

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO

JÚLIA BERUTTI FESTA

ASPECTOS JURÍDICOS DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO:
Uma Análise à Luz da Legislação Brasileira e do Direito Comparado

São Leopoldo

2019

JÚLIA BERUTTI FESTA

**ASPECTOS JURÍDICOS DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO:
Uma Análise à Luz da Legislação Brasileira e do Direito Comparado**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais, pelo Curso
de Direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos – UNISINOS

Orientadora: Prof.^a Ms. Fernanda Siqueira Fiorin

São Leopoldo

2019

RESUMO

O presente estudo teve como objetivo a análise do avanço das técnicas de reprodução humana assistida, assim como identificar o seu reflexo nas questões jurídicas atinentes às relações de família. Delimita-se o estudo ao procedimento de gestação de substituição, abordando aspectos como os requisitos e os limites para a sua realização no Brasil. Aponta-se, ainda, os parâmetros internacionais para tratar da técnica, bem como os projetos de lei brasileiros em tramitação. O estudo se deu através de pesquisa doutrinária, consulta a artigos científicos físicos e *online*, análise jurisprudencial, pesquisa de legislação, além de busca de dados atualizados e notícias em campos disponíveis na internet. A partir disso, é possível constatar os conflitos advindos da reprodução humana assistida, e como proceder com base na legislação brasileira e outras fontes do direito. Além disso, identifica-se a posição de outros países acerca da matéria, e faz-se uma análise dos projetos de lei brasileiros.

Palavras-chave: Reprodução assistida. Filiação. Gestação de substituição.

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Indireta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CC	Código Civil
CCJC	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
CID	Cadastro Internacional de Doenças
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPMA	Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
DNV	Declaração de Nascido Vivo
EUA	Estados Unidos da América
FIV	Fertilização <i>in vitro</i>
GIFT	<i>Gamete Intrafallopian Transfer</i>
ICSI	<i>Intracytoplasmic Sperm Injection</i>
IU	Inseminação Intrauterina
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
PL	Projeto de Lei
PMA	Procriação Medicamente Assistida
RHA	Reprodução Humana Assistida
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
UPA	<i>Uniform Parentage Act</i>
ZIFT	<i>Zygote Intrafallopian Transfer</i>

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS	8
2.1 Regras, Princípios e as Normas de Direitos Fundamentais	8
2.2 Os Princípios Constitucionais na Reprodução Assistida.....	9
2.2.1 A Dignidade da Pessoa Humana	10
2.2.2 Liberdade e Igualdade Familiar	14
2.3 Os Direitos Fundamentais na Reprodução Assistida	18
2.3.1 Direito à Vida	19
2.3.2 Direito à Saúde.....	25
2.3.3 Direito ao Planejamento Familiar	34
3 ASPECTOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA	40
3.1 As Modalidades de Reprodução Assistida	40
3.1.1 Modalidades Intracorpóreas	42
3.1.2 Modalidades Extracorpóreas.....	44
3.2 O Estabelecimento dos Vínculos de Filiação	48
3.2.1 Reprodução Homóloga.....	54
3.2.2 Reprodução Heteróloga	58
3.2.3 Gestação de Substituição.....	63
4 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO	68
4.1 O Procedimento no Brasil	68
4.1.1 A Mãe de Substituição.....	69
4.1.2 Termo de Consentimento Informado	72
4.1.3 Caráter Gratuito ou Oneroso	76
4.2 Legislação Estrangeira	79
4.2.1 Portugal.....	80
4.2.2 Espanha	82
4.2.3 França	85
4.2.4 Itália.....	86
4.2.5 Estados Unidos da América	88
4.2.6 Canadá.....	91
4.3 Projetos de Lei em Tramitação	92

4.3.1 Projeto de Lei nº 2.855/1997	92
4.3.2 Projeto de Lei nº 1.184/2003	93
4.3.3 Projetos de Lei nº 4.892/2012 e nº 115/2015	95
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	99
REFERÊNCIAS.....	103

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo pesquisar o avanço da biotecnologia no que diz respeito às técnicas de reprodução assistida, que consistem em modalidades artificiais de reprodução humana. Com isso, busca-se identificar quais são as novas questões jurídicas que necessitam de amparo legal, a fim de garantir segurança jurídica aos que optam pelo procedimento, pontuando questões de ordem jurídica, principiológica e interdisciplinar. Para tanto, o trabalho foi estruturado em três capítulos.

No primeiro capítulo, aborda-se os princípios que regem as relações de família, e constituem a base principiológica do direito de acesso às técnicas de reprodução assistida. Fala-se do princípio da dignidade da pessoa humana como base de todo o ordenamento jurídico, aliado aos princípios da liberdade e da igualdade familiar. Aborda-se, ainda, os direitos fundamentais relacionados, especialmente o direito à vida, à saúde e ao planejamento familiar, intimamente ligados ao tema deste trabalho.

No segundo capítulo, faz-se uma análise do progresso biotecnológico como meio capaz de responder aos anseios do homem moderno. Aborda-se as diversas modalidades intracorpóreas e extracorpóreas de reprodução humana assistida e suas particularidades, bem como o seu funcionamento frente às dificuldades reprodutivas dos indivíduos. A par disso, aponta-se os conflitos advindos das inovações científicas, especialmente no âmbito das relações de filiação e parentalidade na reprodução homóloga, heteróloga e na gestação de substituição. Além disso, busca-se solucionar as questões com base nas leis brasileiras e demais fontes do direito.

O terceiro e último capítulo versa a respeito dos aspectos gerais da maternidade de substituição, especificamente sobre os requisitos para a realização do procedimento e as características do termo de consentimento informado. Ademais, faz-se uma análise sobre as posições doutrinárias acerca do caráter oneroso ou gratuito do procedimento e sua possibilidade, além de relatar como é realizada, atualmente, a gestação de substituição no Brasil.

Após a exposição do cenário brasileiro da gestação de substituição, relata-se os principais aspectos das legislações estrangeiras mais comentadas em matéria de reprodução assistida. Aponta-se a posição de alguns países da Europa e da

América do Norte no que tange a gestação de substituição, bem como os temas relacionados em direito sexual e reprodutivo. Por fim, aborda-se os projetos de lei em tramitação no Brasil, e faz-se uma análise dos seus dispositivos em relação à situação brasileira e internacional.

2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS

A evolução da ciência reprodutiva e seus fatores sociais, biológicos, psicológicos e econômicos exige que o direito propicie instrumentos que tornem possível o exercício da reprodução humana livre de coerções injustas.¹ A adaptação da ciência jurídica aos novos modelos sociais deve ser constante, sempre em busca da plena efetivação da essência física e espiritual do ser humano. Assim, será tratado a seguir o surgimento dos direitos reprodutivos, bem como a sua evolução e o seu panorama atual no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Regras, Princípios e as Normas de Direitos Fundamentais

Por muito tempo os princípios foram tratados como fontes supletivas do direito, com o propósito de preencher lacunas legais, ideia presente no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro² (LINDB): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Assim, os princípios possuíam uma função menor e acessória, não reconhecidos como fonte autônoma de direito.³ Com a constitucionalização do direito civil, os princípios foram elevados ao ápice da pirâmide normativa, na medida em que fundamentam todo o ordenamento jurídico.⁴

As normas constitucionais possuem força normativa própria e se dividem em princípios e regras, estes que se diferenciam por seu conteúdo semântico, pelo modo de incidência e aplicação.⁵ Desse modo, a fim de entender a função das normas consagradoras de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário diferenciar regras e princípios, ambos utilizados na sua aplicação.

¹ HAAB, Tuiscon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial**: à luz da Constituição e das leis civis. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 51.

² BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 1 jun. 2019.

³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 82.

⁴ LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 107.

⁵ Ibid., p. 106.

A força constitutiva das regras se esgota nela mesma, ou seja, uma regra somente é aplicável ao caso específico nela contido. A incidência da regra ocorre pela concretização do seu suporte fático hipotético, que se converte no fato jurídico e produz a respectiva tutela jurisdicional. Ao contrário das regras, os princípios possuem suporte fático indeterminado e aberto, cuja incidência depende da sua aplicação no caso concreto posto em discussão.⁶

Sendo assim, não há como promover a aplicação integral dos princípios, como a dignidade da pessoa humana, da boa-fé, ou da liberdade. Isso porque possuem uma infinidade de condutas, e dependem da ação concreta a ser tomada de forma ponderada, ao passo que as regras, “por exigirem a realização de comandos determinados, têm pretensão de exclusividade, isto é, ou são consideradas cumpridas, ou são consideradas descumpridas: tudo ou nada”.⁷ Em suma, as regras são mandamentos definitivos, uma vez que ordenam exatamente como deve-se agir, e os princípios são mandamentos de otimização, pois indicam as razões a serem utilizadas no caso concreto.⁸

2.2 Os Princípios Constitucionais na Reprodução Assistida

A Constituição Federal contém princípios gerais, aplicáveis a todas as relações sociais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. Há, também, alguns princípios exclusivos ao direito de família, como o princípio da proteção integral, da proteção ao idoso, da convivência familiar e do melhor interesse da criança.⁹ Como já referido, todos constituem normas constitucionais e devem ser observados nas soluções dos conflitos jurídicos.

O caráter flexível do comando normativo dos princípios permite que coexistam, em um mesmo caso, mais de um princípio jurídico. Sendo assim, sobrevindo conflito entre dois princípios fundamentais, utiliza-se a ponderação ou balanceamento. Por serem todos dotados do mesmo valor e hierarquia, não há um caráter preferencial entre eles, e a solução no caso concreto fica sujeita às máximas

⁶ LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 107.

⁷ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 95.

⁸ Ibid., p. 94.

⁹ MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2019. p. 17.

da proporcionalidade sob os limites fáticos e jurídicos. Destarte, a partir de um juízo de ponderação, opta-se pela solução que tutele o princípio mais urgente, e que menos lese o princípio restringido.¹⁰

Nesse contexto, diferente das regras, os princípios propiciam a adaptação do direito ante a evolução dos valores da sociedade. Assim, os princípios incidirão de modo a melhor proteger os valores daquele momento histórico, auxiliando o julgador diante da obsolescência das regras jurídicas.¹¹ Por isso a grande relevância dos princípios constitucionais na resolução dos problemas gerados no âmbito da reprodução humana assistida que, até hoje, carece de legislação específica.

2.2.1 A Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade outrora foi ligada à posição social privilegiada de um indivíduo, a um título de nobreza, cargos ou honrarias. Etimologicamente originária do latim *dignitas* no final do século XI, posteriormente veio a ser utilizada nesse sentido em textos jurídicos,¹² a exemplo do art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹³:

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Alvo de reivindicação política a partir do século XVIII, a dignidade passou a tomar o conceito conhecido contemporaneamente. Vê-se que ainda diz respeito a uma posição superior do ser humano, mas como ser de razão e sentimento. Não é mais algo que possa ser adquirido ou conquistado, e sim característica inerente à

¹⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 93.

¹¹ LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 107.

¹² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [s. l.], n. 2, p. 5, dez. 2001. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29/30>. Acesso em: 1 set. 2019.

¹³ FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789**. [26 ago. 1789]. Título original: Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 18 out. 2019.

própria vida humana, um direito pré-estatal. É dizer que o sistema normativo não criou a dignidade da pessoa humana, mas a reconheceu como construção jurídico-normativa.¹⁴ Nas palavras de Paulo Lôbo¹⁵:

Dignidade é tudo que não tem preço, segundo conhecida e sempre atual formulação de Immanuel Kant. Kant procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que é indisponível, do que não pode ser objeto de troca. Diz ele: No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.

Embora já tivesse reconhecimento jurídico quase universal, o princípio da dignidade da pessoa humana tomou caráter constitucional por ocasião das constituições do pós-guerra em meados do século XX, e com dupla utilidade: a primeira é de estabelecer que o Estado e a ordem jurídica têm legitimidade na pessoa humana, e não somente na sua forma jurídica; a segunda é a sua função hermenêutica, na medida em que trouxe a necessidade de reinterpretação à sua luz de todas as disposições jurídicas já existentes.¹⁶

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito, fazendo da pessoa humana a destinatária final de todas as normas, o que eleva a dignidade “ao patamar de principal fundamento (princípio e valor fundante) do sistema vigente e o último pilar da defesa dos direitos individuais”.¹⁷ Destarte, a atuação estatal tem como finalidade precípua a pessoa humana. Sendo assim, o Estado existe em função do ser humano e serve de instrumento para a promoção e proteção da sua dignidade.¹⁸

¹⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [s. l.], n. 2, p. 3, dez. 2001. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29/30>. Acesso em: 1 set. 2019.

¹⁵ LÔBO, Paulo. Danos morais e direitos da personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade**: dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 354.

¹⁶ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. cap. 11. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/121533435/v2>. Acesso em: 24 set. 2019.

¹⁷ FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 36.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 269. *E-book*.

