Oliveira Geraldino.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM __ / __ / ____

**Especialista em Direito Público Fernando Hebert de Oliveira Geraldino.
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Mestre Leidiane de Moraes e Silva Mariano
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Especialista Marcus Vinícius Silva Coelho
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

Dedico esse trabalho a Deus que com sua infinita bondade sempre me conduziu com a sua mão vitoriosa. Também dedico a minha família que sempre me apoiou antes e durante a essa trajetória.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicial e principalmente, a Deus que sempre esteve comigo em todos os momentos da minha vida, e não foi diferente durante a minha jornada acadêmica.

Em segundo, agradeço aos meus pais, em especial a minha mãe, que foi para mim um verdadeiro sustentáculo durante esse período de formação. Agradeço a minha namorada, que além de namorada, foi também, durante toda essa etapa, colega de turma e companheira de poltrona - inclusive, cedendo-me colo para amenizar os desgastes decorrentes dos 324 km diários.

Agradeço a todos os familiares e amigos pelo incentivo e apoio e aos meus colegas de turma, com os quais partilhei vários momentos de descoberta e aprendizado.

Ademais, agradeço ao meu professor orientador Fernando Hebert pela dedicação e confiança dispensadas a mim em todo processo de elaboração da monografia.

Por fim, estendo meus agradecimentos ao corpo docente, direção e administração desta instituição de ensino, afinal foram vocês que me proporcionaram a possibilidade de expandir o meu conhecimento e concluir mais uma etapa decisiva da minha trajetória.

EPÍGRAFE

"Erga a voz em favor dos que não podem defender-se, seja o defensor de todos os desamparados".

Provérbios 31: 8

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar a forma que será caracterizada a relação de maternidade em caso de gravidez por sub-rogação do útero. Pontua-se que, o método utilizado nesta monografia é o dialético. Nesse sentido, para a realização da pesquisa dialética serão utilizadas obras doutrinárias e trabalhos científicos que retratam sobre a temática. Quanto aos objetivos, aplicar-se-á o método descritivo que será desenvolvido nessa pesquisa sob o prisma bibliográfico e documental onde se fará a leitura de livros escritos por renomados juristas, enunciados jurisprudenciais e legislações específicas, tais como a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, assim como a Resolução de Medicina nº 2.168/2017. No que concerne aos resultados alcançados, restou-se evidenciado que as análises que abranjam crianças ou adolescentes sejam guiadas pelo princípio do melhor interesse da criança, devendo esse ser preservado em confrontação aos interesses dos genitores.

Palavras-chave: Conflito Positivo. Gravidez por sub-rogação. Melhor interesse da criança.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the way that the maternity relationship will be characterized in case of pregnancy by subrogation. It is pointed out that the method used in this monograph is the dialectic. In this sense, to carry out the dialectical research, doctrinal works and scientific works that portray the theme will be used. As for the objectives, the descriptive method that will be developed in this research will be applied under the bibliographic and documentary prism where the reading of books written by renowned jurists, jurisprudential statements and specific legislation, such as the Federal Constitution of 1988, 2002 Civil Code, as well as Medical Resolution No. 2,168 / 2017. With regard to the results achieved, it remained evident that the analyzes that cover children or adolescents are guided by the principle of the best interest of the child, which must be preserved in confrontation with the interests of the parents.

Keywords: Positive conflict. Pregnancy by surrogacy. Best Interests of the Child.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART.	Artigo
° C	Grau Celsius
CAISM	Centro de Atenção Integral à Saúde da Mulher
CC	Código Civil
CFM	Conselho Federal de Medicina
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DF	Distrito Federal
DNA	Ácido Desoxirribonucleico
N°	Número
P.	Página
RA	Reprodução Assistida
Rh	Rhesus
TJ	Tribunal de Justiça
UNICAMP	Universidade Estadual de Campinas

LISTA DE SÍMBOLOS

§ - Parágrafo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. A NOVA IDEIA DE FILIAÇÃO	13
2.1. ESTUDO DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA	14
2.2. ESTUDO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA	16
2.2.1. PERSPECTIVAS JURÍDICAS DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA	18
2.2.1.1. ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	20
2.3. ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	21
2.3.1. ANÁLISE DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	23
2.3.1.1. RELAÇÃO DE MATERNIDADE	24
3. PARÂMETROS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	26
3.1. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA	29
3.2. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA.....	32
3.2.1. GRAVIDEZ POR SUB-ROGAÇÃO DO ÚTERO.....	35
4. ASPECTOS JURÍDICOS DA GRAVIDEZ POR SUB-ROGAÇÃO DO ÚTERO	37
4.1. CONFLITO POSITIVO DE MATERNIDADE.....	38
4.2. ANÁLISE DA RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 2.168/2017	40
4.2.1. ANÁLISE DA GRAVIDEZ POR SUB-ROGAÇÃO DO ÚTERO SOB O PRISMA JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO.....	43
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	48

1. INTRODUÇÃO

Em uma análise histórica, percebe-se que o Direito de Família tem vivenciado inúmeras transformações. Há algumas décadas, por exemplo, a única maneira aceitável pela sociedade para se constituir uma família era por intermédio do matrimônio. Deste modo, a presente monografia possui como tema a dificuldade em determinar a maternidade jurídica da criança gerada através de sub-rogação do útero, buscando-se, portanto, responder o seguinte questionamento: no caso de gravidez por sub-rogação do útero, o vínculo de maternidade prevalecerá em relação à genitora que viabilizou o material biológico ou a que gestou?

Cumprido salientar que, diante da ausência de normatização do tema, o objetivo geral desta pesquisa é analisar como será determinada a relação de maternidade no caso de gravidez por sub-rogação. Dessa forma específica, objetivamos verificar os aspectos correlacionados à filiação, explanar as perspectivas técnicas e jurídicas da reprodução humana assistida e estudar a solução jurídica provável para o conflito de maternidade.

A temática é relevante, vez que este trabalho ressalta a transformação do direito de família no âmbito que debate as técnicas de reprodução humana assistida. Diante disso, observa-se a relevância do tema para os indivíduos, para a sociedade e para a seara jurídica, ao passo que interfere tanto no interesse social como no interesse particular dos envolvidos.

No que diz respeito à metodologia empregada na confecção do trabalho, esta é realizado sob o enfoque bibliográfico e documental, consistindo no levantamento de publicações escritas pertinentes ao assunto e efetivando-se por intermédio da leitura das obras doutrinárias redigidas por Carlos Roberto Gonçalves, Sílvio de Salvo Venosa, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Jorge Shiguemitsu Fujita, Christiano Cassettari, Maria Berenice Dias, Ricardo Maurício Freire Soares, Rolf Madaleno, Paulo Nader, Flávio Tartuce, bem como a leitura de enunciados jurisprudenciais, do Código Civil brasileiro, da Constituição Federal de 1988 e da Resolução de Medicina nº. 2.168/2017.

Para viabilizar a concretização do objetivo geral, restou-se que o melhor caminho seria através da desmembração do assunto em três seções. Inicialmente, procurou-se entender os aspectos correlacionados à filiação, que se é delineado através da exposição da definição de filiação biológica e socioafetiva, dos reflexos jurídicos decorrentes do reconhecimento da filiação socioafetiva, da relação de maternidade, bem como da análise dos princípios da afetividade, dignidade da pessoa humana e melhor interesse da criança.

Compete ressaltar que este tópico é de suma importância para o presente estudo, ao passo que trouxe uma visão ampla dos assuntos que serão abordados no decorrer da pesquisa.

Em seguida, na seção dois, procurou-se explicar as perspectivas técnicas e jurídicas da reprodução humana assistida, ocasião em que foram extraídos pontos cruciais sobre a reprodução assistida homóloga, heteróloga e a gravidez por sub-rogação.

Ao versar sobre essa matéria, foi possível vislumbrar as principais noções acerca das técnicas de reprodução humana assistida, sublinhando-se a gravidez por sub-rogação do útero, assunto primordial para o desenvolvimento da pesquisa.

Outrossim, a última seção almejou estudar a solução jurídica provável para o conflito de maternidade. Nessa perspectiva, foram demonstrados os enunciados jurisprudenciais que retratam sobre essa temática e procedida a leitura da Resolução de Medicina nº. 2.168/2017. Indubitavelmente, esse tópico servirá de esteio para o entendimento aprofundado do assunto, vez que as seções precedentes trouxeram um suporte teórico robusto.

Por conseguinte, este é o momento ideal para esclarecermos, por meio de exemplos práticos, se o vínculo de maternidade prevalecerá em relação à genitora que viabilizou o material biológico ou a que gestou, ocasionando, por via de consequência, a solução para a problemática inicialmente apresentada.

Encerradas tais considerações, passa-se agora à análise dos aspectos correlacionados à filiação, a fim de que ao final da pesquisa seja possível encontrar a melhor solução para o conflito de maternidade.

2. A NOVA IDEIA DE FILIAÇÃO

A temática que se inicia através deste capítulo tem a finalidade precípua de versar sobre a nova ideia de filiação. Nesse sentido, objetiva-se examinar as principais mudanças sofridas pelo Direito de Família nas últimas décadas.

Como forma de reunir informações acerca dessas questões, utilizou-se das pesquisas bibliográfica e documental, as quais foram executadas mediante o apoio em obras doutrinárias e legislações como a CRFB/1988 e o Código Civil de 2002. Destarte, o assunto a ser abordado nas subseções seguintes ressalta a definição dos termos filiação biológica e socioafetiva, as perspectivas jurídicas da filiação socioafetiva, a caracterização da relação de maternidade e, principalmente, a relevância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e do melhor interesse da criança.

Nesse contexto, verifica-se que em algumas décadas anteriores havia uma estigmatização por parte da sociedade em relação aos filhos que eram gerados fora do matrimônio. Nesse mesmo sentido, Pereira (2017, p.62) adverte:

Confrontados estes com o estado dos pais relativamente ao casamento, decorriam as qualificações consequentes: filiação legítima, filiação ilegítima, filiação adotiva, com as subqualificações respectivas, que especificavam a legitimação pelo subseqüente matrimônio dos pais; a condição dos filhos simplesmente naturais, os incestuosos e os adúlteros; a adoção simples ou adoção plena, todos equiparados pela Constituição de 1988, que proíbe as designações discriminatórias.

Observa-se que, a condição conjugal dos genitores trazia consequências no reconhecimento dos filhos, pois a sociedade dissipava a máxima da necessidade da manutenção do núcleo familiar. Dessa maneira, Coelho (2020, p.96) ratifica “Há não muito tempo atrás, considerava-se filho de verdade mesmo apenas o nascido dentro do casamento”. Por conseguinte, Dias (2016, p.654) esclarece “O nascimento de filho fora do casamento colocava-o em uma situação marginalizada para garantir a paz social do lar formado pelo casamento do pai. Prevaleciam os interesses da instituição matrimônio”.

Não obstante, a necessidade do aprimoramento do ordenamento jurídico, fez com que sobreviessem normas, com o intuito de garantir a igualdade entre os filhos. Nessa direção, tanto a CRFB/1988, quanto o Código Civil de 2002, destinaram inúmeros dispositivos que proíbem a rotulação negativa dos filhos gerados fora do matrimônio, como desvenda Gagliano e Filho (2020, p.2045) “Com efeito, antes deste marco histórico, o ordenamento jurídico brasileiro consagrava diferencial de tratamento entre filhos (legítimos e ilegítimos), que, hoje, não são mais aceitos”. Oportunamente, Gonçalves (2017, p.409) diz que “Hoje, todavia, todos

são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações”. Em complemento, ressalta-se ainda o entendimento do jurista Coelho (2020, p.97) que de maneira eficaz anuncia “Toda essa abominável discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos, biológicos ou adotados, felizmente é coisa do passado”.