Nesse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁹ aduz que a dignidade da pessoa humana é o cerne do pensamento filosófico, político e jurídico, o que evidencia a extensão do seu caráter fundamental a todas as ordens constitucionais, mormente as que partilham o anseio de constituir um Estado Democrático de Direito. Ademais, considerando que o princípio em comento é o alicerce de todos os direitos e garantias fundamentais, o autor aponta que estes “podem ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas”,²⁰ evidenciando seu caráter dualista.

A dignidade humana é um direito inviolável e inato a todos os indivíduos concebidos, estendendo-se até depois da morte, para “preservar a pessoa humana da violação e da brutalidade praticadas pelo próprio indivíduo contra o seu semelhante”.²¹ Nesse contexto, Maria Berenice Dias²² diz que a dignidade da pessoa humana importa em um complexo de direitos e deveres fundamentais, destinado à proteção social de atitudes degradantes e desumanas, para que seja possível uma vida em comunhão onde todos ostentem as condições mínimas de uma vida saudável. A família, para Paulo Lôbo,²³ é o espaço comunitário por excelência para a efetivação da vida comum consubstanciada na mútua existência digna, de caráter intersubjetivo e relacional.

Assim surgiu a família eudemonista, essencial para o desenvolvimento dos seus integrantes, fundada na realização pessoal, nos laços afetivos e na busca pela felicidade que, por si só, é considerada um direito constitucional implícito. É a chamada constitucionalização do direito de família, materializada na valorização do indivíduo como sujeito de direitos, cuja finalidade principal é promover e efetivar a

Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610105/cfi/2671/4/2@100:0.00>. Acesso em: 15 set. 2019.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45.

²⁰ *Ibid.*, p. 91.

²¹ MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2019. p. 19.

²² DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBTI**. 2. ed. e-book baseada na 7. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. cap. 7. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99280789/v7>. Acesso em: 29 ago. 2019.

²³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 55.

dignidade humana, com maior ênfase aos princípios fundamentais da igualdade, liberdade, intimidade e solidariedade.²⁴

O constituinte assegurou a dignidade da criança, do adolescente, do jovem e do idoso como dever da família, da sociedade e do Estado. Ademais, também por disposição constitucional expressa, o princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento do direito ao planejamento familiar, aliado ao princípio da paternidade responsável. Tem-se, portanto, as técnicas de reprodução assistida, que devem sempre observar a máxima da dignidade da pessoa humana. Por essa razão, Carlos Alexandre Moraes²⁵ afirma que “deve ser rechaçada qualquer tentativa de coisificação do ser pertencente à espécie humana, qualquer que seja seu nível de desenvolvimento: embrião, nascituro ou pessoa”.

Com efeito, a dignidade age como limitador de certas condutas na reprodução assistida. A título de exemplo, atualmente não se admite o aluguel de útero para fins lucrativos, tampouco a opção pela gestação de substituição por razões puramente estéticas. Embora já seja possível pelo avanço da ciência, proíbe-se também a prática da eugenia como meio de seleção de características da criança a nascer, como a cor dos cabelos, dos olhos ou o sexo, ressalvada a prevenção de doenças genéticas.²⁶ Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz²⁷ vai além e aponta que “o respeito à pessoa humana manifesta-se como um limitador de qualquer legislação que venha a surgir sobre a reprodução humana assistida e como limite à atuação do profissional”.

Além da dignidade da pessoa humana, outros princípios são de extrema importância para formar a base constitucional do direito à reprodução assistida, a dizer, os princípios da liberdade e da igualdade nas relações de família, que serão tratados a seguir.

²⁴ VIEIRA, Laura Uhry. Famílias simultâneas e a dignidade da pessoa humana. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 31, p. 29, jan./fev. 2019.

²⁵ MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2019. p. 24.

²⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 1. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/141810874/v1>. Acesso em: 24 set. 2019.

²⁷ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 38.

2.2.2 Liberdade e Igualdade Familiar

No contexto histórico do antigo direito de família, no qual reinava o pátrio poder e a família hierarquizada e matrimonializada, pequeno era o espaço para a liberdade dos seus membros. Só do casamento advinha a legítima entidade familiar, e a mulher unida ao homem pela relação conjugal era dele dependente.²⁸ No Código Civil de 1916²⁹ a mulher casada era relativamente incapaz aos atos da vida civil, não tinha liberdade para dispor dos seus bens, ou mesmo exercer uma profissão sem autorização do cônjuge. Aliás, poucos eram os atos a ela permitidos sem tal consentimento, a exemplo das compras necessárias à economia doméstica.

A situação não era melhor para os filhos, uma vez que não havia liberdade para constituir o estado de filiação fora do matrimônio, pois não se reconheciam os filhos incestuosos ou adulterinos. Pelo contrário, punia-se o filho ilegítimo, não titular de qualquer direito. O favorecido nesta situação era o genitor, eximido dos deveres perante a prole ilegítima, cujo cuidado restava somente à genitora desonrosa.³⁰

Felizmente o autoritarismo familiar foi gradativamente substituído pela democracia familiar. Com o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) a mulher foi quase inteiramente emancipada do poder marital, e por força da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) o casamento não era mais indissolúvel. Entretanto, foi a Constituição Federal de 1988 que consagrou a liberdade familiar e abriu espaço para as relações não unidas pelo matrimônio, promoveu a igualdade entre os filhos, e valorizou as escolhas afetivas como projeto de vida familiar.³¹

Do preâmbulo da Constituição Federal é possível verificar que o princípio da liberdade é um dos valores supremos do Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, conforme o art. 5º, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil é garantida a inviolabilidade do direito à liberdade. Aliado a isso, o inciso X do mesmo artigo dispõe que são invioláveis a intimidade e a vida privada. Cabe aqui distingui-las, na medida em que possuem conceitos distintos:

²⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 64.

²⁹ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm#art184. Acesso em: 15 set. 2019.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. A mulher no Código Civil. *In*: MARIA Berenice Dias. Porto Alegre, [2019?]. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_726\)18__a_mulher_no_codigo_civil.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_726)18__a_mulher_no_codigo_civil.pdf). Acesso em: 4 set. 2019.

³¹ LÔBO, op. cit., p. 64.

A intimidade significa tudo quanto diga respeito única e exclusivamente à pessoa em si mesma, o seu modo de ser e de agir em contextos mais reservados ou de total exclusão de terceiros. O direito à vida privada consiste no direito de se estar só, de ser deixado em paz, direito ao anonimato de viver sem ser molestado pelo Estado e por terceiros no que toca aos aspectos da vida pessoal, afetiva, sexual e familiar. Ninguém pode ser compelido a determinados comportamentos socialmente esperados.³²

Vale ressaltar que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária é um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, assim como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da Constituição Federal). Foi este um dos principais argumentos expostos na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, responsável pela equiparação da união homoafetiva à união estável, com fulcro no direito à liberdade sexual.³³

Paulo Lôbo³⁴ ensina que no direito de família o princípio da liberdade possui duas vertentes, quais sejam, a liberdade da entidade familiar perante o Estado e a sociedade, e de cada indivíduo diante dos demais membros do seu próprio núcleo familiar. Ambas se realizam na extinção ou criação da família e no seu planejamento sem qualquer interferência pública ou privada, em respeito também à intimidade e à vida privada das pessoas.

Destaca-se que a interferência do Estado nas relações interpessoais se justifica apenas em casos excepcionais. Desse modo, a liberdade, a intimidade e a vida privada somente atingem a finalidade plena onde se reconheça a autonomia da vontade de cada um dos membros da entidade familiar. Assim surge o direito de família mínimo, princípio consagrado no art. 1.513 do Código Civil ao proibir a intervenção de qualquer pessoa, de direito público ou privado, na comunhão de vida estabelecida pela família.³⁵ Carlos Alexandre Moraes³⁶ ressalva que isso não impede

³² DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBTI**. 2. ed. e-book baseada na 7. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. cap. 7. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99280789/v7>. Acesso em: 29 ago. 2019.

³³ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. cap. 11. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/121533435/v2>. Acesso em: 24 set. 2019.

³⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65.

³⁵ DIAS, op. cit.

³⁶ MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2019. p. 30.

a intervenção do Poder Judiciário na estrutura familiar, a exemplo da regulamentação dos interesses dos filhos menores de idade.

Vê-se que o princípio da liberdade também se materializa em normas específicas do ordenamento jurídico, a exemplo da liberdade que o filho maior de idade tem de recusar o reconhecimento voluntário da paternidade, ou impugná-la ao atingir a maioridade (art. 1.614 do Código Civil). O direito de livremente optar pela utilização da técnica de reprodução assistida heteróloga, em que o marido consente na utilização de material genético de outro homem para concepção de filho seu (art. 1.597, V do Código Civil), exercendo a sua autonomia da vontade, é mais um exemplo da liberdade no âmbito do direito de família.³⁷

Destarte, não há como falar em liberdade familiar sem falar em igualdade, na medida em que ambos os princípios são inteiramente conexos. Com o passar dos anos, a mulher deixou de ser desvalorizada e passou a ser tratada com igualdade ao homem perante a lei, tanto em direitos quanto em obrigações. Os filhos foram vistos como sujeitos de direito, extirpada a discriminação entre legítimos, ilegítimos e adotivos, sendo conferido a todos os filhos igualdade de direitos e deveres, independente da origem da sua concepção. As relações familiares passaram a ter um viés social, objetivando a busca da felicidade e a valorização do afeto, sendo acolhidas todas as formas de família.

No caput do art. 5º a Constituição da República dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e mais adiante, no mesmo artigo, garante a inviolabilidade do direito à igualdade. Flávio Martins Alves Nunes Júnior³⁸ ressalta que o pleonasma existente no artigo reflete a preocupação do constituinte em assegurar tal direito, ante a extrema desigualdade no Brasil. O autor ainda explica que a igualdade assegurada pela Constituição é a chamada igualdade material, que consiste em tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Esta difere da igualdade formal, de efeito inverso, na medida em que concede a todos um tratamento idêntico e acaba por acentuar a desigualdade de um povo.

³⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65.

³⁸ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. cap. 14. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/121533435/v2>. Acesso em: 24 set. 2019.

É inegável que a igualdade foi imprescindível para o desenvolvimento social. Paulo Lôbo³⁹ entende que “nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre os filhos de qualquer origem e entre as entidades familiares”. O art. 226 da Constituição Federal extirpou o poder marital ao estabelecer que homens e mulheres exercem em igualdade os direitos e deveres da sociedade conjugal. Além disso, estendeu a igualdade entre os cônjuges aos companheiros, a partir do reconhecimento da união estável como entidade familiar. Não menos importante foi o reconhecimento da família monoparental, ao estabelecer que a entidade familiar pode ser formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Desde então o rol de famílias reconhecidas juridicamente só aumenta. Maria Berenice Dias⁴⁰ aduz que o afeto transforma as famílias, e foi ele que legitimou as diversas entidades familiares hoje acolhidas, o que evidencia a consagração do direito fundamental ao afeto. Daí surgem termos como família homoafetiva e socioafetiva.

Por essas razões, todos têm o direito de constituir uma família da melhor forma para o desenvolvimento da sua personalidade. Como consequência, a todos é garantido o acesso às técnicas de reprodução assistida, recurso científico atual e necessário para a efetivação desse importante direito. Afinal, a família é a base da sociedade e deve ser protegida. Desarrazoado seria, portanto, afastar tal direito das pessoas solteiras (família monoparental), ou mesmo homoafetivas. No mesmo sentido, cabe destacar o que aduz Marianna Chaves⁴¹:

Qualquer território que negue o direito à parentalidade a uma parte dos indivíduos (homossexuais), obstando a sua realização pessoal, viola, como referido anteriormente, seus direitos fundamentais à igualdade e a não discriminação, obstrui o exercício da cidadania e coloca em xeque a própria democracia e dignidade das pessoas, ao

³⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 59.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBTI**. 2. ed. e-book baseada na 7. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. cap. 7. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99280789/v7>. Acesso em: 29 ago. 2019.

⁴¹ CHAVES, Marianna. Parentalidade homoafetiva: a procriação natural e medicamente assistida por homossexuais. *In*: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 9. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100036697/v3>. Acesso em: 1 set. 2019.

deixar de promover positiva e igualmente as liberdades fundamentais de todos os seus cidadãos.

A igualdade entre os filhos é mais um dos princípios consagrados pela Constituição Federal, presente no art. 227, § 6º, o qual proíbe a utilização de designações discriminatórias no campo da filiação, pois os filhos havidos ou não da relação do casamento têm os mesmos direitos. Aqui estão inseridos os filhos havidos por reprodução assistida, que podem não possuir ligação genética com um ou ambos os pais, ou mesmo a filiação socioafetiva pela posse do estado de filho.⁴²

O que tem de admirável na evolução do direito de família é a igualdade alcançada entre as diferentes estruturas familiares. Paulo Lôbo⁴³ destaca que a igualdade não pode desconsiderar as diferenças naturais e culturais, pois todas as famílias são diferentes e possuem suas particularidades. Porém, isso não justifica o tratamento desigual ou hierarquizado entre elas, pois todos possuem os mesmos direitos e deveres em respeito à dignidade de seus membros.