Por conseguinte, no que tange a atual definição do termo filiação Fujita (2011, p.11) o especifica como: “Um vínculo que une alguém ao fruto de sua reprodução entre os filhos e os pais, pela visão daqueles. É o elo unindo uma criança e sua mãe, ou uma criança e de seu pai e que é mais ou menos dependente do fato biológico”. Exemplificativamente, Coelho (2020, p.97) em seus escritos relata que “Classifica-se atualmente a filiação em quatro espécies”. Ademais, Coelho (2020, p.97) complementa tecendo as seguintes considerações “A finalidade da classificação é ilustrativa, destina-se unicamente a delimitar a extensão do conceito, porque, independentemente do tipo de filiação, os direitos e deveres associados à relação vertical são absolutamente idênticos”.

Em outros termos, todavia, adotando o mesmo posicionamento, Tartuce (2017, p.248) informa que “A filiação pode ser conceituada como sendo a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau”.

Para tanto, Venosa (2017) argumenta que a filiação é um fato que gera reflexos no campo jurídico, reforçando o posicionamento de que ela exprime a relação entre pais e filhos, abrangendo, tanto os filhos que foram gerados, quanto àqueles que foram adotados.

Nesse intuito, conclui-se o objetivo desse tópico, que foi demonstrar a reestruturação do termo e do significado de filiação. Diante disso, este capítulo auxiliou na percepção das transformações vivenciadas pelo Direito de Família.

A esse respeito, no próximo tópico será discorrido sobre a filiação biológica, como parte essencial ao resultado do presente trabalho.

2.1. ESTUDO DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA

Na subseção que se inicia, a pesquisa terá como esteio o estudo da filiação biológica. Diante disso, para obtenção de informações, serão utilizadas variadas obras doutrinárias capazes de construir um referencial teórico consistente.

Vislumbra-se que, a transformação da ciência e da tecnologia genética acarretou a relativização de concepções que até então eram consideradas verdades absolutas.

Nesse contexto, encerrados esses pontos iniciais, Fujita (2011, p.11) explica que a locução filiação “Tem sua origem etimológica no vocábulo latino filiatio, que possui o significado de descendência de pais a filhos”. “Paralelamente, Coelho (2020, p.97) salienta que” A filiação é biológica quando o filho porta a herança genética tanto do pai como da mãe. Ela é natural se a concepção resultou de relações sexuais mantidas pelos genitores. “Mas esse não é o único meio de gerar filho biológico”. Por sua vez, Fujita (2011, p. 65) contribui informando que a “Filiação biológica ou natural é a relação que se estabelece por laços de sangue, entre uma pessoa e seu descendente em linha reta do primeiro grau”.

Ademais, Fujita (2011, p.65) preceitua que “A filiação resultante da reprodução humana natural ou carnal é aquela que envolve uma relação sexual entre um homem e uma mulher com a conseqüente concepção, pouco importando a sua origem”. Sucessivamente, Fujita adiciona (2011, p.65) “Esse liame de sangue pode se fazer presente por meio da reprodução natural ou carnal ou pelas várias técnicas de reprodução humana assistida”. Na mesma direção, e ainda discutindo a respeito dos pontos que permeiam a filiação biológica Coelho (2020, p.98) deixa claro “Na filiação biológica, os pais são os genitores; as pessoas identificadas como pai e mãe no registro de nascimento foram os fornecedores dos gametas empregados na concepção da pessoa, ocorrida in vitro ou in útero”.

Não obstante, Coelho (2020, p.98) deixa claro que “É na filiação biológica não natural que se enfrentam as questões mais complexas. As pessoas identificadas como pai e mãe forneceram a herança genética, mas a fecundação não decorre de sexo feito por elas, e sim de assépticos procedimentos laboratoriais”. Desse modo, Coelho (2020, p.98) conclui o raciocínio argumentando “Nos demais casos, isto é, se o filho não porta a herança genética de seus dois pais, a filiação é não biológica”. Por seu turno, verifica-se, portanto, que nessas hipóteses estaremos diante da denominada filiação socioafetiva.

Por seu turno, para Dias (2016) mesmo que haja a comprovação do vínculo socioafetivo, isso de maneira nenhuma retira a possibilidade da investigação e do reconhecimento do vínculo biológico, uma vez que a busca pela paternidade biológica é um direito da personalidade. Assim, seguindo o mesmo entendimento Gonçalves (2019, p.334) anuncia “A paternidade socioafetiva, mantida com o pai registral, não afasta os direitos decorrentes da paternidade biológica, sob pena de violar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”.

Nessa lógica, Dias (2016) preleciona que a sociedade valora muito a verdade real proveniente da filiação biológica. Assim, aumenta-se exponencialmente o número de demandas judiciais a procura da comprovação dessa provável verdade real alcançada pelo exame de DNA.

Malgrado, ainda haja um grande enaltecimento dos aspectos sanguíneos na caracterização da filiação, é inquestionável que este tópico apresentou como resultado a ideia de que atualmente a filiação biológica não é a única categoria de filiação existente no ordenamento jurídico brasileiro.

Em razão disso, na próxima subseção serão apresentadas as peculiaridades que permeiam o estudo da filiação socioafetiva.

2.2. ESTUDO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Antes de iniciar a discussão jurídica propriamente dita, convém salientar que a sociedade por muito tempo acreditou que a filiação apenas poderia ser obtida por intermédio dos laços sanguíneos, desse modo Calderón (2017, p.22) pontua: “As diversas concepções históricas de família nem sempre adotaram a afetividade como elemento constituinte do elo entre seus integrantes, visto que a noção do afeto envolve uma visão de pessoa, e da sua subjetividade, que nem sempre esteve presente”.

Diante disso, Gonçalves (2019, p.334) informa “a verdadeira filiação, esta a mais moderna tendência do direito internacional, só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológico-genética”.

Nesse mesmo contexto, Farias e Rosenvald (2017, p.610) argumentam “A filiação socioafetiva não está lastreada no nascimento, (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas”.

Precipuaente, essa vontade demonstrada cotidianamente, revela a posse de estado de filho. Sendo assim, Pereira (2017, p.376) ressalta “A verdade socioafetiva da filiação se revela na posse de estado de filho que oferece os necessários parâmetros para o reconhecimento da relação de filiação”.

De igual maneira, Dias (2016, p.678) ratifica “A filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto”. Para tanto, a doutrinadora deixa claro que a maternidade e a paternidade são consequências de uma crença construída pela convivência.

Nesse sentido, Coelho (2020, p.97) alude “A filiação socioafetiva provém da relação de afeto paternal ou maternal nascida na convivência duradoura de um adulto e uma criança. Não existe, nessa categoria, vínculo biológico entre o pai ou a mãe e seu filho”.

Do mesmo modo, Fujita (2011) esclarece que a filiação socioafetiva gera direitos e obrigações mesmo não existindo liame sanguíneo. Diante disso, é possível afirmar:

A filiação vem a ser formada com o afeto que vincula pais e filhos, independentemente ou não da sua origem biológica. Pai e mãe se distinguem de genitor e genitora. Isso porque pai e mãe são os que, efetivamente, criam, educam, sustentam e amam, ao passo que genitor e genitora são aqueles que apenas geram indubitavelmente, existem genitores que são pais, mas há outros que não são (FUJITA, 2011, p.110).

Por sua vez, verifica-se que atualmente o verdadeiro sentido da maternidade e paternidade não está associado à verdade biológica. Reafirmando esse posicionamento, Madaleno (2018, p.659) pontua que “O livre-desejo de atuar em interação entre pai, mãe e filho do coração, formando verdadeiros laços de afeto, nem sempre estão presentes na filiação biológica”. A propósito, o autor acresce que a verdadeira filiação é aquela construída pela convivência.

Como se há de verificar Coelho (2020, p.105) ensina que “Se um homem, mesmo sabendo não ser o genitor de criança ou adolescente, trata-o como se fosse seu filho, torna-se pai dele. Do mesmo modo, a mulher se torna mãe daquele de quem cuida como filho durante algum tempo”.

Em suas precisas lições Madaleno (2018, p.660) trabalha a ideia de que “O real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da natureza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra de um indesejado descuido e da pronta rejeição”. Considerando esses apontamentos, é possível chegar ao pressuposto de que serão considerados genitores, apenas, aqueles indivíduos que atuarem como pais.

Nesta perspectiva, Madaleno (2018, p.660) sabiamente salienta que “Não pode ser considerado genitor o ascendente biológico da mera concepção, tão só porque forneceu o material genético para o nascimento do filho que nunca desejou criar e pelo qual nunca zelou”. Como se pode vislumbrar é necessário existir a intenção de exercer a maternidade e a paternidade.

Um ponto importante no debate da filiação socioafetiva é a posse de estado de filho, Farias e Rosendal (2017 p.568) relatam “O papel preponderante da posse de estado de filho é conferir juridicidade a uma realidade social, pessoal e afetiva induvidosa, conferindo, dessa forma, mais direito a vida e mais vida ao direito”.

Em observância do que foi mencionado, denota-se que a posse de estado de filho constitui condição fundamental para a qualificação da filiação socioafetiva. Nesse ínterim, Dias

(2016, p. 658) diz que “A posse de estado de filho é que gera o vínculo de parentesco e impõe as responsabilidades decorrentes do poder familiar”.

Ademais, Fujita (2011) reafirma que há um liame subjetivo entre a posse de estado de filho e o princípio da aparência. Destaca-se que, essa aparência garante proteção e segurança à relação construída pela convivência, pois o que se observa nessa situação é a boa-fé, sendo essa evidenciada quando há um cuidado recíproco entre pais e filhos.

Defronte ao exposto, esse tópico foi bastante proveitoso, pois retratou sobre a filiação socioafetiva que é um assunto que tem ganhado repercussão no cenário jurídico. A esse respeito, na subseção que se segue serão abordados os efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento da filiação socioafetiva.

2.2.1. PERSPECTIVAS JURÍDICAS DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Em análise jurídica da filiação socioafetiva Coelho (2020) elucida que se unem duas verdades. Uma proveniente da carga genética e a outra proveniente da posse de estado de filho. Posteriormente, Coelho (2020, p.105) tece as seguintes considerações “Surgida à filiação do afeto, a ela se ligam tanto os pais como o filho”. Ademais, sobre o reconhecimento da filiação socioafetiva, Cassettari (2017, p. 119) assevera: “Assim, temos que, quando um pai ou mãe reconhece uma paternidade ou maternidade socioafetiva, esse filho passará a ter vínculo de parentesco com seus outros parentes”.

No mesmo sentido, Rizzardo (2019, p.583) assevera que “Em princípio, o filho reconhecido passa a gozar de todos os direitos assegurados”.

Sendo assim, surge uma responsabilização subsidiária precedida pelo vínculo constituído pelo afeto. Nesse âmbito, Cassettari (2017, p. 119) pontua que:

Por exemplo, se o pai ou mãe socioafetivos não tiver condição de pagar pensão alimentícia ao filho, poderão ser chamados os avós. Se a pessoa morre e só deixa um tio socioafetivo vivo, terá esse tio o direito sucessório; e se deixar apenas um irmão socioafetivo vivo, e esse for menor, ele terá direito previdenciário. Isso se faz necessário para que seja atendido o princípio da igualdade e que a declaração de filiação socioafetiva não se torne uma fábrica de pedidos de pensão alimentícia, em que a pessoa busca apenas o bônus, sem querer assumir o ônus.

É perceptível, que há uma vinculação de direitos e deveres entre pais e filhos. No mesmo contexto, Cassettari (2017, p. 80) aduz que:

Dessa forma, quando uma paternidade ou maternidade socioafetiva se constitui, essas pessoas estarão unidas pelos laços parentais, que dará ao filho não apenas um pai e/ou

uma mãe, mas também avós, bisavós, triavós, tataravós, irmãos, tios, primos, sobrinhos etc. Já os pais também receberão, por exemplo, netos, bisnetos, trinets e tataranets socioafetivos. Isso se dá em relação de igualdade estabelecida nessa parentalidade, que trará, como já dito, as mesmas consequências do parentesco biológico.

De igual forma, Cassettari (2017, p. 80) determina que os efeitos sejam recíprocos, diante disso, pode se afirmar que “Os pais também receberão, por exemplo, netos, bisnetos, trinets e tataranets socioafetivos. Isso se dá em relação de igualdade estabelecida nessa parentalidade, que trará, como já dito, as mesmas consequências do parentesco biológico”.

Em obediência a essa noção de igualdade consolidada entre os filhos biológicos e socioafetivos é que Fujita (2011) explica que os pais têm que assegurar uma estrutura aos filhos, onde eles possam alcançar não somente o seu sustento, mas também educação, estrutura moral e espiritual.

Paralelamente, Fujita (2011) demonstra a relevância de uma relação transparente, baseada no respeito, diálogo e amorosidade no seio familiar. O autor especifica que é exatamente essa relação que ocasiona reflexos jurídicos.

A título de exemplo, sublinham-se o direito aos alimentos, que é considerado umas das garantias constitucionais explícitas no artigo 227 da CRFB/1988, senão vejamos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com 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, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Não é conveniente apenas a família o dever de fornecer assistência à criança, esta é uma função de toda a sociedade que deve receber o auxílio do Estado para que se obtenha um resultado eficaz.

Seguindo o mesmo entendimento Pereira (2017, p. 619) explica “Quem não pode prover a sua subsistência, nem por isto é deixado à própria sorte. A sociedade há de propiciar-lhe sobrevivência, através de meios e órgãos estatais ou entidades particulares”.

No que se refere à guarda dos filhos. Cassettari (2017) discorre que ela pode ser concedida de forma unilateral ou compartilhada, o autor adiciona que o juiz, dependendo do caso concreto, pode decidir a favor dos pais socioafetivos em detrimento aos pais biológicos.

No que tange a regulamentação de visitas aos pais socioafetivos, Cassettari (2017, p. 87) anuncia “Assim sendo, verifica-se que tanto o pai quanto a mãe e os avós socioafetivos

terão direito de conviver com o filho, podendo visitá-lo regularmente, enquanto houver o exercício do poder familiar”.

Merece destaque que o essencial é assegurar o melhor interesse da criança, visto que o reconhecimento e a determinação da filiação ensejam efeitos jurídicos, ocasionando responsabilidades aos pais socioafetivos, a saber: direito aos alimentos, a guarda dos filhos e o direito de visitas.

Destarte, esse tópico trouxe para a pesquisa uma discussão produtiva de pontos que geram calorosos debates no cenário jurídico. Desse modo, na próxima subseção a abordagem será sobre o princípio da afetividade.

2.2.1.1. ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

No presente tópico será realizada a análise do princípio da afetividade. Nessa esteira, Tartuce (2020, p.1763) assevera “O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares”. Desse modo, considerando que a afetividade se tornou referência nas relações familiares, Tartuce (2020, p.1763) complementa:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar.

Por conseguinte, o mesmo doutrinador afirma que “Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade” (TARTUCE, 2020, p.1763).

Por sua vez, Madaleno (2018, p.145) narra “O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”. Em complemento, ratifica que o afeto origina da convivência e da liberdade que cada um tem em se afeiçoar ao próximo.

Sucessivamente, Madaleno (2018, p.145) ainda prescreve “A sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto; é valor supremo, necessidade ingente, bastando atentar para as demandas que estão surgindo para apurar a responsabilidade civil pela ausência do afeto”.

Por tais razões, é que atualmente vem aumentando o número de pedidos de indenizações por abandono afetivo e que, inclusive, existem variados precedentes sólidos tanto no campo jurisprudencial, quanto no doutrinário que retratam sobre essa temática.

Com base no exposto, verifica-se que o princípio da afetividade trouxe uma contemporização na constatação e na proteção da filiação, por esses motivos, é aceitável a afirmação de que o afeto ocupa uma zona de destaque na vida do ser humano. Neste ângulo, os tribunais já entendem que a desconsideração dessa observação ocasiona reflexos incalculáveis ao indivíduo que foi abandonado afetivamente, esse argumento se tornou padrão para a responsabilização civil. Posto isto, no tópico seguinte, a análise será acerca do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3. ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como se extrai das lições de Dias (2016) o princípio da dignidade da pessoa humana constitui fundamento basilar do Estado Democrático de Direito, nesse sentido, o Estado tem o dever de evitar qualquer conduta que ofenda o mínimo existencial do indivíduo. Por conseguinte, a autora ainda confirma que o princípio da dignidade da pessoa humana está correlacionado a análise da determinação da filiação. Ademais, utilizando-se de termos correlatos Gonçalves (2019, p.23) expõe “O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente”.

Tendo como base as informações anteriormente mencionadas e levando em consideração o fato do princípio da dignidade da pessoa humana ser prisma nas relações familiares, Farias e Rosenvald (2017, p. 75) explicam:

Realmente, a não admissibilidade de quaisquer comunidades afetivas (denominadas por alguns de entidades parafamiliares) como núcleos familiares, afastando-as da incidência protetiva do Direito das Famílias, sob o frágil argumento de não estarem explicitamente previstas no art. 226, colidiria a mais não poder com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial, por ser descabida discriminação de qualquer espécie à opção afetiva de cada cidadão. Por isso, estão admitidas no Direito das Famílias todas as entidades formadas por pessoas humanas e baseadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas, ou não, pelo comando do art. 226 da Carta Maior.

Nesta perspectiva, confere-se que o ordenamento jurídico tem como função garantir a proteção do centro familiar, independentemente da sua precedência. Sobre esse assunto, Gonçalves (2017, p. 23) determina “O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana

constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente”. Com isso vislumbra-se a real importância desse princípio na proteção e na consolidação de uma organização familiar saudável.

Verifica-se, que essa concepção de organização familiar saudável não decorre necessariamente de um protótipo preestabelecido de família, igualmente, Venosa (2017, p. 24) informa “O Código Civil não traçou um desenho claro dessas famílias, cujas questões ficam a cargo dos tribunais que sempre devem ter em mira a afetividade e a dignidade da pessoa humana”. Desse jeito, essas famílias que não são tradicionalmente originadas merecem respeito e proteção.

Salienta-se que a ingerência do Estado no ambiente familiar deve ocorrer de maneira limitada, obedecendo sempre o planejamento familiar que é de livre iniciativa do casal. Nesse contexto, o artigo 226, § 7º, da CRFB/1988, consagra:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

Em virtude dessas considerações, denota-se que o planejamento familiar possui como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, a par disso Gonçalves (2017, p. 228) elucida “O planejamento familiar envolve aspectos éticos e morais”. Sendo assim, é incabível que as entidades estatais interfiram em aspectos particulares que envolvam a decisão do casal, não obstante, a participação do Estado deve ser voltada à formulação de programas assistenciais que propicie um auxílio na estruturação familiar.

Nesse contexto, Soares (2010) justifica que o princípio da dignidade da pessoa humana ocasionou uma transformação na implementação dos direitos fundamentais, oportunizando o reconhecimento de um conjunto de direitos, conferindo uma visão mais justa, pelo fato de existirem cláusulas que proíbam o retrocesso.

Desta forma, se entende que seria negligência não abordar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que o ordenamento jurídico admite que nem sempre as legislações positivadas são suficientes para a solução dos litígios existentes na sociedade, ademais, conclui-se que esse capítulo foi fundamental para a compreensão de que as situações de “fato” merecem proteção e respeito. Diante disso, o próximo segmento da discussão tratará sobre o princípio do melhor interesse da criança.

2.3.1. ANÁLISE DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Conforme demonstrado anteriormente a dignidade da pessoa humana é tida como um supra princípio, ou seja, serve de parâmetro para a atuação de todo o direito brasileiro. Assim sendo, convém salientar que o tópico que se inicia tem como objetivo retratar sobre a importância do princípio do melhor interesse da criança para a determinação do vínculo de maternidade.

Assim, sob o crivo da atual estrutura do ordenamento jurídico brasileiro é de se dizer que é recomendável que as análises que envolvam crianças ou adolescentes sejam pautadas pelo princípio do melhor interesse da criança, igualmente, Dias (2016, p. 680) salienta:

O vínculo de filiação socioafetiva, que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil. Se o filho é menor de idade, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se maior, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que não admite um parentesco restrito ou de "segunda classe". O princípio da solidariedade se aplica a ambos os casos.

Ademais, considerando a intersecção entre o princípio do melhor interesse da criança e demais princípios presentes na atual ordem jurídica, o doutrinador Tartuce (2020, p.1762) pontua:

Na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio de melhor ou maior interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças. O CC/2002, nos seus arts. 1.583 e 1.584 acabam por reconhecer tal princípio, ao regular às guardas durante o poder familiar.

Depreende-se que existem outros princípios que servem de suplemento ao princípio do melhor interesse da criança, são eles o princípio da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade, cabe sublinhar que este último por ser mais abrangente é aplicável em um maior número de hipóteses, não se restringindo apenas a um público alvo em específico.

Diante disso, há posicionamentos consolidados de que em situações onde há um litígio instaurado tendo como litigantes pais biológicos e socioafetivos devem predominar a decisão que abranger o melhor interesse da criança, assim Cassettari (2017, p. 38) pondera:

Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico – ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas –, deve o Juiz pautar se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e conseqüente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras.

Com efeito, compreende-se que o juiz tem como função guiar as suas decisões nos ditames do princípio do melhor interesse da criança. Como se corrobora, atualmente é rotineiro serem instaurados litígios judiciais tendo a presença de pais biológicos em contraposição aos pais socioafetivos, assim, verificada a complexidade que essas demandas geralmente apresentam, é unânime o posicionamento de que é inviável que o magistrado aplique uma fórmula exata na solução dos casos concretos que lhes são apresentados. Nesse sentido, tanto o princípio do melhor interesse da criança, bem como os demais princípios que compõem o ordenamento jurídico são essenciais para nortear o magistrado a proferir uma decisão justa e efetiva.

Diante dessas considerações, esta subseção foi essencial para a conclusão do discernimento acerca dos princípios, como foi verificado o princípio do melhor interesse da criança possui uma abordagem prática, sendo fundamental a sua análise para a conclusão dos casos levados ao poder judiciário.

A esse respeito, no próximo tópico será discorrido sobre a relação de maternidade.

2.3.1.1. RELAÇÃO DE MATERNIDADE

Em um contexto histórico Madaleno (2018) informa que a maternidade conquistou maior proporção a partir do século XX, visto que antes desse período não havia grandes inquietações quanto à determinação da maternidade, até porque ela era fundamentada pela conjectura *mater semper certa est* (a mãe sempre é certa).

Com o passar dos anos e a conseqüente transformação da ciência e da tecnologia genética, suposições como estas se tornaram ultrapassadas, não podendo, portanto, serem consideradas verdades absolutas.