Observa-se que os princípios têm como função precípua firmar a base do ordenamento jurídico, a fim de que os direitos assegurados pela Constituição sejam aplicados da melhor maneira possível e sob o seu prisma. Feitas essas considerações, a seguir serão tratados os direitos fundamentais relacionados à reprodução assistida.

2.3 Os Direitos Fundamentais na Reprodução Assistida

Assim como os princípios, os direitos fundamentais podem ser considerados comandos de otimização, pois apenas no caso concreto poderá ser analisada a sua adequação jurídica, respeitados os limites fáticos e jurídicos. Contudo, há quem diga que alguns direitos fundamentais consistem em verdadeiras regras, na medida em que determinam condutas específicas a serem tomadas em um determinado caso. Fato é que todos estão sujeitos ao postulado da proporcionalidade.⁴⁴

São considerados direitos fundamentais todos os direitos destinados às pessoas humanas e positivados em um ordenamento jurídico. É isto o que os difere

⁴² MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2019. p. 26.

⁴³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 60.

⁴⁴ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 98.

dos chamados direitos humanos, contidos em tratados e documentos internacionais que, embora tenham o poder de influenciar os constituintes, podem não estar inseridos no ordenamento jurídico de um país. Importante distinguir também direitos e garantias fundamentais: enquanto aquele possui caráter declaratório, este tem caráter assecuratório, ou seja, objetiva assegurar os direitos constitucionais tutelados.⁴⁵

Os direitos fundamentais têm papel importante na vida do indivíduo, na medida em que concretizam seus interesses e ideias, tornando possível o desenvolvimento da sua personalidade.⁴⁶ O avanço da ciência médica e biológica atingiu a dinâmica social da família até então conhecida, posto que interferiu no processo de procriação natural da pessoa humana, fazendo surgir situações até pouco tempo inimagináveis.

Isso desencadeou diversos debates éticos e jurídicos, e muito se questiona se essas mudanças violam ou protegem os direitos constitucionais. Desse modo, cabe analisar a repercussão da reprodução humana assistida frente aos direitos fundamentais pertinentes à matéria.

2.3.1 Direito à Vida

A expressão direito fundamental à vida parece autoexplicativa, tão óbvia que muitas Constituições não a positivavam expressamente em seus ordenamentos jurídicos. Ao longo do século XX, diante das guerras e milhões de vidas humanas exterminadas, além das discriminações por postura política, raça, deficiência e orientação sexual, formou-se uma névoa sobre as intuitivas noções de proteção à vida e seu caráter autoevidente.⁴⁷

⁴⁵ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. cap. 13. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/121533435/v2>. Acesso em: 24 set. 2019.

⁴⁶ SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Reprodução humana assistida: um direito fundamental?**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2015. p. 53.

⁴⁷ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Dilemas constitucionais sobre o início e o final da vida: um panorama do estado da arte no direito brasileiro. *In*: FREIRE, Alexandre; CLÉVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. cap. 28. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100072211/v1>. Acesso em: 24 set. 2019.

Somente na década de 1940 as Constituições passaram a positivar o direito à vida a partir da internacionalização da sua proteção.⁴⁸ No direito brasileiro, o direito à vida é a fonte dos demais bens jurídicos tutelados, e encontra-se assegurado pela Constituição Federal no caput do art. 5º, ao lado dos demais direitos individuais garantidos a todos como liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Além disso, é considerado um dos direitos de primeira dimensão, também conhecidos como direitos negativos, de resistência ou de oposição,⁴⁹ porquanto limitam o poder estatal perante o cidadão.

A vida pode ser analisada sob o aspecto biológico e pessoal. O primeiro está ligado ao processo metabólico vital, funções do organismo humano que mantêm o seu funcionamento puramente orgânico. O segundo abarca outras capacidades subjetivas próprias do ser humano racional como, por exemplo, os sentimentos, a consciência, a razão e a autonomia de escolha.⁵⁰ Há quem diga que o direito à vida humana é um bem de valor intrínseco. Nesse sentido, Letícia de Campos Velho Martel⁵¹ acrescenta que “o bem vida e o direito à vida como um todo possuem um caráter *sui generis*. A própria titularidade dos direitos fundamentais e também da dignidade humana depende do bem vida e do direito à vida”.

O direito à vida inicia na concepção. É o que dispõe o art. 4º, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário desde 25 de setembro de 1992 pelo Decreto Executivo nº 678⁵²: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Cabe destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que a concepção ocorre somente quando completo o

⁴⁸ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Dilemas constitucionais sobre o início e o final da vida: um panorama do estado da arte no direito brasileiro. In: FREIRE, Alexandre; CLÉVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**: análise, crítica e contribuições. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. cap. 28. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100072211/v1>. Acesso em: 24 set. 2019.

⁴⁹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. cap. 13. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/121533435/v2>. Acesso em: 24 set. 2019.

⁵⁰ SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Reprodução humana assistida**: um direito fundamental?. 1. ed. Curitiba: Appris, 2015. p.143.

⁵¹ MARTEL, op. cit.

⁵² BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 29 ago. 2019.

segundo estágio do desenvolvimento embrionário, qual seja, a nidação ou implantação no útero materno.⁵³ Ressalta-se, ainda, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) é de que o Pacto de São José da Costa Rica tem caráter supralegal, portanto a sua eficácia é semelhante às normas formalmente constitucionais.⁵⁴

Contudo, como referido anteriormente, o direito à vida não é um direito absoluto apto a afastar toda e qualquer interferência, visto que é passível de restrições e ponderações. Aliás, a posição majoritária da doutrina e dos Tribunais Superiores é de que a Constituição não alberga direitos absolutos.⁵⁵ A título de exemplo, no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44, o STF interpretou de forma relativa o princípio do estado de inocência previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal. Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁵⁶ relata que “[...] muitos se levantaram dizendo que o STF estaria a rasgar a Constituição. Na realidade, assim como a presunção de inocência, também são relativos a vida, a liberdade, a honra, a intimidade, ou seja, todos os direitos fundamentais”.

Especificamente sobre o caráter não absoluto do direito à vida, o STF se manifestou por ocasião dos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Em que pese não seja o objeto deste estudo, cabe tecer algumas considerações acerca das referidas ações, posto que seus julgamentos são de extrema relevância para a compreensão do direito à vida no cenário atual do direito brasileiro.

Em 17 de junho de 2004 a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ingressou em juízo com a ADPF nº 54, requerendo posicionamento do STF acerca da possibilidade de antecipação terapêutica do parto de feto

⁵³ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. cap. 13. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/121533435/v2>. Acesso em: 24 set. 2019.

⁵⁴ MAGALHÃES, Leonardo Cardoso de. O Pacto de São José da Costa Rica e o julgamento do RE-STF 466.343. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3607, maio 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24454>. Acesso em: 7 set. 2019.

⁵⁵ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Dilemas constitucionais sobre o início e o final da vida: um panorama do estado da arte no direito brasileiro. *In*: FREIRE, Alexandre; CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**: análise, crítica e contribuições. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. cap. 28. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100072211/v1>. Acesso em: 24 set. 2019.

⁵⁶ NUNES JÚNIOR, op. cit.

anencéfalo e as suas consequências para os profissionais da saúde. Luís Roberto Barroso, então advogado da CNTS, elencou a ofensa aos preceitos fundamentais constantes nos artigos 1º, inciso IV (dignidade da pessoa humana), 5º, inciso II (princípios da legalidade, liberdade e autonomia), 6º, *caput* e art. 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal. No que tange ao ato do Poder Público causador da lesão, referiu o conjunto normativo dos artigos 124, 126, *caput* e 128, incisos I e II, do Código Penal.⁵⁷

A ação foi julgada procedente em 12 de abril de 2012, por maioria de votos, no sentido de permitir que a gestante interrompa a gravidez do feto portador de anencefalia. Definiu-se que tal conduta sequer é considerada aborto, pois o feto anencéfalo não tem capacidade de ser pessoa. Isso porque “75% a 80% dos fetos com anencefalia são natimortos, ou seja, morrem ainda no útero. O restante morre dentro de horas ou poucos dias após o parto”.⁵⁸ Nesse sentido, destacam-se trechos do voto do Relator Ministro Marco Aurélio⁵⁹:

O feto anencéfalo mostra-se gravemente deficiente no plano neurológico. Faltam-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais. Faltam, portanto, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. O feto anencefálico não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central "responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade".

[...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. [...] Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos.

⁵⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2015. p. 93

⁵⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Atenção às mulheres com gestação de anencéfalos**: norma técnica. p. 8. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2014. (Caderno n. 11. Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos). Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_mulheres_gestacao_anencefalos.pdf. Acesso em 28 maio 2019.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Feto anencéfalo. Interrupção da gravidez. Mulher. Liberdade sexual e reprodutiva. Saúde. Dignidade. Autodeterminação. Direitos fundamentais. Crime. Inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 2 jun. 2019.

Aliado a isso, foi considerado no julgamento o direito à vida digna da gestante, haja vista que a gravidez de um feto portador de anencefalia pode causar diversas complicações psicológicas e físicas à saúde da mulher. Ao sopesar a saúde da mãe e as condições clínicas do feto, o Ministro Luiz Fux⁶⁰ pronunciou que “[...] impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal equivale à tortura”. No mesmo sentido, manifestou-se o Ministro Marco Aurélio⁶¹:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal.

Diante da inviabilidade de vida extrauterina do feto anencéfalo, bem como do fator prejudicial à vida da mãe que gesta o natimorto, relativizou-se o direito à vida. O entendimento do STF é de que o feto portador de anencefalia não é titular do direito à vida, razão pela qual a gestante poderá optar pela chamada interrupção terapêutica do parto.

Posteriormente, em maio de 2005 o Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles ajuizou a ADI nº 3.510 questionando a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/05 (Lei da Biossegurança), que trata sobre a utilização de embriões excedentários resultantes da técnica de FIV para fins de pesquisa e terapia com células-tronco. Em síntese, Cláudio Fonteles alegou que o referido texto legal viola o art. 5º da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade do direito à vida, sustentando que esta tem início na fecundação, sendo inadmissível o descarte de embriões.⁶²

Por maioria de votos o STF julgou improcedente o pedido constante na ADI nº 3.510, declarando constitucional o texto legal que permite a utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e terapia, desde que os respectivos embriões excedentários sejam inviáveis ou tiverem sido congelados há mais de três anos a partir da data de publicação da Lei nº 11.105/05. Em suma, distinguiu-se o embrião

⁶⁰ SANTOS, Débora. Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime. *In*: G1. Brasília, 12 abr. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html>. Acesso em: 29 ago. 2019.

⁶¹ SANTOS, Débora. Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime. *In*: G1. Brasília, 12 abr. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html>. Acesso em: 29 ago. 2019.

⁶² SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2015. p.184.

não implantado no ventre materno do embrião em que nele se desenvolve. Ao contrário daquele, este é titular de direitos fundamentais por ser considerado nascituro.⁶³

Vale destacar parte do voto da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha,⁶⁴ na qual consta a ideia de que o direito à vida deve ser interpretado de forma relativa. No seu entendimento, o aproveitamento dos embriões criopreservados para estudos científicos não agride a dignidade da pessoa humana, mas a valoriza na medida em que é mais eficiente seu uso para o auxílio dos humanos com vida, do que inutilizá-los por meio do descarte.

A Constituição garante não apenas o direito à vida, mas assegura a liberdade para que o ser humano dela disponha; liberdade para se dar ao viver digno. Não se há falar apenas em dignidade da vida para a célula-tronco embrionária, substância humana que, no caso em foco, não será transformada em vida, sem igual resguardo e respeito àquele princípio aos que buscam, precisam e contam com novos saberes, legítimos saberes para a possibilidade de melhor viver ou até mesmo de apenas viver.

O Ministro Relator Carlos Ayres Britto⁶⁵ citou na sua decisão a teoria de Ronald Dworkin no livro “Domínio da Vida”,⁶⁶ segundo a qual a proteção jurídica à vida aumenta gradativamente conforme as etapas de desenvolvimento humano e o investimento natural ou pessoal. Trata-se, portanto, de tutela proporcional do direito à vida. Não é titular de direitos fundamentais o embrião enquanto externo ao útero,

⁶³ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. cap. 13. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/121533435/v2>. Acesso em: 24 set. 2019.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei de biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida [...]. Tribunal Pleno. Requerentes: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 29 de maio de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 11 out. 2019.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei de biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida [...]. Tribunal Pleno. Requerentes: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 29 de maio de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 11 out. 2019.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

por não ter sido ainda concebido. A partir da nidação, dentro do ventre materno, o ser celular se torna um ser individualizado, que se desenvolve gradativamente no milagre da vida. Por essa razão, é titular de alguns direitos fundamentais, especialmente o direito à vida. Finalmente, com o nascimento, abandona o *status* de embrião ou feto e passa a ser pessoa, titular de todos os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico.⁶⁷

2.3.2 Direito à Saúde

O direito à saúde é um dos direitos sociais assegurados pela Constituição Federal no seu art. 6º, dentre os quais constam também a educação, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, entre outros. Dentre o rol de direitos sociais, o constituinte elegeu três deles e os disciplinou conjuntamente sob a nomenclatura de Seguridade Social, a qual engloba o direito à saúde, à previdência e à assistência social e consiste em um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade (art. 194 da Constituição Federal). Sobre isso, Giselda Maria Novaes Hironaka⁶⁸ aduz o seguinte:

Em uma linha, é pela Seguridade Social que o Estado cumpre, além de outras funções, também a especial proteção da família, determinada pelo art. 226 da Constituição Federal. Ensina o Prof. Wagner Balera que os planos “de seguridade social são específico instrumental utilizado pelo sistema normativo para por remédio às graves situações criadas pela questão social. Entre esses planos, ocupam papel relevante aqueles que se destinam a dar proteção à família. É o que ensina Pierre Laroque: ‘não se pode conceber uma seguridade social do indivíduo que não seja uma seguridade social familiar’”.