Não obstante, examina-se que ainda é possível testemunharmos resquícios dessa antiga visão presente nas nossas legislações. À guisa de exemplo pode-se citar o artigo 1.597 do CC/2002, que preleciona o seguinte:

Art.1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; [...] V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (BRASIL, 2002).

É de se constatar, em análise ao artigo 1.597 que não há disposição expressa da infertilidade advinda da mulher, o que exprime a necessidade de uma adequação da legislação, com o objetivo de abarcar um maior número de situações presentes na sociedade.

Nesse sentido, em busca de um possível consentimento a respeito da constituição do vínculo de maternidade, Farias e Rosenvald (2017, p. 585) preceituam:

Assim, descortinam-se três diferentes critérios para a determinação da filiação a partir da combinação das suas distintas origens e características: o critério legal ou jurídico, fundado em uma presunção relativa imposta pelo legislador em circunstâncias previamente indicadas no texto legal; O critério biológico centrado na determinação do vínculo genético, contando, contemporaneamente, com a colaboração e certeza científica do exame de DNA; O critério socioafetivo, estabelecido pelo laço de amor e solidariedade que se forma entre determinadas pessoas.

Nesse cenário, partindo da suposição de que a filiação tem extrema relação com a determinação do vínculo de maternidade, é possível reiterar o enfrentamento existente entre a maternidade biológica e a maternidade construída por laços de afeto.

Nesta lógica, o percurso para resolver o conflito de maternidade já foi traçado, obtendo-se como resultado preliminar a ideia de que uma legislação específica regulando a presente matéria viabilizaria uma maior segurança jurídica.

Encerrados os debates dessa seção, a qual teve como foco estudar os principais pontos que abarcam a filiação, identificam-se os resultados alcançados. Portanto, no capítulo posterior, será iniciada uma nova discussão a respeito das técnicas de reprodução humana assistida.

3. PARÂMETROS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Preambularmente, cumpre enfatizar que a presente seção tem o escopo de realizar estudo minucioso das bases técnicas e jurídicas da reprodução humana assistida. Para tanto, serão utilizadas obras doutrinárias e artigos específicos das leis que regem o assunto.

Sublinhe-se que essa seção apresentará quatro tópicos, nos quais se discutirá sobre os aspectos gerais concernentes à reprodução humana assistida, as particularidades que abarcam a reprodução assistida homóloga, heteróloga e, por fim, a gravidez por sub-rogação do útero.

No que diz respeito às possibilidades técnicas e jurídicas da reprodução humana assistida, é império ressaltar que tais técnicas são consideradas avanços biotecnológicos criados para contornar os problemas de esterilidade e solucionar alguns de infertilidade, sendo que a partir da década de 1940 ocorreu um avanço na ciência, possibilitando um impulso no campo da inseminação artificial (MADALENO, 2018).

Em uma abordagem mais ampla, Diniz (2017, p. 715) enfatiza:

As novas técnicas conceptivas, de um lado “solucionam” a esterilidade do casal, que terá seu filho, com interferência de ambos, de um só deles ou de nenhum deles, mas, por outro lado, acarretam graves problemas jurídicos, éticos, sociais, religiosos, psicológicos, médicos e bioéticos.

É de se perceber que o assunto em questão proporciona relevantes discussões no âmbito social e jurídico. Outrossim, Diniz (2017, p.715) afirma “Gerar um filho não é uma questão de laboratório, mas obra do amor humano”. Seguindo essa esteira, a doutrinadora adverte que algumas técnicas de reprodução humana assistida, tais como a inseminação artificial heteróloga, a fertilização *in vitro* e a gravidez por sub-rogação do útero deveriam ser proibidas, porquanto podem ocasionar incertezas e conflitos, o que gera consequências para todos os participantes dos referidos procedimentos.

Sobreleva notar que, segundo Madaleno (2018), os termos infertilidade e esterilidade não possuem o mesmo significado e podem ter origens provenientes do próprio organismo humano ou simplesmente serem decorrentes de problemas psicológicos. Nesse diapasão, é mister esclarecer que essas anomalias atingem tanto homens quanto mulheres e que as diversas técnicas de reprodução humana assistida propiciam uma nova oportunidade para aqueles que de alguma forma estão impedidos de procriarem.

Por consectário, em relação à inseminação artificial, Diniz (2017, p.717) conceitua:

Ter-se-á a inseminação artificial quando o casal não puder procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, pseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozoides, obstrução do colo uterino, doença hereditária, etc.

Impende destacar que, por intermédio da inseminação artificial é realizada a junção do espermatozoide e do óvulo, não havendo, por via de consequência, a necessidade de ato sexual para que se produzam resultados. Insta esclarecer que a inseminação e a fecundação são etapas distintas e, conquanto seja utilizada a expressão artificial, na verdade, a fecundação será sempre um processo da natureza, apenas estimulada pela ciência através de um artifício instrumental para, posteriormente, gerar a fecundação (MADALENO, 2018).

Desta feita, tendo em vista as informações supracitadas, Dias (2016, p. 658) ressalta que “A partir do momento em que se tornou possível interferir na reprodução humana, a procriação deixou de ser um fato natural para subjugar-se à vontade do homem”. Denota-se que, hodiernamente, tais métodos acarretaram uma maior acessibilidade, inclusive, de casais homoafetivos utilizarem desses procedimentos, a fim de realizarem os seus sonhos de se tornarem pais valendo-se de outra via, distinta da adoção.

Com efeito, a despeito das controvérsias, verifica-se que a Carta Magna traz garantias expressas de que os métodos de procriação humana assistida é elemento primordial para a concretização do objetivo da filiação, igualmente, o Estado possui o dever de formular políticas voltadas ao tratamento de esterilidade e reprodução. (DIAS, 2016).

Diante disso, Fujita (2011, p. 65) apresenta noções fundamentais a respeito da reprodução assistida, destacando as distinções entre as técnicas homólogas e heteróloga, senão, vejamos:

A filiação oriunda da reprodução assistida não tem como base a cópula carnal, mas, sim, um “conjunto de técnicas que têm como fim provocar a gestação mediante a substituição ou a facilitação de alguma etapa que se mostre deficiente no processo reprodutivo”. Ela poderá ser homóloga (materiais genéticos dos cônjuges ou companheiros) e heteróloga (material genético de terceiro).

De mais a mais, Venosa (2017, p.249) alude “A inseminação artificial permite fecundar uma mulher fora da relação sexual. O sêmen é recolhido e mantido ou não por tempo mais ou menos longo, o qual, sendo introduzido no órgão sexual da mulher, a fecunda”. Com isso, evidencia-se a relevância da análise da paternidade nessas hipóteses, considerando que o sêmen pode ser fornecido pelo companheiro da mulher ou por outra pessoa.

Neste ínterim, Dias (2016) destaca que as técnicas de reprodução humana assistida trouxeram a possibilidade para as denominadas “mulheres sozinhas” se constituírem mães, entretanto, existem debates no que se refere ao fato da criança não obter a participação efetiva

de um suposto pai. Malgrado, vale frisar que essa visão é considerada preconceituosa, porquanto o próprio ordenamento jurídico reconhece o direito de igualdade e o planejamento familiar livre de interferências desse gênero. Além do mais, não há comprovações de que a família monoparental acarrete prejuízos, outrossim, o importante nesse caso é que seja sempre observado e respeitado o princípio do melhor interesse da criança.

Nessa linha, complementando as declarações anteriormente citadas, Madaleno (2018, p. 714) leciona:

O desejo de formar família pode ser atendido com o uso das técnicas de reprodução assistida, sendo certo que o Direito não pode interferir na esfera mais íntima da pessoa para ditar de que forma ela terá um filho, pois o projeto parental é individual e compõe o conteúdo da personalidade de cada um, e o artigo 227 da Carta Federal é o berço dos direitos fundamentais do menor, ao lhe assegurar, através da família, da sociedade e do Estado, dentre vários outros, o direito à convivência familiar, além de colocar a criança e o adolescente a salvo de toda forma de negligência, discriminação, crueldade ou de opressão.

Corroborando as considerações aduzidas, Gagliano e Filho (2017, p. 1080) ratificam “o avanço científico das técnicas de reprodução humana assistida, cuidou-se também de imprimir dignidade constitucional aos denominados núcleos monoparentais, formados por qualquer dos pais e sua prole”. Desse modo, depreende que a família monoparental pode ser construída tanto pela mãe que decide criar um filho (a), sem participação da figura masculina, quanto de um pai que decide cuidar de um filho (a), sem a colaboração de uma companheira.

Seguindo a esteira, Farias e Rosenvald (2017) explicam que a evolução da engenharia genética e das técnicas de reprodução medicamente assistida somada à presença marcante do afeto em determinadas relações, permitem enxergar um novo conceito para o parentesco múltiplo, a saber, sem limitações ou preconceitos

Infere-se, nessa vereda, que a inclusão das técnicas de reprodução humana assistida, ocasionou uma ampliação do conceito de parentesco, nesse propósito, a afetividade possui reflexos significativos na construção de uma nova percepção, livre de discriminações.

A despeito de ser notória a vedação de interferências no sentido de coibir a utilização de tais técnicas, Venosa (2017, p. 253) expõe: “A lei deverá restringir a reprodução assistida unicamente para situações permitidas nela, casos de infertilidade e quando todos os tratamentos possíveis para a reprodução natural tenham-se frustrado”. Desta sorte, entende-se que esses procedimentos se constituem medidas excepcionais, devendo ser utilizados, tão somente quando todas as vias naturais forem esgotadas.

Não obstante, mesmo que haja o entendimento de que o ordenamento jurídico deverá estabelecer as diretrizes que a reprodução humana assistida será pautada, Venosa (2017, p. 248) adverte “o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade”. Verificada a amplitude que essas questões alcançam, é perceptível que as nossas legislações são insuficientes e lacunosas, sendo, portanto, necessário que ocorra uma normatização dessas situações que estão cada vez mais presentes no nosso cotidiano.

Tecendo comentários acerca da matéria, Madaleno (2018, p. 702) explica:

Realmente, a abordagem acerca da reprodução assistida no Código Civil é superficial, só sendo referida por decorrência da filiação conjugal presumida, e a normatização da matéria deve ser estabelecida por leis especiais, porque são constantes e dinâmicas as mudanças nessa seara de infintas descobertas no campo da engenharia genética, não comportando sejam reguladas em códigos, cuja maior característica é justamente a estabilidade das leis.

Verifica-se, pois, que o principal resultado alcançado no estudo dessa seção é de que a sociedade e a ciência têm caminhado em busca de romper com as verdades obsoletas que foram nutridas durante várias décadas. Destaca-se, ainda, que as legislações, então vigentes, estão aquém dessas mudanças, demonstrando uma frágil base jurídica na discussão das técnicas de reprodução humana assistida. Nesse raciocínio, no tópico por vir, analisar-se-á os principais aspectos correlacionados à reprodução assistida homóloga.

3.1. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA

Esta subseção tem a finalidade de discorrer sobre os principais pontos que abarcam a reprodução assistida homóloga. No que se refere à estrutura metodológica aplicada nesse tópico, serão utilizadas as obras escritas por Sílvio de Salvo Venosa, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Jorge Shiguemitsu Fujita, Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno, Paulo Nader, Maria Helena Diniz e por fim Caio Mário da Silva Pereira.

Superada as noções iniciais, o próximo passo será expor o conceito de reprodução humana assistida homóloga. Pois bem, de acordo com Venosa (2017, p. 249) “Denomina-se homóloga a inseminação proveniente do sêmen do marido ou do companheiro”. Ato contínuo, Farias e Rosenvald (2017, p. 593) afirmam “A fertilização assistida homóloga é caracterizada pela intervenção médica, facilitando casais que têm dificuldade em engravidar e levar a

gravidez a termo. Trabalha-se com o material genético do próprio casal, não gerando maiores dificuldades”.

Em rápidas pinceladas Fujita (2011, p. 65) ratifica “A fecundação será homóloga, se utilizados o óvulo do cônjuge virago e o sêmen do cônjuge varão”.

Com efeito, Dias (2016, p. 670) acrescenta “Chama-se de concepção homóloga a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação *in vitro*, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo”.

Em atenção às afirmações supratranscritas é possível constatar que a técnica artificial homóloga tem como principal característica a utilização do material biológico do próprio casal. Nesse diapasão, Madaleno (2018, p. 703) reitera “A inseminação artificial homóloga utiliza o sêmen do próprio marido e o óvulo da mulher, à margem da relação sexual, mas com a ajuda instrumental”. Assim, não há grandes questionamentos pela sociedade no tocante a utilização dessa técnica, sendo ela fundamental para fortalecer os laços familiares daqueles que inicialmente estavam impossibilitados de procriarem por possuírem alguma disfunção. Nesta perspectiva, Nader (2016, p. 458) tece as seguintes considerações: “A fecundação artificial homóloga não provoca, em regra, questionamentos de natureza ética ou jurídica, pois são coincidentes as paternidades biológica, jurídica e socioafetiva”.

Ainda nesse raciocínio, porém, com uma visão um pouco distinta, Diniz (2017, p. 718) preleciona “Em regra, a inseminação artificial homóloga não fere princípios jurídicos, embora possa acarretar alguns problemas ético-jurídicos, apesar de ter o filho os componentes genéticos do marido e da mulher”.

Além disso, Dias (2016) apresenta declarações anunciando que, via de regra, na inseminação artificial homóloga não é preciso que o companheiro autorize o procedimento. Dessa forma, será ele responsável de todas as incumbências provenientes do poder familiar.

Conquanto se diga que não há grandes controvérsias envolvendo a inseminação homóloga, é possível afirmar que existem algumas questões sendo debatidas por apresentarem certo grau de complexidade, à guisa de exemplo, podemos citar as hipóteses de fertilização e inseminação *in vitro post mortem*. Conforme explica Dias (2016, p. 671) “O vínculo de paternidade se estabelece ainda que falecido o genitor”. Nesse sentido, cumpre ressaltar que é necessária a autorização prévia e expressa do cônjuge para que se utilize desse procedimento após a sua morte, pois essa autorização enseja o direito, tanto ao reconhecimento da paternidade, como o direito sucessório. Desta forma, Madaleno (2018, p. 704) explana acerca do assunto da seguinte maneira:

Consequentemente, a possibilidade de a viúva proceder à inseminação artificial homóloga após a morte do marido, prevista no inciso III do artigo 1.597, só poderá ser levada a efeito se já constar de autorização expressa deixada pelo esposo sucedido em documento de consentimento de precedente posse da clínica, centros ou serviços especializados na aplicação de técnicas de reprodução assistida, ou se em vida o marido assim se expressou por testamento ou documento autêntico.

Como se extrai do texto citado, o legislador compreendendo os efeitos jurídicos decorrentes da inseminação artificial homóloga após a morte, estabeleceu como parâmetro a formalização expressa do consentimento do companheiro, sendo assim, somente com a autorização prévia do falecido, é que a viúva poderá se valer de tal técnica. Nessa senda compartilhando do mesmo entendimento, Pereira (2017, p. 382) explica:

Consideram-se filhos os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido (inciso III do art. 1.597). Neste caso o óvulo e o sêmen pertencem ao marido e à mulher. Este procedimento pressupõe o consentimento de ambos. Deve-se admitir, no entanto, a presunção de paternidade do marido falecido, se utilizado o material genético do falecido e estando a mulher na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido.

Verifica-se, pois, que o direito sucessório também é assunto controvertido no âmbito da inseminação homóloga, em razão disso, Farias e Rosenvald (2017, p. 598) são categóricos ao aduzirem:

Se já havia concepção laboratorial, quando do falecimento do genitor, o filho terá direito sucessório, uma vez que o artigo 1.798 é de clareza solar ao afirmar que a capacidade para suceder é reconhecida em favor de quem nasceu ou foi concebido. Ora, não havendo diferenciação entre a concepção uterina ou laboratorial, é forçoso concluir que ambas estão abarcadas, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos (que é princípio de inclusão). A outro giro, se não havia concepção, ou seja, em se tratando apenas de sêmen congelado, sem que tenha ocorrido a concepção laboratorial, não há que se falar em direito sucessório, exatamente pelo princípio da isonomia porque as situações são absolutamente distintas e igualmente substanciais consiste em tratar desigualmente quem está em situação desigual.

Posta assim a questão, é de se dizer que o princípio da igualdade será observado na análise do direito sucessório. Cumpre ressaltar que este direito somente será aplicado nas situações em que se iniciou a concepção. Para tanto, o fato de existirem sêmens congelados não garante que sejam estabelecidas analogicamente as garantias que são direcionadas aqueles que já foram concebidos.

Outra questão de igual complexidade refere-se aos embriões excedentários. Diante disso, Dias (2016, p. 670) explica “Os embriões concebidos por manipulação genética, e que não foram implantados, são chamados de embriões excedentários”. Partindo-se desse

pressuposto, conclui-se que no momento em que é executado o procedimento de fertilização são gerados um grande número de embriões, a fim de que seja levada a termo a concepção, acontece que nem todos esses embriões são utilizados, sendo congelados até que seja definida a sua destinação.

Outrossim, considerando os atuais debates relacionados ao direito da personalidade, Dias (2016) argumenta sobre a possibilidade dos embriões excedentários serem equiparados aos nascituros, destarte, caso isso ocorra, serão estabelecidos a ambos os mesmos direitos e garantias.

Sintetizando os resultados alcançados no estudo dessa subseção, constata-se que a reprodução humana assistida homóloga é uma técnica aceita por grande parte da sociedade, sendo empregada quando as vias naturais forem esgotadas e mesmo assim não for alcançado o resultado satisfatório. Por conseguinte, visualiza-se diversificadas situações que são debatidas não só no campo jurídico, mas também no ético e religioso. Assim, o capítulo que se sucede retratará acerca da reprodução assistida heteróloga.

3.2. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA

Face ao estudo do tópico anterior, foi possível verificar os principais aspectos correlacionados a reprodução humana assistida homóloga. Agora, por se fazer oportuno, a subseção que se introduz tem como escopo abordar relativamente sobre o conceito, bem como as características da reprodução assistida heteróloga, assim é de extrema importância que sejam utilizados não apenas livros para embasar o estudo, mas também um suporte documental respaldado na análise da Resolução nº. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.

Levando em conta os esclarecimentos preliminares, no que se refere às noções conceituais, Dias (2016, p. 673) anuncia “A fecundação artificial heteróloga ocorre quando o marido ou o companheiro manifestam expressa concordância que sua mulher se submeta ao procedimento reprodutivo com a utilização de sêmen doado por terceira pessoa”.

Partindo dessa premissa, Madaleno (2018, p. 709) expõe a seguinte definição: “é heteróloga a inseminação artificial quando utiliza o sêmen de um doador que não o marido ou o companheiro, sendo imprescindível o expresso consentimento do parceiro”.

Nesse ínterim, Venosa (2017, p. 252) acrescenta “A inseminação heteróloga é aquela cujo sêmen é de um doador que não o marido. Aplica-se principalmente nos casos de esterilidade do marido, incompatibilidade do fator Rh, moléstias graves transmissíveis pelo

marido”. Salienta-se, que há bancos de esperma destinados para a concretização desse procedimento, demais disso, não se pode ter conhecimento da identidade dos doadores.

No tocante à divulgação dos doadores Dias (2016, p. 673) assevera “É obrigatória a manutenção do sigilo sobre a identidade dos doadores e dos receptores”.

Corroborando do mesmo pensamento, Madaleno (2018, p. 709) ensina:

O esperma do doador é, de regra, armazenado em banco de sêmen, passando por rotineira verificação de sua qualidade, havendo sigilo sobre a identidade do doador, mas fornecidos os dados dos respeitantes ao seu porte físico, suas características morfológicas, como o grupo sanguíneo, cor da pele, dos cabelos e dos olhos, cujas informações são cruciais aos donatários.

Dessa maneira, é notável que a análise das características morfológicas do doador é de significativa importância, pois deve haver compatibilidade com a receptora. Nesta direção, o inciso IV, item 7, da Resolução nº. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina elucida dispõe: “A escolha das doadoras de oócitos é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que a doadora tenha a maior semelhança fenotípica com a receptora”.

Seguindo esse contexto, Cassettari (2017, p. 43) reafirma:

Com relação aos doadores, a resolução determina que eles não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, e para isso será mantido sigilo, obrigatoriamente, sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores, mas, em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador. As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

Em relação ao consentimento, Dias (2016, p. 673) deixa claro “O consentimento não precisa ser por escrito, só necessita ser prévio”. Ademais, informa a impossibilidade da retratação do consentimento após a implantação do óvulo. Referente ao procedimento Cassettari (2017, p. 42) afirma:

O banco de sêmen é um serviço integrado a grupos de reprodução assistida, que permite a preservação do sêmen humano congelado para ser utilizado para futuras gestações. Nele, o sêmen é mantido por tempo indefinido, congelado em nitrogênio líquido (196° C negativos) para utilização em inseminação artificial ou outras técnicas de fertilização assistida para se conseguir gravidez.

Em seguida, Cassettari (2017) informa que por intermédio da masturbação serão colhidos os espermatozoides. Concluída a coleta e depois de analisados os espermatozoides, serão congelados e mantidos a temperatura de 196° C negativos. Além do mais, Cassettari (2017, p. 42) ainda apresenta a referida declaração “O sêmen congelado, tanto de pacientes como aqueles que fazem doação, é utilizado para inseminação artificial ou para fertilização “*in vitro*”. Nesse sentido, o médico observará o ciclo menstrual da paciente, a fim de que constate o momento oportuno para concretizar o objetivo da gravidez.

Não se pode perder de vista, que há duas modalidades de banco de sêmen, nesse desígnio, Cassettari (2017, p. 42) os distingue:

O banco de sêmen terapêutico mantém congelado sêmen de homens que vão se submeter a tratamentos que podem colocar em risco sua fertilidade, como a quimio ou a radioterapia, vasectomia, algumas cirurgias, entre outros. Já o banco de sêmen de doadores anônimos mantém espermas de homens que voluntariamente doaram seus gametas para casais cujo marido apresenta infertilidade que não pode ser tratada ou doença hereditária conhecida, como, por exemplo, hemofilia.

Verifica-se que a primeira categoria de banco de sêmen é destinada aos homens que irão realizar algum tratamento que possa ocasionar a sua infertilidade. Em outra direção, a segunda modalidade trata-se de sêmen ofertado por doadores anônimos, com fito de que futuramente sejam utilizados por homens inférteis.

De antemão, Cassettari (2017) informa os critérios observados na doação do sêmen. Dessa maneira, o doador deve ter faixa etária de 18 a 45 anos de idade, não pode possuir na família histórico de doenças hereditárias, além de manterem o sigilo, eles ainda serão submetidos a inúmeras avaliações e exames.

É importante ressaltar que após a manifestação do consentimento o esposo ou companheiro não terá o direito de negar a paternidade, como bem esclarece Cassettari (2017) nesses casos é reconhecida a filiação socioafetiva, o que impossibilita uma futura impugnação do reconhecimento da paternidade.