Além disso, o cuidado à saúde pública é uma das finalidades primordiais do Estado Democrático de Direito, cuja competência é comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, II da Constituição Federal). Nos ensinamentos de Guilherme Calmon Nogueira da Gama,⁶⁹ o direito à saúde deve ser

⁶⁷ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. cap. 13. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/121533435/v2>. Acesso em: 24 set. 2019.

⁶⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 85.

⁶⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima ad tempus**: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,

entendido como direito fundamental a um tratamento em conformidade com o estágio atual da ciência, e o autor aponta duas perspectivas sob as quais é analisado esse direito:

a) negativa, a saber, a de exigir que o poder público e as demais pessoas se abstenham de praticar qualquer ação ou atividade que possa prejudicar a saúde da pessoa; b) a positiva, ou seja, a de exigir do poder público a realização de tarefas e prestações de modo a prevenir, informar e tratar doenças ou males conhecidos que possam atingir a integridade da pessoa.⁷⁰

Vale ressaltar que a Constituição Federal prevê que a organização da Seguridade Social compete ao Poder Público. Desse modo, incluída na Seguridade Social, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Para garantir esse direito foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), cujas atribuições constam elencadas no art. 200 da Constituição Federal, baseado em três pilares: universalidade, igualdade de acesso e integralidade no atendimento. A universalidade é um princípio finalístico e busca estender a cobertura do serviço a toda população, eliminando barreiras econômicas, jurídicas, culturais e sociais. Já a igualdade de acesso tem por objetivo eliminar a desigualdade social, e ao mesmo tempo reconhecê-la para alcançar a igualdade de oportunidade. O princípio da integralidade do SUS, a seu turno, contempla o conjunto de ações para promover a saúde, prevenção de riscos, assistência e recuperação.⁷¹

Antônio Jorge de Souza Marques⁷² relata que esse conceito leva à equivocada ideia de que é dever do SUS “[...] garantir ‘tudo para todos’. O

2017. cap. 1. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/141810874/v1>. Acesso em: 24 set. 2019.

⁷⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima *ad tempus***: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 1. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/141810874/v1>. Acesso em: 24 set. 2019.

⁷¹ TEIXEIRA, Carmen. Os princípios do sistema único de saúde à luz da bioética. *In*: ASSEMBLEIA Legislativa de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2016/encontro_internacional_saude/documentos/textos_referencia/07_principios_sistema_unico_saude.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

⁷² MARQUES, Antônio Jorge de Souza dos *et al.* Encontro internacional: direito à saúde, cobertura universal e integralidade possível. *In*: ASSEMBLEIA Legislativa de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2016/encontro_internacional_saude/documentos/textos_referencia/00_palavra_dos_organizadores.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

cotejamento da realidade orçamentária com essa concepção, quase acrítica, de que tudo deva ser ofertado, na ótica de que tudo é direito do cidadão, tem contribuído para o crescente fenômeno da judicialização”. Ana Paula Barcellos⁷³ entende ser “inviável conceber um sistema público de saúde capaz de oferecer e custear, para todos os indivíduos, todas as prestações de saúde desenvolvidas a cada momento pela ciência.”. A autora aduz que esta não é uma problemática restrita ao Brasil, mas que abrange todos os sistemas públicos de saúde. O fato de a sociedade não ser capaz de custear toda e qualquer prestação disponível no mercado resulta na trágica constatação de que nem todos os indivíduos serão contemplados pelo serviço do Estado, e estes não poderão exigir judicialmente tais serviços para a manutenção ou restabelecimento da sua saúde.⁷⁴

O Ministério da Saúde instituiu a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida no âmbito do SUS por meio da Portaria 426/05, ampliando as ações na área do planejamento familiar. Entretanto, os repasses do governo para que os atendimentos fossem feitos de maneira gratuita em hospitais públicos ocorreram somente no ano de 2012, pela Portaria 3.149/12. Cumpre salientar que apenas nove estabelecimentos de saúde foram contemplados com a verba estatal, sendo que na região sul do País, a qual compreende os estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina, apenas dois hospitais realizam o procedimento, quais sejam, o Hospital Fêmeina, do Grupo Hospitalar Conceição (GHC), e o Hospital de Clínicas, ambos em Porto Alegre.⁷⁵

Dito isso, a reprodução medicamente assistida já vem sendo acobertada pelo SUS. Na região centro-oeste do país, o Hospital Materno Infantil de Brasília já realizou um total de 1.274 ciclos de inseminação intrauterina (IIU) e 5.161 ciclos de

⁷³ BARCELLOS, Ana Paula. O direito à saúde nos 25 anos da Constituição de 1988. In: FREIRE, Alexandre; CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. cap. 6. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100072211/v1>. Acesso em: 24 set. 2019.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.149, de 28 de dezembro de 2012**. Fica destinados recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, incluindo fertilização in vitro e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html. Acesso em: 21 ago. 2019.

fertilização *in vitro* (FIV).⁷⁶ No ano de 2017, o Hospital Fêmima realizou 80 ciclos de IIU e 100 ciclos de FIV. Há aproximadamente 400 casais na fila de espera para a realização do procedimento no referido hospital, o que pode causar uma espera de dois anos para o início do tratamento, sendo que o tempo transcorrido entre a primeira consulta e a efetiva FIV costuma ser em torno de três anos.⁷⁷

O acesso ao procedimento de reprodução assistida pelo SUS não inclui as medicações necessárias ao tratamento, que podem gerar gastos de até cinco mil reais,⁷⁸ a exemplo da medicação que induz a ovulação para a técnica de FIV. Ademais, o tratamento pode ser realizado apenas nos casos de reprodução artificial homóloga,⁷⁹ o que já reduz de forma significativa o acesso ao planejamento familiar. Além disso, os estabelecimentos de saúde costumam fixar as idades de 35 a 40 anos^{80 81 82} como limite para a inscrição no procedimento, em desacordo com a estipulação do Conselho Federal de Medicina (CFM) que estabelece 50 anos como idade máxima das candidatas.⁸³

Destaca-se que o Hospital Materno Infantil de Brasília é o único no âmbito do SUS que arca integralmente com as despesas do procedimento de reprodução

⁷⁶ DISTRITO FEDERAL. Secretaria da Saúde. **Reprodução humana**. Distrito Federal: Secretaria da Saúde, 2 mar. 2018. Disponível em: <http://www.saude.df.gov.br/reproducao-humana/>. Acesso em: 24 ago. 2019.

⁷⁷ FÊMIMA é referência em fertilização *in vitro* pelo SUS da região sul do país. *In*: SETOR saúde. [S. l.], 29 jun. 2018. Disponível em: <https://setorsaude.com.br/femima-e-referencia-em-fertilizacao-in-vitro-pelo-sus-da-regiao-sul-do-pais/>. Acesso em: 20 ago. 2019.

⁷⁸ DIHL, Bibiana. Serviço de fertilização *in vitro* do Hospital Fêmima está fechado há um ano. *In*: GAÚCHA ZH. Porto Alegre, 22 mar. 2019. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2019/03/servico-de-fertilizacao-in-vitro-do-hospital-femima-esta-fechado-ha-um-ano-cjtk79ggf05rm01uj3qvgd2xz.html>. Acesso em: 24 ago. 2019.

⁷⁹ GRUPO HOSPITALAR CONCEIÇÃO (GHC). **Unidade de reprodução humana**. Porto Alegre: GHC, [2019?]. Disponível em: <https://www.ghc.com.br/default.asp?idMenu=cartacidadao&idSubMenu=7>. Acesso em: 22 ago. 2019. Acessos em: 22 ago. 2019.

⁸⁰ HOSPITAL DE CLÍNICAS. **Ginecologia e obstetrícia**. Porto Alegre: Hospital de Clínicas, c2019. Disponível em: <https://www.hcpa.edu.br/assistencia-servicos-medicos-ginecologia-e-obstetricia>.

⁸¹ GRUPO HOSPITALAR CONCEIÇÃO (GHC). **Unidade de reprodução humana**. Porto Alegre: GHC, [2019?]. Disponível em: <https://www.ghc.com.br/default.asp?idMenu=cartacidadao&idSubMenu=7>. Acessos em: 22 ago. 2019.

⁸² HOSPITAL PÉROLA BYINGTON. **Reprodução humana**. São Paulo: Hospital Pérola Byington, [2019?]. Disponível em: <https://www.hospitalperola.com.br/reproducao-humana/>. Acessos em: 22 ago. 2019.

⁸³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida –sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Brasília, DF: CFM, 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 20 ago. 2019.

assistida, aí incluídas as medicações necessárias para a sua execução. Ademais, viabiliza a realização do procedimento nos casos de reprodução heteróloga, visto que trabalha com o congelamento de sêmen dos pacientes, bem como com o serviço de ovodoação (doação anônima de óvulos), atualmente suspenso e sem previsão de retorno.⁸⁴

De todo modo, muitas famílias não são contempladas com o tratamento pelo Estado, seja pela longa fila de espera ou pela não cobertura integral do procedimento de reprodução assistida, e recorrem ao Poder Judiciário. Ocorre que os tribunais⁸⁵ têm decidido que a reprodução humana assistida não se insere no direito social à saúde, mas no direito ao planejamento familiar, pois não importa em efetiva patologia que gere risco de vida. Assim, e com base também no equilíbrio orçamentário, tem sido negado o custeio do procedimento de reprodução assistida pelo Estado quando inviável a realização pelo SUS no local de residência, ou mesmo nos casos em que a fila de espera possa acarretar prejuízo aos interessados pelo procedimento.⁸⁶

⁸⁴ DISTRITO FEDERAL. Secretaria da Saúde. **Reprodução humana**. Distrito Federal: Secretaria da Saúde, 2 mar. 2018. Disponível em: <http://www.saude.df.gov.br/reproducao-humana/>. Acesso em: 24 ago. 2019.

⁸⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4. Região). **Apelação Cível nº 5003747-31.2014.4.04.7210**. Administrativo. Tratamento de fertilização in vitro. Imprescindibilidade não comprovada. Para os casos que tratam da disponibilização de medicamentos, esta Corte decidiu que somente a comprovação da moléstia e a necessidade do tratamento não são suficientes para obter a assistência pleiteada [...]. 3ª Turma. Apelantes: Andre Luis Ruschel; Ilisandra Marta Ribeiro. Apelados: União - Advocacia Geral da União; Estado de Santa Catarina. Relatora: Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, 7 de outubro de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7839974. Acesso em: 10 out. 2019.

⁸⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4. Região). **Recurso Cível nº 5015406-46.2018.4.04.7000**. Administrativo. Tratamento de fertilização in vitro. Planejamento familiar. Ações não albergadas pela universalidade do direito à saúde. Art. 226, § 7º da CF. Portaria/MS 3.149/2011. Orçamento específico destinado a estabelecimentos de saúde que atuam na reprodução humana assistida, previamente definidos. Ausência de hospital cadastrado no estado do Paraná. Técnicas postuladas sem cobertura nos hospitais credenciados. Ultrapassado, ademais, o limite etário dos estabelecimentos credenciados. 1. Ainda que a controvérsia diga respeito à infertilidade do casal, doença assim reconhecida pela OMS, a pretensão relaciona-se, em verdade, com o planejamento familiar (§ 7º, do art. 226 da CF), cuja base constitucional está prevista em capítulo distinto das ações pertinentes ao direito à saúde (Capítulo II. Seção II - Da Saúde - art. 196 e seguintes da CF). E é fato que as ações para a satisfação do direito ao planejamento familiar realizadas no âmbito do SUS não se inserem no campo das ações de saúde, cuja universalidade é constitucionalmente assegurada [...]. 1ª Turma Recursal do Paraná. Recorrente: Janete Correa da Luz. Recorridos: União - Advocacia Geral da União; Município de Colombo. Relator: Juiz Federal Guy Vanderley Marcuzzo, 9 de maio de 2019. Disponível em: [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=4&numero_gproc=700006757677&versao_gproc=6&crc_gproc=10be1cb6&termosPesquisados=IGZlcnRpbGl6YWNhbyA=](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=4&numero_gproc=700006757677&versao_gproc=6&crc_gproc=10be1cb6&termosPesquisados=IGZlcnRpbGl6YWNhbyA=.). Acesso em: 10 out. 2019.

Quanto ao fornecimento dos medicamentos necessários à efetivação do procedimento de reprodução assistida, os tribunais dividem opiniões no âmbito estadual e federal. Enquanto nos tribunais estaduais⁸⁷ é comum a procedência do pedido para o fim de impor ao respectivo estado que forneça as medicações, os Tribunais Regionais Federais⁸⁸ entendem que cabe ao interessado aguardar a fila de espera nos estabelecimentos de saúde pública para a realização do tratamento, ante a ausência de risco de vida apto a ensejar o fornecimento imediato dos fármacos.

Sobre a jurisprudência dos tribunais, em especial após análise das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Mayara Saldanha Cesar Guimarães Caldas⁸⁹ refere que

a vida foi alçada ao patamar de direito diferenciado e intocável, em detrimento de requerimentos de outra sorte, ao arrepio de uma construção doutrinária sólida que enaltece os direitos reprodutivos. Ou seja, é o poder judiciário que acaba atribuindo conteúdo ao conceito de saúde.

É visível que a posição majoritária da doutrina é de que a reprodução humana assistida está inserida no direito social à saúde, a qual deve ser protegida pelo Poder Público. Não poderia ser diferente, na medida em que a saúde sexual e reprodutiva são categorias da saúde coletiva reconhecidas pela Organização Mundial da Saúde, inteiramente ligadas à reprodução artificial, que protegem as mais diversas condições clínicas e patológicas, bem como envolve a prevenção destas e a educação populacional. Nesse contexto, e a título informativo, vale destacar a infertilidade masculina e feminina (CID 10 N46 e N97, respectivamente),

⁸⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0022208-03.2009.8.26.0506**. Constitucional e processual civil. Procedimento comum. Obrigação de fazer - direito ao planejamento familiar. Reprodução assistida. Realização pelo estado. Necessidade de probabilidade de sucesso do procedimento. [...]. 9ª Câmara de Direito Público. Comarca de Ribeirão Preto. Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelado: Rita Carneiro de Andrade. Relator: Des. Décio Notarangeli, 10 de outubro de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4. Região). **Apelação Cível nº 5003747-31.2014.4.04.7210**. Processual civil e administrativo. Programa de fertilização. Não demonstração da imprescindibilidade do tratamento. Alternativas terapêuticas existentes. Óbice. [...]. 3ª Turma. Apelantes: União - Advocacia Geral da União; Estado do Paraná. Apelado: Eliane Cristine de Aguiar Bertoni. Relator: Desembargador Federal Marga Inge Barth Tessler, 7 de novembro de 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000773814&versao_gproc=3&crc_gproc=9ab21881. Acesso em: 10 out. 2019.

⁸⁹ CALDAS, Mayara Saldanha Cesar Guimaraes; SOUZA, Vanessa Ribeiro Correa Sampaio. A construção teórica dos direitos reprodutivos e as técnicas de reprodução assistida: acesso e efetividade via poder judiciário. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, ano 2, n. 11, p. 47, mar./abr. 2016.

a esterilidade, o acompanhamento pré-natal, a depressão pós-parto (CID 10 F53), as doenças sexualmente transmissíveis (DST), as infecções sexualmente transmissíveis (IST), a gravidez, a amamentação, os tratamentos contraceptivos e conceptivos, entre outros.⁹⁰

Com efeito, a saúde engloba não somente ausência de afecções e enfermidades, mas o completo bem estar físico, mental e social, conforme definição da Organização Mundial da Saúde.⁹¹ Inegável, portanto, que a reprodução humana natural e artificial está inserida no direito social à saúde, ainda que indissociável do direito ao planejamento familiar, na medida em que a infertilidade e demais condições que venham a exigir o procedimento de reprodução assistida, além de serem enfermidades, afetam o bem estar do casal ou pessoa que planeja a família.

Sérgio Abdalla Semião⁹² refere que “na procriação humana, busca-se também o equilíbrio da família, com a boa saúde mental do casal, em toda a sua extensão, incluída a felicidade, como meta de todo ser humano”. Renata Barbosa de Almeida⁹³ entende que o direito à procriação está amparado no direito à saúde e no desenvolvimento da personalidade como autodeterminação da pessoa:

Devem ser oferecidos recursos aptos ao escopo procriativo, portanto, entendidos como de acesso possível a todos aqueles que possuem direito à respectiva saúde, isto é, homens e mulheres, sozinhos ou conjugados. Parece improcedente, a princípio, qualquer tentativa de evitar a alguns o uso do instrumental disponível porque isso representaria privar a própria obtenção da saúde.

Em que pese o serviço público de saúde seja preferencialmente prestado por estruturas públicas, a iniciativa privada pode prestá-lo em nome e por conta do SUS, mediante contrato de direito público ou convênio, nos termos do art. 199 da Constituição Federal. A par disso, é livre à iniciativa privada oferecer para a população, sob regulamentação do Estado, serviços de saúde com fins lucrativos,

⁹⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde de A a Z**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, c2019. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z>. Acesso em: 15 set. 2019.

⁹¹ CALDAS, Mayara Saldanha Cesar Guimaraes; SOUZA, Vanessa Ribeiro Correa Sampaio. A construção teórica dos direitos reprodutivos e as técnicas de reprodução assistida: acesso e efetividade via poder judiciário. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, ano 2, n. 11, p. 39, mar./abr. 2016.

⁹² SEMIÃO. Sérgio Abdalla. **Biodireito & direito concursal**: Aspectos científicos do direito em geral e da natureza jurídica do embrião congelado. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013. p. 133.

⁹³ ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito fundamental à procriação**: considerações sobre a maternidade monoparental e função paterna. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2005. p. 129.

como hospitais privados e clínicas de reprodução humana assistida sujeitos aos institutos da recuperação de empresas e da falência.⁹⁴

No que tange a reprodução artificial nos planos de saúde, cabe fazer alguns apontamentos. Os planos e seguros privados de assistência à saúde são regulamentados pela Lei nº 9.656/98,⁹⁵ a qual dispõe no seu art. 10 que é permitida a exclusão dos procedimentos de inseminação artificial pelos planos de saúde. A Lei nº 11.935/09 alterou a redação do art. 35-C daquela lei e acrescentou o inciso III, tornando obrigatória a cobertura dos casos relativos ao planejamento familiar.

Da análise das decisões dos tribunais⁹⁶ até meados do ano de 2016, verifica-se que a jurisprudência considerava abusiva a cláusula contratual que excluía da cobertura as técnicas de reprodução assistida, a partir de uma interpretação ampla do novo inciso, com base na dignidade da pessoa humana, na proteção à maternidade, no direito sexual e reprodutivo, entre outros direitos fundamentais conexos ao planejamento familiar. Decidiam de forma uníssona que o procedimento de FIV e demais técnicas de reprodução assistida eram integrantes das medidas ao planejamento familiar, razão pela qual sua cobertura era obrigatória.

Ocorre que a edição da Resolução Normativa nº 338/2013⁹⁷ da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) previu a possibilidade de exclusão das

⁹⁴ SEMIÃO. Sérgio Abdalla. **Biodireito & direito concursal**: Aspectos científicos do direito em geral e da natureza jurídica do embrião congelado. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013. p. 132.

⁹⁵ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm. Acesso em: 30 ago. 2019.

⁹⁶ Para elaboração dessa análise, fez-se pesquisa no site do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo sido consultados e analisados os seguintes acórdãos: **TJSP**, Apelação Cível 0009908-34.2012.8.26.0302; Relator (a): Piva Rodrigues; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jaú - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/04/2013; Data de Registro: 19/04/2013; **TJSP**, Apelação Cível 1004019-59.2015.8.26.0114. 1ª Câmara de Direito Privado. Relator(a): Luiz Antonio de Godoy. Foro de Campinas - 1ª Vara Cível. Data do Julgamento: 04/08/2015; Data de Publicação: 06/08/2015; **TJSP**, Agravo de Instrumento 2143814-17.2015.8.26.0000; Relator (a): J.B. Paula Lima; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 28ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/12/2015; Data de Registro: 17/12/2015. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 29 out. 2019. Fez-se, também, pesquisa no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, tendo sido consultado e analisado o seguinte acórdão: **TJDFT**, Agrado de Instrumento: 20150020300330. 5ª Turma Cível. Rel.^a Des.^a Maria Ivatônia. Julgado em: 16/03/2016. Publicado em: 01/04/2016. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁹⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). **Resolução normativa nº 338, de 21 de outubro de 2013**. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; revoga as Resoluções Normativas – RN nº 211, de 11 de janeiro de 2010, RN nº 262, de 1 de agosto de 2011, RN nº 281, de 19 de dezembro de 2011 e a RN nº 325, de 18 de abril de 2013; e dá outras providências. Brasília, DF: ANS, 2013. Disponível em:

técnicas de reprodução assistida, bem como conceituou o que se entende por planejamento familiar para fins de cobertura do plano de saúde. Tal resolução restou revogada pela edição da Resolução Normativa nº 387/2015, igualmente revogada pela atual Resolução Normativa nº 428/2017. Contudo, os dispositivos atinentes à reprodução assistida não foram alterados e a regulamentação atual permanece a mesma.

Destarte, alterou-se a orientação jurisprudencial após o Superior Tribunal Justiça⁹⁸ (STJ) ter se posicionado em sentido diverso aos tribunais estaduais, decidindo em novembro de 2017 que não é abusiva a cláusula de exclusão de cobertura dos procedimentos de reprodução assistida aos segurados dos planos de saúde, com base no art. 10, inciso III da Lei nº 9.656/98, que desobriga a cobertura do tratamento de inseminação artificial. Na medida em que a lei exclui a obrigatoriedade do procedimento de inseminação artificial, da mesma forma resta elidido o tratamento de FIV e demais procedimentos de reprodução assistida, mais complexos e onerosos que aquele. A decisão também considerou as Resoluções Normativas da ANS, que permitem a exclusão assistencial dos tratamentos mencionados, além de limitar o planejamento familiar às atividades de educação, aconselhamento e atendimento clínico previstas nos anexos das respectivas resoluções.

Em conformidade com a jurisprudência consolidada do STJ, os tribunais estaduais também assentaram tal entendimento jurisprudencial.⁹⁹ Na mesma ideia, o Enunciado nº 20, aprovado na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional

http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/ProdEditorial_ANS_Rol_de_Procedimentos_e_eventos_em_saude_2014.pdf. Acesso em: 31 ago. 2019.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1590221**. Consumidor. Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Plano de saúde. Endometriose. Planejamento familiar. Inseminação artificial. Exclusão de cobertura. Abusividade. Não configurada. Agência nacional de saúde suplementar. Resolução normativa 338/2013. Fundamento na lei 9.656/98 [...]. 3ª Turma. Recorrentes: Amil Assistência Médica Internacional S.A e outros. Recorrido: Andrea De Jesus Castro de Souza. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 7 de novembro de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600679213&dt_publicacao=13/11/2017. Acesso em: 10 out. 2019.

⁹⁹ Para elaboração dessa análise, fez-se pesquisa nos sites dos Tribunais de Justiça, tendo sido consultados e analisados os seguintes acórdãos: **TJSC**, Agravo de Instrumento n. 4012328-89.2016.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, Julgado em: 04/04/2017. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/>. Acesso em: 29 out. 2019. **TJRJ**. Apelação nº 0001903-92.2018.8.19.0080. Des(a). Ricardo Alberto Pereira. 20ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 17/07/2019, Data de Publicação: 19/07/2019. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/>. Acesso em: 29 out. 2019. **TJSP**. Agravo de Instrumento 07183162420188070000. 8ª Turma Cível. Relator(a): Eustáquio de Castro. Julgado em 21/02/2019. Publicado em 26/02/2019. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 29 out. 2019.

de Justiça¹⁰⁰ em 15 de maio de 2014: “A inseminação artificial e a fertilização “in vitro” não são procedimentos de cobertura obrigatória pelas empresas operadoras de planos de saúde, salvo por expressa iniciativa prevista no contrato de assistência à saúde.”.

Desse modo, atualmente a cobertura das técnicas de reprodução assistida pelos planos de saúde não é obrigatória. Para que os segurados tenham acesso ao procedimento de reprodução artificial pelo seguro privado de saúde, é necessário que haja cláusula contratual expressa nesse sentido.

2.3.3 Direito ao Planejamento Familiar

No âmbito da sexualidade e da procriação como segmento da saúde, está inserido o direito ao planejamento familiar, que é mais uma das facetas do princípio da dignidade da pessoa humana, tem caráter de direito fundamental e está previsto no art. 226, § 7º da Constituição Federal. O direito ao planejamento familiar foi conceituado pelo constituinte como livre decisão do casal, e compete ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. No mesmo sentido, Camila Monzani Gozzi¹⁰¹ aponta que

todas as questões referentes às técnicas de inseminação artificial e engenharia genética encontram guarida e embasamento nesse preceito. Todos os indivíduos têm direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva, devendo o Estado tratar os distúrbios de função reprodutora como problema de saúde pública, garantindo acesso a tratamento de esterilidade e reprodução assistida, bem como zelar para que os cidadãos tenham amplo e livre discernimento acerca da decisão a respeito da família que pretendem formar.