Por tais razões, conclui-se que essa subseção trouxe como resultado o conhecimento de mais uma técnica de reprodução humana assistida, diferente da primeira técnica exposta no tópico anterior, que para concretização do procedimento é necessário a utilização do próprio material genético do casal, para a efetivação da técnica heteróloga, é preciso que se utilize o material genético de um terceiro. Considerando essas informações, no tópico que se segue a abordagem será sobre a gravidez por sub-rogação do útero.

3.2.1. GRAVIDEZ POR SUB-ROGAÇÃO DO ÚTERO

O assunto que será debatido nessa subseção tem como foco principal relatar sobre a gravidez por sub-rogação do útero, popularmente conhecida como “barriga de aluguel”. Diante disso, para que haja um resultado satisfatório, a fim de que se obtenha o máximo possível de informações acerca do assunto será utilizado um arcabouço doutrinário amplo, bem como será realizado o estudo de legislações específicas.

De antemão, iniciando a discussão da temática, Dias (2016, p.675) apresenta a seguinte definição: “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”. Cumpre advertir, que o termo “barriga de aluguel”, é amplamente criticado pelo ordenamento jurídico, tendo em vista que a CRFB/1988 veda expressamente a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, veja-se:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. [...] § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o inciso VII, item 2, da Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina deixa claro “A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”. Na mesma direção, Madaleno (2018, p.713) declara sobre o assunto “A doação de óvulos no Brasil não pode envolver fins lucrativos, tanto que as doadoras assinam termo de consentimento em que aceitam a doação sem finalidade lucrativa, reconhecendo a obrigatoriedade do anonimato”.

Em outra perspectiva, Madaleno (2018) declara que há duas espécies de mães de substituição, sendo elas a mãe portadora e a mãe de substituição. Quanto à genitora portadora o doutrinador a define como aquela que concede seu útero, já a mãe de substituição é aquela que pode ceder tanto o útero, quanto seus óvulos. Sendo assim, a cedente deverá abrir mão dos seus direitos maternos e conseqüentemente entregar a criança logo após dar à luz.

Atualmente, a Resolução nº. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina é responsável por apontar as diretrizes que deverão ser respeitadas para a utilização desse procedimento. Ademais, o inciso VII, item 1, declara:

A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau-mãe/filha; segundo grau – avó/irmã; terceiro grau –tia/sobrinha; quarto grau –prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Federal de Medicina (BRASIL, 2017).

Como se constata, é necessário que a cedente temporária do útero possua um vínculo de parentesco com um dos parceiros, até o quarto grau, contudo, Madaleno (2018) explica que alguns conselhos regionais de medicina, têm adotado um entendimento mais flexível, inclusive, permitindo que amigas próximas cedam o seu útero temporariamente. Para tanto, Tartuce (2017, p.262) complementa:

Nas hipóteses de doação voluntária de gametas ou de gestação por substituição, deverão ser também apresentados: a) termo de consentimento prévio, por instrumento público, do doador ou doadora, autorizando, expressamente, que o de quem convive em união estável com o doador ou doadora, autorizando, expressamente, a realização registro de nascimento da criança a ser concebida se dê em nome de outrem; b) termo de aprovação prévia, por instrumento público, do cônjuge ou do procedimento de reprodução assistida; e c) termo de consentimento, por instrumento público, do cônjuge ou do companheiro da beneficiária ou receptora da reprodução assistida, autorizando expressamente a realização do procedimento.

Ainda sobre os requisitos essenciais para a permissão da utilização da gravidez por sub-rogação, Farias e Rosenvald (2017) reiteram:

É possível extrair os requisitos exigidos para a gestação em útero alheio: i) a maternidade por substituição deverá efetuar-se entre parentes até o quarto grau (mãe e filha, avô e neta, irmãs, primas), devendo os demais casos ser submetidos à prévia anuência do Conselho Federal de Medicina; ii) a cessão de útero terá, imperativamente, caráter gratuito,³ vedada a remuneração pelo ato (afastando-se, assim, os nebulosos exemplos de aluguel do corpo humano); e iii) que tenha finalidade médica a sua aplicação, ou seja, somente é permitida a utilização da técnica por pessoas que, realmente, não podem gestar, afastados os casos em que a mulher não quer ficar grávida por questões estéticas, por exemplo.

Em análise final, compreende-se que esse tópico trouxe informações importantíssimas para o desenvolvimento da pesquisa, como por exemplo, a avaliação da Resolução nº. 2168/2017. Dessa maneira, a abordagem seguinte será conclusiva na determinação do vínculo de maternidade, oportunamente será dissertado relativamente sobre os aspectos jurídicos da gravidez por sub-rogação do útero e o conflito positivo de maternidade.

4. ASPECTOS JURÍDICOS DA GRAVIDEZ POR SUB-ROGAÇÃO DO ÚTERO

É inegável que a análise jurídica da gravidez por sub-rogação do útero e demais técnicas de reprodução humana assistida é um tema bastante controverso. Imperioso ressaltar que para confecção desse tópico será utilizada a obra escrita por Rolf Madaleno e a Resolução de Medicina do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017.

Malgrado a evidente evolução da ciência e da tecnologia genética, verifica-se que o atual ordenamento jurídico brasileiro é omissivo quanto aos paradigmas que estão correlacionados às atuais técnicas de reprodução humana assistida, uma vez que não há uma legislação específica que aborda a maneira que será aplicada tais técnicas, bem como estabelece a solução jurídica viável no caso de conflito positivo de maternidade (MADALENO, 2018).

Destaca-se, que, a ausência de normas específicas regulando o assunto anteriormente mencionado ocasiona inseguranças jurídicas. Para tanto, é importante destacar que para amenizar os efeitos das lacunas existentes são utilizados instrumentos normativos como o Código Civil de 2002, a Resolução de Medicina nº. 2.168/2017, assim como entendimentos consolidados nos tribunais por intermédio de súmulas e jurisprudências. Sobre isso, Madaleno (2018, p. 702) esclarece:

Realmente, a abordagem acerca da reprodução assistida no Código Civil é superficial, só sendo referida por decorrência da filiação conjugal presumida, e a normatização da matéria deve ser estabelecida por leis especiais, porque são constantes e dinâmicas as mudanças nessa seara de infindas descobertas no campo da engenharia genética, não comportando sejam reguladas em códigos, cuja maior característica é justamente a estabilidade das leis.

Considerando essas afirmações, constata-se que ainda estão impregnadas no seio social as obsoletas presunções, tanto de maternidade, quanto de paternidade, o que constitui retrocesso frente ao avanço das técnicas de reprodução humana assistida. Ademais, é importante pontuar que atualmente a Resolução de Medicina nº. 2.168/2017 é responsável por identificar os padrões éticos e procedimentais que serão observados na aplicação das referidas técnicas. Assim, a título de esclarecimento Madaleno (2018, p. 704) assevera:

Embora ainda escassa qualquer regulamentação brasileira sobre a reprodução assistida, o tema está disciplinado pela Resolução n. 2.168, do Conselho Federal de Medicina, de 21 de setembro de 2017, e publicada no Diário Oficial da União, de 10 de novembro de 2017, revogada a Resolução CFM n. 2.121/2015, sendo a atual Resolução n. 2.168/2017 a única fonte normativa, constando do terceiro item de seu 5º inciso que devem os pacientes expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

No que diz respeito à importância da Resolução n. 2.168/2017, vislumbra-se que ela apresenta diversos tópicos que buscam esclarecer o que deverá ser observado para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, especialmente a gravidez por sub-rogação do útero. A título de exemplo pode-se citar as seções que retratam sobre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, pacientes de RA, as clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA, doação de gametas ou embriões, criopreservação de gametas ou embriões, diagnóstico genético pré-implantacional de embriões, gestação de substituição e por fim reprodução assistida *post-mortem*.

Por tais razões, conclui-se que é necessária a elaboração de uma legislação especial para regulamentar esses pontos controvertidos. Nesse sentido, essa subseção trouxe como resultado a reflexão de que ainda não evoluímos o suficiente no que tange a apresentação de respostas concretas aos casos que são submetidos à apreciação do poder judiciário. Considerando essas informações, é que se torna necessária uma análise pormenorizada do conflito positivo de maternidade, com enfoque no estudo da Resolução de Medicina n. 2.168/2017 e arrestos jurisprudenciais.

4.1. CONFLITO POSITIVO DE MATERNIDADE

A abordagem que se inicia na presente subseção tem como enfoque o estudo do conflito positivo de maternidade. Desse modo, esse tópico foi elaborado utilizando como instrumentos de investigações a obra “o estado atual de biodireito” escrita por Maria Helena Diniz e o trabalho de conclusão de curso da acadêmica Monaise Carteri Coradi.

É mister destacar que com a consolidação das técnicas de reprodução humana assistida no seio social, a presunção *mater semper certa est* (a mãe sempre é certa) foi relativizada, tendo em vista que por intermédio das técnicas de reprodução humana assistida, especialmente, a gravidez por sub-rogação do útero, é possível que a maternidade subsista em relação à genitora que concedeu o material biológico ou a que gestou. Diante disso, Diniz (2017, p. 740) argumenta:

Na fecundação na proveta, a criança poderá ter duas mães: uma institucional e outra genética; dois pais, o institucional, que será o marido de sua mãe, que anui 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.

Compreendendo a relevância das questões suscitadas, bem como os pontos controvertidos que essa temática possui, Diniz (2017) apresenta alguns questionamentos como, por exemplo, se seria viável a formulação de uma nova definição de maternidade e paternidade? Se mediante a dificuldade na determinação da maternidade na fertilização *in vitro*, na hipótese em que o óvulo for de uma doadora, quem será a mãe, a doadora ou a mulher em que cujo útero foi introduzido o óvulo de outra? Frente a esses apontamentos questiona-se no caso de gravidez por sub-rogação do útero, sobrevivendo o litígio, o vínculo de maternidade subsistirá em relação à genitora que concedeu o material biológico ou a que gestou? A quem o poder judiciário deverá conceder a guarda da criança? Ademais, Diniz (2017, p.471) indaga “O que teria mais valor: o conteúdo genético transmitido ao filho ou o vínculo afetivo criado entre gestante e o feto”?

Nesse sentido, Coradi (2014, p. 46) em seu trabalho de conclusão de curso que tem como título conflito positivo de maternidade frente à gravidez de substituição transcreve considerações significativas:

O entendimento e a solução dada pela doutrina quanto ao conflito positivo de maternidade é divergente. Há quem entenda que mãe seria aquela que gestou e deu à luz, em razão da presunção *mater semper certa est*. E, de acordo com tal entendimento, preceitua Denise Rodrigues que “mãe é a que dá a luz independentemente de que técnica de reprodução esta tenha se valido”, ainda, conclui “que o termo substituição é utilizado erroneamente, pois quem gerou é a verdadeira mãe e só haverá substituição após a entrega do bebê a mãe que o criará” (RODRIGUES, 2008, p.409, *apud* CORADI, 2014, p. 46).

Em continuidade, Diniz (2017, p. 741) anuncia “O Código Civil búlgaro (art.31), a Lei espanhola n.14/2006, art.10.2, a Lei inglesa e o Código Civil suíço (art.251, 1) entendem que a mãe é a que deu a luz, pois a filiação dos nascidos por gravidez por sub-rogação deve ser determinada pelo parto”.