Está atrelado, também, ao direito à liberdade e à intimidade pessoal, bem como ao respeito à vida privada. Cabe ao casal, portanto, determinar o número de filhos comuns e o momento desejado para a reprodução humana. Da mesma forma,

¹⁰⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014. São Paulo: CNJ, 2014. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAÚDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

¹⁰¹ GOZZI, Camila Monzani. Princípio do livre planejamento familiar como direito fundamental. *In*: IBDFAM. Belo Horizonte, 7 ago. 2019. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1349/Princ%C3%ADpio+do+livre+planejamento+familiar+como+di+reito+fundamental>. Acesso em: 29 ago. 2019.

é direito do casal optar por não ter filhos, adotando as técnicas contraceptivas, as quais devem ser objeto de políticas públicas por parte do Estado, a fim de informar e educar a população, bem como fornecer os recursos necessários para a contracepção e concepção.¹⁰²

Para Eduardo Dantas,¹⁰³ a reprodução e a constituição de uma família é um direito fundamental, “não se podendo obrigar uma pessoa a reproduzir nem tampouco sendo legítimo obstruir a sua capacidade para procriar. Assim, esse direito existe em sentido positivo e em sentido negativo”. Aqui, vislumbra-se o direito ao planejamento familiar como direito de segunda dimensão, assim compreendidos os direitos sociais e coletivos à saúde, educação, assistência social, entre outros.¹⁰⁴

Além disso, o direito ao planejamento familiar tem como base o princípio da paternidade responsável,¹⁰⁵ conceituado como a obrigação que os pais têm de prover a assistência afetiva, moral, intelectual e material aos filhos.¹⁰⁶ Cabe referir que por paternidade responsável entende-se parentalidade responsável, na medida em que o planejamento familiar diz respeito aos pais de forma conjunta ou individual. Trata-se de consequência direta do exercício dos direitos reprodutivos, que pela conjunção carnal ou técnicas de reprodução assistida resulta na assunção de deveres parentais.¹⁰⁷

Para Luiz Edson Fachin,¹⁰⁸ o planejamento familiar é “uma função que não toca mais apenas ao pai e se encontra diluída aos pais, incluindo necessariamente a

¹⁰² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima ad tempus**: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 1. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/141810874/v1>. Acesso em: 24 set. 2019.

¹⁰³ DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna. **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida**: comentários à resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018. p. 8.

¹⁰⁴ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. cap. 13. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/121533435/v2>. Acesso em: 24 set. 2019.

¹⁰⁵ Além de previsão constitucional, a paternidade responsável está prevista no art. 1.566, inciso IV do Código Civil, bem como nos arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹⁰⁶ CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 7., 2009, Belo Horizonte. **Anais eletrônicos** [...]. Belo Horizonte: IBDFAM, 2009. p. 4. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/223.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2019.

¹⁰⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 453.

¹⁰⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263.

mãe. Falar-se-ia, um pouco melhor, em poderes e deveres parentais, expressão neutra, não discriminatória.”. Nesse contexto, ao referir que o direito será exercido por livre decisão do casal, deve ser entendido como livre decisão do indivíduo que tem o desejo de realizar o planejamento familiar, seja pessoa solteira ou casal heterossexual ou homossexual.

No campo infraconstitucional, o art. 1.565, §2º do Código Civil tratou do planejamento familiar, ainda que de forma superficial, reiterando os termos constitucionais. Ademais, em 12 de janeiro de 1996 foi sancionada a Lei nº 9.263¹⁰⁹ para regular o direito ao planejamento familiar. Depreende-se da referida lei que, aliado a direito à saúde, surge o direito ao planejamento familiar, uma vez que este é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde. Verifica-se que o legislador acertou ao estender tal direito à família monoparental, ante as diversas formas de família existentes na sociedade contemporânea.

O art. 9º da Lei nº 9.263/96¹¹⁰ dispõe que para a população exercer o direito ao planejamento familiar “serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”. Desse modo, é possível concluir que para o exercício do planejamento familiar serão oferecidos os métodos científicos de reprodução assistida. Todavia, esta não é a interpretação de alguns tribunais,¹¹¹ que afastam o direito dos requerentes ao acesso às técnicas de

¹⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 24 ago. 2019.

¹¹⁰ BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 24 ago. 2019.

¹¹¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes nº 0283156-45.2010.8.19.0001**. Embargos infringentes em apelação cível. Rito ordinário. Ação de obrigação de fazer. Fertilização in vitro. Sentença de parcial procedência para determinar a inclusão da autora no programa de tratamento fora de domicílio (TFD), com o custeio de transporte e estadia em São Paulo, ante a disponibilização do método pelo hospital Pérola Byghton. [...] 19ª Câmara Cível. Embargantes: Adriana Batista da Conceição; Mauro Fernandes Regalo. Embargados: Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro. Relator: Eduardo de Azevedo Paiva, 10 de junho de 2014. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004DB525AEB5F9B0A18ADB56CA2935CE441C50314625E57>. Acesso em: 10 out. 2019.

reprodução assistida sob o argumento de que a lei trata de concepção, e não de fertilização. Contudo, como muito bem aduz Mayara Saldanha Cesar Guimarães,¹¹²

[...] traçar uma diferença entre “concepção” como ato ou efeito de gerar e “fertilização” como conduta de “tornar fértil”, restringindo a aplicação da Lei nº 9.263, de 1996, às hipóteses de “concepção”, é, mui respeitosamente, estabelecer detalhes linguísticos em detrimento do verdadeiro fim da legislação ordinária.

Inclusive, o Estatuto da Pessoa com Deficiência¹¹³ (Lei nº 13.146/15) previu expressamente no seu art. 18, § 4º, inciso VII, que as ações e os serviços de saúde pública destinados aos deficientes devem assegurar a atenção sexual e reprodutiva, incluindo o direito à “fertilização assistida”. O termo escolhido para integrar o texto legal evidencia a intenção do legislador em eliminar tais barreiras, atento às restrições por parte do Poder Judiciário. Assim, deve-se interpretar o termo “concepção” na Lei nº 9.263/96 de forma extensiva, não reduzindo o acesso à simples concepção natural.

Gustavo Tepedino¹¹⁴ entende que a técnica de reprodução assistida, para estar em conformidade com a Constituição Federal, deve ser motivada tão somente pelo melhor interesse da criança e a busca da realização dela como pessoa, também de acordo com o princípio da parentalidade responsável. Destarte, o planejamento familiar é livre, mas não é absoluto,¹¹⁵ haja vista que dele advém direitos a serem exercidos, bem como deveres a serem cumpridos. Aqui, mais uma vez, vislumbra-se o caráter não absoluto dos direitos fundamentais, personificado por meio do princípio da parentalidade responsável como limitador dos direitos reprodutivos advindos do planejamento familiar.

Presume-se que os que optam pela reprodução assistida o fazem por firme convicção de que é a escolha certa e desejada, dado o alto custo, longa espera, complexidade do tratamento, energia despendida e conseqüente desgaste emocional ao longo do processo. Entretanto, há casos registrados em todo o mundo

¹¹² CALDAS, Mayara Saldanha Cesar Guimaraes; SOUZA, Vanessa Ribeiro Correa Sampaio. A construção teórica dos direitos reprodutivos e as técnicas de reprodução assistida: acesso e efetividade via poder judiciário. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, ano 2, n. 11, p. 46, mar./abr. 2016.

¹¹³ BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 6 nov. 2019.

¹¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 414.

¹¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 136.

de que, após a realização do procedimento de reprodução assistida, os interessados recusam a criança dele advinda, seja por arrependimento, separação do casal ou até mesmo quando a criança nasce com alguma deficiência.¹¹⁶

É inegável que ao exercer o direito à liberdade procriativa, os que realizam o projeto parental devem agir de forma responsável, zelando pelas necessidades dos filhos já nascidos e que estão a nascer. É dizer, o direito ao planejamento familiar engloba não somente o direito de reproduzir, mas o dever de agir de modo a garantir a manutenção e estrutura da família, no âmbito emocional e econômico. Para Carlos Alexandre Moraes,¹¹⁷ a responsabilidade decorre do poder familiar previsto no art. 1.634 do Código Civil, e cabe aos pais “garantir o melhor ambiente familiar, com condições de afeto e cuidado, para o melhor desenvolvimento da criança”. Nessa ambiência, Marianna Chaves refere que

o direito a ter um filho não corresponde a um direito de propriedade sobre o infante e não se desenvolve por meio da “aquisição” de uma vida humana. Ao revés, significa a promoção de uma responsabilidade, de exercer o direito-dever da parentalidade de forma responsável e consciente.¹¹⁸

Imprescindível atentar também ao princípio do melhor interesse da criança, porquanto na nova dinâmica do direito de família os filhos são reconhecidos como sujeitos de direito e tratados com prevalência em relação aos pais.¹¹⁹ Tuiskon Bejarano Haab¹²⁰ ensina que o filho passou a ser reconhecido “como pessoa em processo de amadurecimento físico e psíquico e, portanto, merecedora de tratamento diferenciado – no sentido protetivo – por parte de outras pessoas”.

Se a reprodução natural, seja planejada ou acidental, não exime os genitores dos seus deveres, assim deve ser na reprodução assistida. Afinal, por seu desejo foi criada uma nova vida, esta que não pode estar a mercê dos genitores que tentam burlar suas responsabilidades pela própria sistemática do procedimento de

¹¹⁶ MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2019. p. 81-83.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 61.

¹¹⁸ CHAVES, Marianna. Parentalidade homoafetiva: a procriação natural e medicamente assistida por homossexuais. *In*: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 9. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100036697/v3>. Acesso em: 1 set. 2019.

¹¹⁹ MORAES, op. cit., p. 33.

¹²⁰ HAAB, Tuiskon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial: à luz da Constituição e das leis civis**. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 77.

reprodução assistida. Em outras palavras, ao mesmo tempo em que rogam pelo direito de se beneficiar com o avanço da ciência para formar uma família, dele não podem utilizar para tentar se desobrigar em relação à criança.

Destarte, a responsabilidade familiar não é restrita aos atos passados. É necessário que as ações em prol da família sejam também tomadas visando a futura prole e suas condições de vida digna. Sendo assim, dentre os organismos sociais, a família constitui o principal espaço dinâmico para a realização existencial do ser humano e sua integração com as futuras gerações.¹²¹

¹²¹ LÔBO, Paulo. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3758, out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25363>. Acesso em: 27 ago. 2019.

3 ASPECTOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A evolução das ciências médicas e biológicas proporciona, a cada nova descoberta, inúmeros benefícios aos seres vivos, mas também cria situações complexas que até pouco tempo não eram cogitadas, e por vezes não têm solução imediata, como é exemplo a reprodução assistida. Isso requer uma atenção especial da bioética e do biodireito, para que seja possível acompanhar a mudança de paradigmas, especialmente da pós-modernidade.¹²² Desse modo, será demonstrado os aspectos médicos das novas formas de reprodução humana e de que forma o ordenamento jurídico brasileiro acompanhou os reflexos nas relações de família.

3.1 As Modalidades de Reprodução Assistida

Na antiguidade, a fecundidade era sinônimo de fartura, uma dádiva divina e concretização do dever da mulher de trazer riqueza, prazer e alegria à família por meio dos filhos. A mulher estéril era considerada amaldiçoada, fato que justificava a rejeição institucionalizada e o repúdio da população.¹²³ Desconhecia-se, até final do século XV, a esterilidade masculina, e sequer era cogitada tal possibilidade. Somente após a invenção do microscópio no final do século XVI que a esterilidade começou a ser investigada, e começou a se admitir que poderia advir também do homem, pela ausência ou insuficiência de espermatozoides.¹²⁴

Tais avanços deram espaço às primeiras experiências científicas no âmbito da procriação assistida, que remontam ao final do século XVIII. Há registros de que Thouret, decano da Faculdade de Medicina de Paris, teria fecundado sua mulher estéril com auxílio de uma seringa de estanho no ano de 1785. Contudo, os avanços mais significativos ocorreram a partir do século XX, após a descoberta da estrutura do DNA.¹²⁵ No ano de 1932, a promissora descoberta das fases do ciclo menstrual e consequente período fértil feminino possibilitou o planejamento do momento ideal

¹²² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.146.

¹²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 17.

¹²⁴ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 40.

¹²⁵ DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna. **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida**: comentários à resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018. p. 6.

para a introdução do espermatozoide no organismo da mulher, a fim de proceder a inseminação artificial. Já em 1945 foi descoberta a criopreservação de espermatozoides e foram criados os primeiros bancos de esperma. Entretanto, somente em 1953 houve o primeiro procedimento bem sucedido utilizando esperma congelado.¹²⁶

O ano de 1969 foi crucial para o avanço da reprodução humana assistida, principalmente para a técnica de fertilização *in vitro*, quando cientistas conseguiram isolar um gene e fazê-lo visível ao microscópio. Posteriormente, no ano de 1978, em Manchester, no Reino Unido, nasceu Louise Brown, o primeiro bebê de proveta do mundo.¹²⁷ Foi uma grande vitória da medicina e da biologia que garantiu aos cientistas o Nobel de Medicina no ano de 2010.¹²⁸

A ciência médica está em constante evolução, e atualmente já se diferem diversos termos e condições clínicas no âmbito da saúde sexual e reprodutiva, que até pouco tempo eram desconhecidos. A fecundidade diz respeito à capacidade fisiológica de procriar, que para as mulheres compreende o período entre a menarca e a menopausa, e a fertilidade é a sua efetivação por meio do nascimento da criança com vida. Em contrapartida, há a infertilidade, caracterizada pela redução da capacidade de conceber e desenvolver uma nova vida. Trata-se de uma patologia que acomete o sistema reprodutivo do indivíduo, e consiste na incapacidade de conceber após 12 meses de vida sexual ativa sem uso de métodos contraceptivos.¹²⁹

Por essa razão, Ana Claudia Brandão de Barros Ferraz¹³⁰ ensina que “a infertilidade não se confunde com esterilidade. O termo infertilidade indica que a condição pode ser tratada e revertida, podendo ser um problema temporário. Já o termo esterilidade é aplicado a uma incapacidade permanente e irreversível”. Entretanto, os termos infertilidade e esterilidade são comumente utilizados como sinônimos. Ademais, já é sabido que tais condições podem atingir ambos os sexos,

¹²⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 31.

¹²⁷ MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2019. p. 64.

¹²⁸ DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna. **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida**: comentários à resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018. p. 6.

¹²⁹ HAAB, Tuiskon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial**: à luz da Constituição e das leis civis. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 31.

¹³⁰ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 43.

o que demanda a busca pelas técnicas de reprodução assistida pelo homem e pela mulher, conjunta ou separadamente, para a realização do projeto parental por meio da reprodução homóloga ou heteróloga.

De forma breve, cabe distinguir as duas modalidades mencionadas, uma vez que serão objeto de melhor análise adiante. Na reprodução artificial homóloga utilizam-se os gametas de ambos os que realizam o projeto parental, de modo que os dois genitores terão liame biológico com a criança a nascer. Já na reprodução heteróloga, havendo infertilidade de uma pessoa do casal, ou nos casos de pessoas solteiras, será empregado material genético de terceiro, podendo ocorrer a doação de óvulo ou espermatozoide. Há, ainda, a possibilidade de doação de ambos os gametas necessários para a ocorrência da fecundação, nos casos de infertilidade masculina e feminina.¹³¹

Também é possível classificar as modalidades de reprodução assistida em intracorpóreas ou extracorpóreas, cuja divisão irá depender do momento em que ocorre a fecundação do gameta masculino com o feminino. Nas modalidades intracorpóreas a fecundação ocorre no mesmo local da procriação natural, ou seja, no ventre materno. Nas extracorpóreas a fecundação sucede em laboratório e o embrião é posteriormente transferido ao organismo feminino.¹³² Dito isso, passa-se à análise das referidas técnicas.

3.1.1 Modalidades Intracorpóreas

A inseminação artificial, também conhecida como inseminação intrauterina (IIU), é utilizada nos casos em que o processo da fecundação é deficiente em alguma etapa. Há situações em que um ou ambos do casal possuem algum empecilho biológico que prejudique a ocorrência da fecundação de modo natural, por exemplo, o gameta masculino com mobilidade reduzida ou, ainda, distúrbios de ovulação. Assim, a técnica consiste em inserir os melhores espermatozoides dentro

¹³¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima ad tempus**: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 1. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/141810874/v1>. Acesso em: 24 set. 2019.

¹³² HAAB, Tuiscon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial**: à luz da Constituição e das leis civis. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 34.

do organismo da mulher no momento propício, por meio de um fino cateter, facilitando a fecundação do óvulo.¹³³

Vê-se que é dispensada a relação sexual entre os cônjuges ou companheiros para ensejar a gravidez da mulher. Aliás, a técnica não é restrita aos casais que pretendem procriar, na medida em que poderá ser utilizada, também, em favor das pessoas que desejam constituir uma família monoparental. Desse modo, a técnica poderá ser utilizada tanto nos casos de reprodução homóloga quanto heteróloga.¹³⁴

Para elucidar a questão, veja-se que a mulher unida ao homem por uma relação conjugal ou de companheirismo poderá ter seu óvulo fecundado pela introdução de espermatozoides do respectivo cônjuge ou companheiro (reprodução homóloga), assim como de um doador de esperma (reprodução heteróloga), ou mesmo pela mistura dos espermatozoides de ambos (reprodução bisseminal).¹³⁵ Não há motivo, contudo, para a exclusão da mulher solteira da referida técnica, na medida em que poderá igualmente ser fertilizada com o espermatozoide de um doador, fazendo uso da reprodução heteróloga.

Destaca-se que, por tratar-se de fecundação ocorrida dentro do corpo feminino, consistindo em método menos invasivo e mais próximo possível ao procedimento natural, é a modalidade menos criticada por aqueles que são contrários às técnicas de reprodução artificial.¹³⁶

Já o procedimento de transferência intratubária de gametas (*Gamete Intrafallopian Transfer* - GIFT), segundo José Emílio Medauar Ommati,¹³⁷ consiste na captação dos óvulos da mulher, através de laparoscopia, e o esperma do homem, colocando-se ambos os gametas em uma das trompas de Falópio, lugar onde se produz naturalmente a fertilização. Se tudo transcorrer normalmente, os espermatozoides penetram em um ou mais óvulos, formando-se o embrião. Este descerá dentro das trompas até o útero, de forma que a fecundação ocorrerá integralmente no corpo da mulher.

¹³³ CLÍNICA GERA. Inseminação Artificial. São Paulo, c2019. Disponível em:

<https://clinicagera.com.br/tratamentos/inseminacao-artificial/>. Acesso em: 23 maio 2019.

¹³⁴ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 44.

¹³⁵ Ibid., p. 45.

¹³⁶ Ibid., p. 45.

¹³⁷ OMMATI, José Emílio Medauar. As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 25, jun. 1998. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1854>. Acesso em: 23 maio 2019.

A técnica é similar à fertilização *in vitro* (FIV) no que tange a estimulação ovariana e a coleta do gameta masculino. Enquanto na FIV a fecundação e posterior formação do embrião ocorrem de forma extracorpórea, como será visto adiante, na GIFT a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher, sendo que a medicina auxilia somente na transferência dos gametas para o local mais favorável.¹³⁸ Conclui-se, desse modo, que a GIFT é uma mescla dos procedimentos de IIU e FIV, pois em que pese haja interferência médica na obtenção dos gametas masculino e feminino, a fecundação ocorre *in vivo*. Aliás, tal fato permite que a técnica seja relativamente aceita pela doutrina católica.¹³⁹

3.1.2 Modalidades Extracorpóreas

Ao contrário das modalidades supracitadas, as que serão relatadas a seguir têm como característica principal a fecundação extracorpórea dos gametas masculino e feminino. O encontro do óvulo com o espermatozoide ocorrerá em um ambiente externo ao ventre da mulher, a dizer, em aparelhos laboratoriais específicos.

A técnica de FIV ou Fivete,¹⁴⁰ consiste no colhimento do gameta feminino (óvulo) por meio da indução da ovulação, e do gameta masculino (espermatozoide), de modo a proceder a fecundação em laboratório. A técnica é conhecida popularmente como bebê de proveta, pois o óvulo maduro e o sêmen são misturados em uma proveta para formação do zigoto, durante o período máximo de 14 dias,¹⁴¹ para posterior implantação no organismo da mulher.¹⁴² Nos ensinamentos

¹³⁸ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 49.

¹³⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 49.

¹⁴⁰ Fertilização *in vitro* e transferência de embriões.

¹⁴¹ “3. O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será de até 14 dias.”. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida –sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Brasília, DF: CFM, 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 20 ago. 2019.

¹⁴² FERRAZ, op. cit., p. 46.

de Eduardo de Oliveira Leite,¹⁴³ a ciência do procedimento consiste em “reproduzir artificialmente o ambiente da trompa de Falópio, onde a fertilização ocorre naturalmente e a clivagem prossegue até o estágio em que o embrião é transferido para o útero”.

Conforme a Resolução nº 2.168/2017 do CFM,¹⁴⁴ o número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos *a fresco*, ou seja, ao organismo da mulher. Os excedentes que forem viáveis deverão ser criopreservados. Além disso, diante do risco de gravidez múltipla, a resolução estabelece o limite entre dois a quatro embriões para transferência ao corpo feminino, critério que varia de acordo com a idade da paciente.

Isso causa a problemática dos embriões excedentários, porquanto a estimulação ovariana resulta em um número elevado de óvulos, que são posteriormente fecundados *in vitro* e assim criopreservados. Nesse contexto, ao considerar o limite máximo de quatro embriões para transferência ao organismo da mulher, e sobrevivendo o êxito da técnica, Renata da Rocha¹⁴⁵ aduz que “os embriões produzidos em excesso são, frequentemente, abandonados, esquecidos, deixados ao largo nas clínicas de fertilização *in vitro*, sendo, após um determinado período, sumariamente descartados”.

Destaca-se que a Resolução nº 2.168/2017 do CFM alterou o período mínimo para descarte de embriões. Na Resolução nº 2.121/2015, os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderiam ser descartados, se esta fosse a vontade dos pacientes. Atualmente, o período mínimo para descarte dos embriões criopreservados e abandonados reduziu para três anos, em consonância com o art. 5º da Lei nº 11.105/05 (Lei da Biossegurança), e foi acrescentado à norma o termo “vontade expressa” dos pacientes como condição.

¹⁴³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 41.

¹⁴⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida –sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Brasília, DF: CFM, 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 20 ago. 2019.

¹⁴⁵ ROCHA, Renata da. **O direito à vida e a pesquisa em células-tronco**: limites éticos e jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 48.

Vale lembrar que pela improcedência da ADI nº 3.510, foi declarada a constitucionalidade do art. 5º da Lei da Biossegurança. Portanto, é possível a utilização de células-tronco embrionárias para pesquisas, contanto que os pacientes tenham consentido e os respectivos embriões excedentes sejam inviáveis ou tiverem sido congelados há mais de três anos a partir da data de publicação da referida lei. Flávio Martins Alves Nunes Júnior¹⁴⁶ faz atentar ao fato de que o texto legal “não trata dos embriões excedentes em procedimentos de reprodução assistida realizados a partir de 2005. O que fazer com os embriões excedentes? A legislação pátria inescusavelmente se omite”.

De qualquer modo, as pesquisas com embriões são realizadas até hoje, ainda que de forma inexpressiva. A título informativo, conforme o 12º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio,¹⁴⁷ elaborado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), divulgado em 9 de julho de 2019, foram congelados 88.776 embriões no Brasil no ano de 2018, e somente 18 foram doados para pesquisa com células-tronco embrionárias. Já os descartes perfizeram o número de 80.767 embriões, aí incluídos os inviáveis ou indesejados pelos pacientes.

A injeção intracitoplasmática de espermatozoides (*Intracytoplasmic Sperm Injection* – ICSI), por sua vez, é uma técnica derivada da FIV, mais utilizada nos casos de infertilidade masculina, havendo, por exemplo, mobilidade, qualidade e quantidade reduzida de espermatozoide. O procedimento consiste na colocação de um espermatozoide vivo dentro do citoplasma de um oócito com o auxílio de uma microagulha de injeção. Depois do procedimento de injeção, os oócitos são colocados em cultura, e a verificação da fertilização pode ocorrer entre 16 a 18 horas após a ICSI.¹⁴⁸

Passadas 24 horas da checagem de fertilização, os oócitos fertilizados são avaliados a fim de que seja estabelecido quais estão aptos a serem transferidos

¹⁴⁶ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. cap. 13. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/121533435/v2>. Acesso em: 24 set. 2019.

¹⁴⁷ AGUIAR, Marina Leal Bicelli de; PARCA, Renata Miranda. **12º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio**. Brasília, DF: ANVISA, [2019]. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/4048533/4994015/12%C2%BA+Relat%C3%B3rio+do+Sistema+Nacional+de+Produ%C3%A7%C3%A3o+de+Embri%C3%B5es+-+SisEmbrio.pdf/29f37c42-803d-4fe9-8f16-cf6cfc70f40e>. Acesso em: 14 set. 2019.