Em direção adversa, Diniz (2017, p. 741) informa “Nos Estados Unidos, um juiz entregou a criança ao casal encomendante, porque tinha mais condições de criá-la”. Além disso, cumpre assinalar que nesse país não é vedada a utilização da “barriga de aluguel”, desde que haja o consentimento das partes firmado por meio de um acordo que deverá ser submetido ao poder judiciário. Assim, Coradi (2014, p. 46) alude em trabalho acadêmico:

O desejo de ter um filho e os laços de afeto construídos são mais importantes que a simples descendência. O vínculo do amor é o mais importante e significativo na vida de qualquer pessoa, principalmente de uma criança. Esta lição acha-se consignada desde a antiguidade, na Bíblia. O astuto Rei Salomão, para dirimir o litígio entre duas mulheres que diziam ser mães de uma criança não se serviu de nenhum critério que necessitasse a análise da natureza biológica da criança, ou da discussão de quem

gerou, mas sim, na circunstância de amar e servir (TEIXEIRA, 2005, p.319, *apud*,) CORADI, 2014, p. 46).

Face a essas considerações, em que se demonstra a relevância do afeto em detrimento ao vínculo biológico, Diniz (2017, p. 741) opina da seguinte maneira:

Deverá o legislador optar pela prevalência da presunção da paternidade e da maternidade em prol do casal que idealizou o nascimento; o filho, aos olhos da lei, dele será, mesmo que o material genético não seja seu, pouco importando que tenha sido ou não gerado no útero da esposa ou se ela forneceu o óvulo, fecundado pelo sêmen do marido ou de terceiro e gestado no ventre de outra mulher.

Ao ensejo da conclusão desse item, constata-se que, para Diniz (2017) a paternidade e a maternidade será atribuída para aqueles que optaram e quiseram o nascimento da criança.

Posto isto, na subseção posterior será realizado o estudo da Resolução de Medicina nº. 2.168/2017, documento este que trará contribuições essenciais para a pesquisa, pelo fato de ser o único instrumento normativo que apresenta os aspectos éticos e procedimentais das técnicas de reprodução humana assistida, especialmente a gravidez por sub-rogação do útero.

4.2. ANÁLISE DA RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 2.168/2017

A subseção que se inicia tem como objetivo realizar o estudo da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017. Desta forma, serão expostos alguns dos princípios gerais, pacientes das técnicas de RA, referentes às clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA, doação de gametas ou embriões, criopreservação de gametas ou embriões, diagnóstico genético pré-implantacional de embriões, sobre a gravidez por sub-rogação do útero e por fim reprodução assistida *post-mortem*.

Cumprido observar, preliminarmente, os pontos relevantes dos princípios gerais, desse modo, o inciso I, item 1, da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, informa “As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”.

Verifica-se que o processo de procriação por intermédio das técnicas de reprodução humana assistida carrega na sua essência condições que devem ser respeitadas, assim o § 1º, do inciso I, da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017 preleciona “A idade máxima das candidatas à gestação por técnicas de RA é de 50 anos”. Ademais, o item 6 do

mesmo inciso deixa claro “É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana”.

Por conseguinte, o inciso I, item 4, da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, expõe aspectos relevantes sobre o consentimento. Para tanto, destaca-se:

O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. 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 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 (BRASIL, 2017).

Em atenção ao item 4, inciso I, infere-se que para um bom desempenho na aplicação das técnicas de reprodução humana assistida, é necessário compreender a importância dos aspectos biológicos, jurídicos e éticos. Quanto aos pacientes das técnicas de RA, o inciso II, item 1, da Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.168/2017, declara:

Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA, desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente (BRASIL, 2017).

Vislumbra-se que além, do consentimento é preciso que todos os participantes de tais procedimentos estejam cientes da legislação em vigor. Diante disso, no que se refere às clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA, a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.168/2017, esclarece:

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, pela coleta, pelo manuseio, pela conservação, pela distribuição, pela transferência e pelo descarte de material biológico humano dos pacientes das técnicas de RA (BRASIL, 2017).

Sendo assim, nota-se que as clínicas e centros possuem a responsabilidade de garantirem que todo o procedimento seja realizado com segurança. Acrescente-se ainda, o disposto no inciso IV, item 1 da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017 “A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”. Demais disso, o item 2 assevera “Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. Para tanto, o item 4,

contido no inciso IV, retrata sobre o sigilo da identidade dos doadores e receptores de embriões, senão, vejamos:

Será mantido, obrigatoriamente, 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) (BRASIL, 2017).

Em se tratando da criopreservação de gametas ou embriões, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, predispõe:

No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los (BRASIL, 2017).

Diante disso, há no cenário social, ético, religioso e jurídico, calorosos debates sobre o descarte dos embriões criopreservados, sobre isso a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, no item 4, inciso V, pontua que “Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes”. Ademais, o item 5, do mesmo inciso ainda prescreve “Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados”.

Tendo como referência o diagnóstico genético pré-implantacional de embriões, o inciso VI, do item 1, da Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.168/2017, aborda:

As técnicas de RA podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s) devidamente documentada em consentimento informado livre e esclarecido específico (BRASIL, 2017).

Denota-se que o consentimento dos pacientes deve ser devidamente documentado, a fim de que haja uma maior efetividade e segurança na aplicação das técnicas de reprodução humana assistida. Nesse sentido, a resolução anteriormente mencionada discorre sobre a gestação por substituição, sendo assim, o inciso VII, da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, informa:

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra indique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira (BRASIL, 2017).

Como se depreende, para submissão do processo de gravidez por sub-rogação do útero há limitações específicas, ou seja, a doadora genética deve possuir alguma anomalia fisiológica que impeça de gestar, ademais, esse procedimento também poderá ser aplicado nas hipóteses de união homoafetiva, ou pessoas solteiras. Por conseguinte, o item 1, predisposto no inciso VII, da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, estabelece os seguintes critérios:

A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau- mãe/filha; segundo grau-avó/irmã; terceiro grau-tia/sobrinha; quarto grau-prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina (BRASIL, 2017).

Observa-se que o critério do parentesco em situações especiais pode ser relativizado, desde que o Conselho Federal de Medicina autorize. Em última análise no que diz respeito à gravidez por sub-rogação do útero, o inciso VII, item 3.5, esclarece que é essencial que ocorra o “Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez”.

Por último, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, pontua sobre a reprodução assistida *post-mortem*, dispondo que “É permitida a reprodução assistida *Post mortem* desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

Encerrado o estudo da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, é possível concluir que este documento trouxe para a pesquisa como resultado as principais diretrizes éticas, jurídicas e procedimentais que deverão ser respeitadas na implementação das técnicas de reprodução humana assistida. Diante disso, no tópico seguinte será realizada uma análise jurisprudencial e doutrinária, a fim de que mediante o estudo de casos concretos se possa efetivamente chegar a uma conclusão acerca da determinação do vínculo de maternidade, considerando as divergências existentes no campo doutrinário e as lacunas legislativas no ordenamento jurídico.

4.2.1. ANÁLISE DA GRAVIDEZ POR SUB-ROGAÇÃO DO ÚTERO SOB O PRISMA JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO

No presente tópico será realizada a análise da gravidez por sub-rogação do útero sob uma ótica jurisprudencial e doutrinária. Cumpre sublinhar que a finalidade é demonstrar através de casos concretos como os tribunais têm reagido diante o conflito positivo de

maternidade. Para a elaboração da subseção serão utilizados enunciados jurisprudenciais e livros redigidos por renomados juristas, tais como Maria Helena Diniz e Christiano Cassettari.

Inicialmente, a investigação surge com a verificação dos principais pontos apresentados nos autos nº. 2009.0010.4323, pelo juiz auxiliar de corregedoria José Marcelo Tossi Silva em parecer jurídico endereçado ao Egrégio Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, em que o desembargador Antônio Carlos Munhoz Soares aprovou o parecer do juiz auxiliar de corregedoria, negando provimento ao recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo, em que se discutia a imputação da maternidade e da paternidade aos fornecedores de materiais genéticos empregados para fertilização *in vitro* e inseminação artificial. Conforme se depreende nos autos em epígrafe, o casal Hélio Ferreira da Cunha Júnior e Sandra Regina Locatelli, movidos pelo desejo de procriarem, não obstante impossibilitados de utilizarem as vias comuns para concretização de tal objetivo, haja vista Sandra Regina possuir uma anomalia fisiológica que a impede de gestar, sendo assim, o referido casal recorreu à cunhada de Hélio Ferreira da Cunha Júnior, para que ela cedesse temporariamente seu útero, com o fito de viabilizar o desenvolvimento do embrião. Nesse sentido, ficou estabelecido que logo após o período de gestação, Mônica Emi Tsuruda, deveria entregar a criança ao casal, abdicando-se do direito de assumir a maternidade. Acontece que mesmo havendo a declaração expressa de que ela não possuía o desejo de assumir a maternidade, o Centro de Atenção à Saúde da Mulher – CAISM, Unicamp, expediu a declaração de nascido vivo identificando a cunhada de Hélio, como genitora, considerando o fato de que foi ela que deu a luz à criança. Diante disso, no que se refere ao possível conflito de maternidade o Ministério Público do Estado de São Paulo destaca:

[...] O recorrente alega, em suma, que a maternidade é presumida pela gestação, sendo mãe aquela que pariu a criança. Afirma que o contrato celebrado entre os envolvidos, intermediado por médicos do Centro de Reprodução Humana de Campinas, ligado à Faculdade de Medicina da Unicamp, não supera o princípio da maternidade certa pela gestação e parto [...]. (TJ-SP, 2010, p.01, on-line). (BRASIL, 2010).

Em seguida, relata ainda sobre a importância da preservação do melhor interesse da criança, bem como a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana, que de acordo com o que está disposto nos autos nº. 2009.0010.4323, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo serão garantidos com a lavratura de assento de nascimento. Nesse sentido, o Ministério Público do Estado de São Paulo assevera:

[...] Considera que a lavratura do assento de nascimento na forma pretendida não possibilitará o futuro conhecimento, pela criança, de sua real origem, porque ocultará a verdadeira maternidade. Além disso, não existe regulamentação legal para a prática pretendida pelos recorridos, o que impõe maiores cautelas e impede, por sua vez, a presunção de paternidade e maternidade tão só pelas declarações apresentadas pelos interessados, nas quais se inclui a do médico responsável pela fertilização e pela inseminação [...] (TJ-SP, 2010, p.02, on-line). (BRASIL, 2010)

Assim, tendo como base as informações anteriormente mencionadas, as quais demonstram que tanto a maternidade, quanto a paternidade, não devem ser presumidas apenas pelas declarações prestadas pelos interessados, o Ministério Público do Estado de São Paulo, no processo nº. 2009.0010.4323, argumenta sobre uma possível ilegalidade no procedimento de manipulação genética. Nesse contexto:

[...] Tece comentários sobre a possibilidade de manipulação genética vedada ou ilegal. Afirma, por fim, que a genitora que deu à luz não tem parentesco com os supostos pais biológicos o que contraria a resolução do Conselho Federal de Medicina destinada a impedir a comercialização do útero [...] (TJ-SP, 2010, p.02, on-line). (BRASIL, 2010).

Não obstante, a apresentação do recurso pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer pelo não provimento do recurso. Nesse paradigma, em análise aos autos nº. 2009.0010.4323 o juiz auxiliar Silva argumentou:

[...] Fundado na inexistência de vedação legal para o procedimento adotado na fertilização e inseminação artificiais, na natureza relativa das presunções de paternidade e maternidade decorrentes da lei, e no melhor interesse da criança, determinou a lavratura do assento de nascimento com consignação de que é filha de seus pais biológicos, ou seja, fornecedores dos materiais genéticos utilizados na fertilização *in vitro*, com arquivamento do procedimento pelo Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais para fornecimento, aos interessados, de certidão relativa ao seu conteúdo, mediante prévia autorização judicial [...] (TJ-SP, 2010, p.03, on-line). (BRASIL, 2010).

Ademais, acrescente-se ainda que a documentação acostada nos autos foi fundamental para a posterior decisão do desembargador Antônio Carlos Munhoz Soares, o qual aprovou o parecer do Juiz auxiliar da corregedoria, negando, portanto, provimento ao recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo. Registre-se ainda, que no presente caso o que prevaleceu foi à maternidade vinculada ao material genético concedido pelo casal solicitante do procedimento.

É inegável que para a solução do conflito positivo de maternidade é necessário que cada caso em específico seja apreciado de maneira subjetiva, como visto no julgado anterior, a

maternidade e paternidade foram determinados pelo critério genético, no entanto, há casos que o critério socioafetivo é que irá prevalecer.

Assim, utilizando esse argumento como fundamento o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, no julgamento de apelação cível alicerçou entendimento voltado à consolidação dos laços socioafetivos. Nessa direção a relatora Reis entendeu:

[...] Superada tal premissa, qual seja, de que a relação jurídica, consolidada sobre laços socioafetivos prevalece sobre a ligação genética, é preciso esclarecer que a posse do estado de filho decorre de vínculo afetivo, apoiado no tratamento e cuidado dispensado, nas responsabilidades assumidas, na relação de confiança estabelecida, e excede o âmbito familiar, conferindo aparência de filiação para toda a comunidade, situação que interfere na formação da personalidade [...] (TJ-GO, 2019, p.04 on-line). (BRASIL, 2019).

É notório que o aspecto socioafetivo não pode ser desconsiderado no momento da determinação da maternidade. Nessa acepção Diniz (2017, p. 741) de maneira categórica revela a sua opinião sobre qual é a decisão adequada nas hipóteses de conflito de maternidade, senão, vejamos:

Julgamos que **deverá o legislador optar pela prevalência da presunção da paternidade e da maternidade em prol do casal que idealizou o nascimento**; o filho, aos olhos da lei, dele será, mesmo que o material genético não seja seu, pouco importando que tenha sido ou não gerado no útero da esposa ou se ela forneceu o óvulo, fecundado pelo sêmen do marido ou de terceiro e gestado no ventre de outra mulher (grifo nosso).

Por tais razões, verifica-se que não há um precedente específico para o magistrado se pautar no momento de proferir sua decisão sobre quem será considerada mãe da criança. Sendo assim, observando a atual estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, partimos do pressuposto que genitora será aquela que garantir o melhor interesse da criança. Com base nisto, Cassettari (2017, p. 38) ratifica:

Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico – ampliado pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas –, **deve o Juiz pautar se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar** e conseqüente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras (grifo nosso).

Na mesma direção o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, no julgamento do agravo de instrumento, ressaltou a importância do princípio do melhor interesse da criança. Nesta esteira, verifica-se a concepção do relator Rosa:

[...] Em proêmio, vale considerar que a regulamentação do direito de visitas, assim como todas as questões que envolvem menores, deve prestigiar primordialmente o interesse da criança (art. 227, caput, da Constituição Federal), já que a convivência familiar assegura não só a formação de laços afetivos, como contribui ainda para a formação físico-psicológica do infante [...] (TJ-GO, 2019, p.03, on-line). (BRASIL, 2019).

Em atenção às informações expostas, verifica-se que este capítulo contribuiu para o resultado da monografia, demonstrando os pontos que devem ser observados para a solução do conflito positivo de maternidade. Sendo assim, foi possível constatar que o ordenamento jurídico brasileiro ainda possui deficiências no campo normativo, não sendo possível aferir uma resposta objetiva para o conflito positivo de maternidade por ausência de uma lei específica que regule o caso. Ademais, constata-se ainda a relevância de uma análise principiológica em questões subjetivas como a que foi apresentada no trabalho. Diante disso, tendo como base o estudo da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, bem como o estudo da gravidez por sub-rogação do útero, sob uma ótica doutrinária e jurisprudencial, conclui-se que o magistrado fará uma análise minuciosa, a fim de identificar qual genitora garantirá o melhor interesse da criança.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com amparo em todo estudo realizado até aqui, que foi baseado em obras doutrinárias de renomados autores do ramo do Direito civil, jurisprudências e legislações que regem a matéria ora em comento, pode-se afirmar que os objetivos da presente pesquisa foram alcançados, bem como chegou-se a uma resposta para o problema inicialmente proposto.

Verifica-se, pois, que no primeiro capítulo o estudo se debruçou na nova ideia de filiação, pontuando as mutações que o direito de família sofreu em comparação com o que se pregava há algumas décadas. Seguindo a esteira, demonstrou-se que, com os avanços na tecnologia, notadamente no ramo da engenharia genética, a ideia de filiação biológica se estendeu, ao passo que, hodiernamente, não se tem apenas o meio natural ou carnal para se caracterizar o vínculo biológico, mas também as várias técnicas de reprodução humana assistida.

Nesse ínterim, exsurgiu-se de forma cristalina a importância da filiação socioafetiva na determinação da maternidade, demonstrando que nem sempre as famílias adotaram a afetividade como elemento constituinte do elo entre seus integrantes, vez que a noção do afeto abrange uma visão de pessoa, e da sua subjetividade, que nem sempre esteve presente.

No segundo capítulo, a temática discutida foi sobre os parâmetros técnicos e científicos da reprodução humana assistida, nessa etapa foram abordados os conceitos e realizadas detidas análises concernentes à reprodução assistida homóloga, heteróloga e gestação por sub-rogação do útero.

No terceiro capítulo, com o escopo de se extrair informações significativas sobre o conflito positivo de maternidade, o estudo esteve voltado à análise jurídica da gestação por sub-rogação do útero, sendo apresentadas informações primordiais a respeito do conflito de maternidade, trazendo à baila, novamente, a pergunta que direcionou a pesquisa, a saber, no caso de gravidez por sub-rogação do útero, o vínculo de maternidade prevalecerá em relação à genitora que viabilizou o material biológico ou a que gestou?

Destarte, no que tange às possibilidades técnicas e jurídicas da reprodução humana assistida, notadamente a gestação por sub-rogação do útero, vulgarmente conhecida como “barrida de aluguel”, observa-se que, hodiernamente, não existe mais dúvidas de que as relações familiares estão baseadas na afetividade. A concepção arcaica sobre a maternidade biológica resta superada, cedendo lugar ao aspecto afetivo da função maternal, que externa a máxima, segunda a qual, mãe é aquela que, mesmo ciente da inexistência de liame biológico, trata o filho

com atitudes de afeto, amor e carinho. Lado outro, a filiação socioafetiva não exclui a filiação biológica, porquanto esta constitui direito da personalidade.

Outrossim, por intermédio deste estudo, que foi durante todas as suas etapas baseado em obras doutrinárias, arrestos jurisprudenciais e, principalmente, na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, restou-se evidenciado que a melhor solução jurídica, no caso de advir conflito positivo de maternidade, é conceder a tutela à genitora que conseguir comprovar que garantirá o melhor interesse da criança, pois conforme a matéria esposada, sempre que houver algum conflito envolvendo infante, este deverá ser decidido com fulcro no princípio do melhor interesse da criança.

É premente que se deixe claro, por fim, que, não existe um consenso único e absoluto do que seria o melhor interesse da criança, sendo que, o mais prudente, nesse cenário, é que o Juiz, diante do caso concreto, decida de modo a assegurar os direitos da criança, garantindo, assim, que ela obtenha um acolhimento seguro e respaldado no afeto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 de mai. 2020.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 de mai. 2020.

BRASIL. **Resolução CFM nº. 2.168/2017**. Brasília-DF em 21/09/2017. Diário Oficial da União D.O.U. Publicado em 10/11/2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 05 de mai. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF. **Agravo de Instrumento nº 0714944-04.2017.8.07.0000**, da 1ª Turma Cível. Relator: Roberto Freitas. Acórdão em 14 de março de 2019. Publicado em 14 de março de 2019. Disponível em:<<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574384233/7149440420178070000-df-0714944-0420178070000/inteiro-teor-574384292?ref=serp>>. Acesso em: 19 de mai.2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Agravo de Instrumento nº 5545179.56.2018.8.09.0000**, da 1ª Câmara Cível. Relator: Maurício Porfírio Rosa. Acórdão em 19 de março de 2019. Publicado em 22 de março de 2019. Disponível em:<https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=92350776&hash=327547700345764523075489842234343728419&CodigoVerificacao=true> Acesso em: 20 de mai.2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Apelação Cível nº 0230165.75.2015.8.09.0040**, da 6ª Câmara Cível. Relatora: Sandra Regina Teodoro Reis. Acórdão em 26 de fevereiro de 2019. Publicado em 26 de fevereiro de 2019. Disponível em:<<https://tjgo.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712681715/apelacaoapl2301657520158090040/inteiro-teor-712681716?ref=serp>>. Acesso em: 28 de mai.2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Parecer Jurídico nº 2009.104.323**. Corregedor Geral da Justiça: Antônio Carlos Munhoz Soares. Parecer em 19 de março de 2010. Publicado em 25 de março de 2010. Disponível em:<<http://www.tjsp.jus.br/cc0/obterArquivo.do?cdParecer=1672>>. Acesso em: 17 de mai.2020.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva**: efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CORADI, Monaise Carteri. **Conflito Positivo de Maternidade Frente à Gravidez de Substituição**.Disponível em:<http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/498/1/PF2014Monaise_Carteri_Coradi.pdf>. Acesso em 25 jul.2020.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil: família, sucessões**, volume 5 [livro eletrônico]. -2. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil – Vol. V / Atual**. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, Vol. 6: direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: direito de família**. Volume V. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de Direito Civil: direito de família**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: em busca do direito justo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

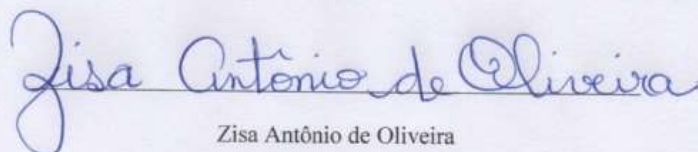
TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DECLARAÇÃO

Eu, **Zisa Antônio de Oliveira**, graduada em Letras, pela Universidade Estadual de Goiás (UEG-GO), declaro para os devidos fins que fiz a correção gramatical do português no Trabalho Monográfico do acadêmico Samuel Oliveira Milhomem, cujo título é **"GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: A DIFICULDADE EM DETERMINAR A MATERNIDADE JURÍDICA DA CRIANÇA GERADA ATRAVÉS DE SUBROGAÇÃO DO ÚTERO"**, do curso de Direito, pela Faculdade Evangélica de Rubiataba/GO.

Crixás/GO, 30 de agosto de 2020

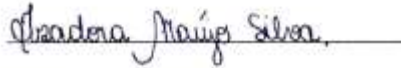


Zisa Antônio de Oliveira

DECLARAÇÃO DE TRADUÇÃO

Eu, Isadora Araújo Silva, cidadã Norte Americana, com naturalidade Estadunidense, declaro que realizei a tradução do Abstract "Gestação por substituição: A dificuldade em determinar a maternidade jurídica da criança gerada através de sub-rogação do útero" (Substitution gestation: The difficulty in determining the legal maternity of the child generated by the subrogation of the uterus) em inglês, escrito por Samuel Oliveira Milhomem, e submetido à banca examinadora do curso de Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba.

Atenciosamente,



Isadora Araújo Silva