¹⁴⁸ ABDELMASSIH, Soraya. Injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI). In: ABDELMASSIH, Roger. **Avanços em reprodução humana assistida**. Editores Vicente Abdelmassih e Soraya Abdelmassih. São Paulo: Atheneu, 2007. p. 273.

para a paciente. A nota dada aos embriões varia de acordo com a igualdade do tamanho dos blastômeros e a proporção dos fragmentos. Os embriões de má qualidade que apresentem mais de 50% de fragmentação são considerados inviáveis e não serão utilizados para transferência. Já os embriões viáveis e extranumerários, aí compreendidos os embriões com menos de 20% de fragmentação, podem ser criopreservados no segundo ou terceiro dia após a aspiração dos oócitos. Destaca-se que aproximadamente dois terços dos oócitos fertilizados pela técnica de ICSI se desenvolvem em embriões adequados para transferência ou congelamento.¹⁴⁹

Por fim, na técnica de transferência de zigoto nas trompas de Falópio (*Zygote Intrafallopian Transfer – ZIFT*), mais uma variante da FIV, colocam-se os gametas em contato para que ocorra a formação do zigoto, que neste estágio é transferido para as trompas de Falópio. Ana Claudia Brandão de Barros Ferraz¹⁵⁰ aponta que na FIV os embriões são analisados em laboratório por três a cinco dias antes da transferência para o útero, enquanto na técnica de ZIFT “os óvulos fertilizados – nesse estágio chamados zigotos – são colocados nas trompas de falópio dentro de vinte e quatro horas. O zigoto possui apenas uma célula e por isso ainda não pode ser chamado de embrião”. Cumpre salientar que o procedimento tende a ser mais exitoso que a técnica intracorpórea de GIFT, pois os médicos podem assegurar que o óvulo está fertilizado antes da implantação no organismo feminino.¹⁵¹

Vê-se que o avanço científico trouxe às pessoas uma variedade de procedimentos que eliminam os seus impedimentos reprodutivos, na medida em que cada uma das técnicas têm a característica específica para suprir a condição clínica desfavorável dos pacientes. Assim, tendo a ciência proporcionado o primeiro passo para a concretização do sonho de constituir uma família, cabe analisar as consequentes questões de cunho jurídico e os reflexos nas novas formas de filiação.

¹⁴⁹ ABDELMASSIH, Soraya. Injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI). *In*: ABDELMASSIH, Roger. **Avanços em reprodução humana assistida**. Editores Vicente Abdelmassih e Soraya Abdelmassih. São Paulo: Atheneu, 2007. p. 273.

¹⁵⁰ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 49.

¹⁵¹ AMERICAN PREGNANCY ASSOCIATION. **Zygote intrafallopian transfer**: ZIFT. [S. l.]: American Pregnancy Association, [2019?]. Disponível em: <https://americanpregnancy.org/infertility/zygote-intrafallopian-transfer/>. Acesso em: 21 maio 2019.

3.2 O Estabelecimento dos Vínculos de Filiação

Até pouco tempo a filiação se estabelecia exclusivamente pelo fator natural fruto da procriação carnal, pois a presunção de paternidade era regida pela primazia do vínculo biológico resultante do ato sexual entre o casal.¹⁵² Isso porque a procriação era admitida apenas no seio do casamento, portanto o vínculo biológico da criança com os pais, pelo contato íntimo do casal, era a base para a presunção da paternidade proveniente do matrimônio, e como consectário direto havia o critério da legitimidade da filiação.¹⁵³

Na vigência do Código Civil de 1916, o vínculo de filiação era estabelecido entre os filhos legítimos, legitimados e ilegítimos. Legítimo era o filho oriundo da relação unida pelo matrimônio, porque só do casamento advinha a família legítima. Reinava a presunção legal *pater vero is est quem nuptiae demonstrant* (o pai é aquele que as núpcias indicam),¹⁵⁴ de que todo filho havido pela mulher na constância do casamento tinha como pai o cônjuge, ainda que fosse anulado o casamento.¹⁵⁵ Assim, mãe era quem gestava e paria a criança pela presunção *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa), e o marido desta era o pai, de modo que pouco importava a verdade real da filiação. Ademais, se concebidos antes do matrimônio, mas nascidos na constância deste, nos casos em que o marido tinha conhecimento de tal condição ou não a contestava, definia-se a filiação jurídica.¹⁵⁶

Inclusive, o registro efetuado em nome do cônjuge impossibilitava o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade por parte do pai natural, que possuía o vínculo biológico com a criança. Na época, a única solução para que a paternidade não recaísse sobre o noivo era aguardar o nascimento da criança para então contrair o matrimônio. Da mesma forma, a única maneira de o pai natural

¹⁵² MOREIRA FILHO, José Roberto. As novas formas de filiação advindas das técnicas de inseminação artificial homóloga *post mortem* e as suas consequências no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 12, p. 41, nov./dez. 2015.

¹⁵³ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 113-115.

¹⁵⁴ KUMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado notarial e registral**. São Paulo: YK Editora, 2017. v. 2: Ofício de registro civil das pessoas naturais, p. 500.

¹⁵⁵ FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. **Direito de paternidade**. São Paulo: LTr, 1997. p. 38.

¹⁵⁶ HAAB, Tuiscon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial: à luz da Constituição e das leis civis**. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 84.

reconhecer o filho como seu, era se a mulher não se casasse com outro homem antes do nascimento da criança.¹⁵⁷

Ainda assim, havia os chamados filhos legitimados, nascidos antes do matrimônio, mas que tornavam-se legítimos por meio do posterior casamento dos pais. Já os filhos ilegítimos recebiam tal denominação por terem nascido fora de uma relação conjugal, e dividiam-se em espúrios ou naturais. Ao contrário destes, aqueles provinham de pais que possuíam algum impedimento para contrair matrimônio. Se algum ou ambos os pais fossem casados com terceiros, falava-se em filiação adúltera, ao passo que o impedimento advindo do grau de parentesco resultava na filiação incestuosa.¹⁵⁸ Falava-se também dos filhos adotivos, que embora fossem equiparados aos legítimos, em alguns aspectos eram tratados de forma desigual, a exemplo do direito a receber somente metade da cota hereditária atribuída aos filhos legítimos.¹⁵⁹

Por consequência da constitucionalização do direito civil, o estado de filiação se desvinculou da exclusividade da origem biológica e da legitimidade para advir, também, de relações familiares com viés social, objetivando a busca da felicidade e a valorização do afeto, acolhendo todas as formas de família independentemente da consanguinidade. Ana Cláudia Brandão de Barros Ferraz¹⁶⁰ diz que a “paternidade e a maternidade passaram a ter um significado mais profundo do que a verdade biológica, em que o zelo, o amor filial e natural dedicação ao filho revelam uma verdade afetiva”.

Isso fez com que a filiação fosse identificada não somente pelo vínculo biológico, mas pelo vínculo socioafetivo. No ano de 2001, João Baptista Villela referiu que o fenômeno da desbiologização da paternidade se traduz na ideia de que a paternidade surge aos que defendem o melhor interesse da criança.¹⁶¹ Sobre isso, Maria Berenice Dias¹⁶² refere o esvaziamento biológico da paternidade, para dar

¹⁵⁷ FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. Direito de paternidade. São Paulo: Editora LTr, 1997. p. 54.

¹⁵⁸ HAAB, Tuiskon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial**: à luz da Constituição e das leis civis. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 86.

¹⁵⁹ WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 176.

¹⁶⁰ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 114.

¹⁶¹ Ibid., p. 114.

¹⁶² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. em e-book baseada na 12. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 22. *E-book* (não paginado). Disponível

lugar a uma filiação psicológica. Com efeito, a verdade biológica nem sempre é a verdade real da filiação, que consiste em um agregado de ideais, sentimentos e valores que vão muito além da genética. A igualdade de direitos entre homens e mulheres, o pluralismo familiar e a igualdade entre os filhos foram fatores imprescindíveis para a evolução do estabelecimento da filiação, extirpadas quaisquer discriminações e fazendo prevalecer o efetivo estado de filiação.¹⁶³

A par disso, as inovações científicas também trouxeram a possibilidade de o parentesco surgir das concepções em que não houve contato íntimo entre o homem e a mulher, tampouco identidade genética com a futura prole. Vale destacar que o conjunto de pessoas resultantes de técnicas de reprodução assistida não é ínfimo. Pelo contrário, os dados são bastante expressivos e não há como ignorar que a procura pelo procedimento é cada vez maior. O 12º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio¹⁶⁴ apontou a realização de 43.098 ciclos no ano de 2018, com a transferência de 70.908 embriões para o útero de pacientes ou voluntárias, o que reflete um aumento de 16% em relação ao ano de 2017.

A crescente busca por procedimentos de reprodução artificial pelas pessoas com problemas de reprodução exige respostas às demandas jurídicas que decorrem dessa inovação científica, na medida em que essa conquista biotecnológica abalou os antigos padrões de filiação. Ocorre que a adaptação do direito à nova realidade social por vezes é tardia, de modo que muitas relações sociais relevantes não encontram o amparo necessário no ordenamento jurídico. Eduardo de Oliveira Leite¹⁶⁵ em 1995 já clamava por regulamentação das técnicas de reprodução assistida:

O que não é mais possível aceitar é a omissão governamental diante de uma realidade inegável confirmada pela prática isolada de organismos particulares, desvinculadas de qualquer constrangimento regulamentar.

em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/76474648/v12>. Acesso em: 24 set. 2019.

¹⁶³ HAAB, Tuiscon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial**: à luz da Constituição e das leis civis. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 88.

¹⁶⁴ AGUIAR, Marina Leal Bicelli de; PARCA, Renata Miranda. **12º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio**. Brasília, DF: ANVISA, [2019]. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/4048533/4994015/12%C2%BA+Relat%C3%B3rio+do+Sistema+Nacional+de+Produ%C3%A7%C3%A3o+de+Embri%C3%B5es+-+SisEmbrio.pdf/29f37c42-803d-4fe9-8f16-cf6cfc70f40e>. Acesso em: 14 set. 2019.

¹⁶⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 148.

No caso brasileiro, embora a legislação e os tribunais insistam em desconhecer a validade da inseminação heteróloga, é sabido que ela é praticada, assim como outras modalidades de procriação artificial. Há centros de procriação no Rio Grande do Sul, em São Paulo, no Rio de Janeiro, todos funcionando de forma isolada, de acordo com suas próprias convicções e conquistas científicas, negando, o que é bem mais grave, um projeto que, necessariamente, deveria ter contornos nacionais e características capazes de determinar uma tendência brasileira.

Até o presente momento tal projeto inexistente e, se o comportamento das instâncias superiores continuar a se pautar pelo descaso, tal situação tende a perdurar no tempo e no espaço.

Atualmente não há nenhuma lei específica brasileira que regule e ampare a reprodução humana artificial. A legislação da matéria limita-se a três incisos no art. 1.597 do Código Civil, referentes à presunção de paternidade dos filhos havidos por reprodução assistida na constância do casamento, e ao art. 5º da Lei 11.105/05 (Lei da Biossegurança), que trata sobre a utilização dos embriões excedentários. Na verdade, os principais instrumentos de auxílio aos juristas nos dias de hoje são os provimentos do Conselho Nacional de Justiça e as resoluções do Conselho Federal de Medicina, destacando-se os editados recentemente por ambos os órgãos, respectivamente o Provimento 63/2017 e a Resolução 2.168/2017.¹⁶⁶

Impende ressaltar que o Conselho Federal de Medicina e os Conselhos Regionais de Medicina foram instituídos pela Lei nº 3.268/57. Constituem, em conjunto, uma autarquia, e cada conselho possui personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira. Além disso, cabe aos conselhos supervisionar a ética profissional, julgar e disciplinar a classe médica.¹⁶⁷

Portanto, como escreve Marianna Chaves,¹⁶⁸ “as Resoluções do Conselho Federal de Medicina não substituem a lei, nem mesmo possuem um caráter supletivo, constituindo meramente orientações deontológicas.”. No mesmo contexto, Maria de Fátima Freire de Sá¹⁶⁹ aduz que “uma resolução não pode inovar

¹⁶⁶ REPRODUÇÃO assistida: o céu é o limite?. **Revista IBDFAM**, [s. l.], ed. 37, p. 11, fev./mar. 2018.

¹⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957**. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L3268.htm. Acesso em: 1 jun. 2019.

¹⁶⁸ CHAVES, Marianna. Parentalidade homoafetiva: a procriação natural e medicamente assistida por homossexuais. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 9. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100036697/v3>. Acesso em: 1 set. 2019.

¹⁶⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2015. p. 152.

originariamente a ordem jurídica”, e que somente “regulam o exercício da profissão médica”. Ademais, o seu descumprimento está sujeito somente a sanções administrativas. Isso porque a atribuição de fiscalizar o exercício da profissão do trabalho médico e aplicar penalidades é exclusiva do respectivo Conselho Regional ao qual está inscrito o profissional, a partir da jurisdição disciplinar, conforme artigos 15 e 21 da Lei nº 3.268/57.¹⁷⁰

A despeito da omissão legislativa, a doutrina não deixou de acompanhar a evolução social. Diz-se que a cópula deixou de ser condição para estabelecer a filiação, porquanto a vontade, antes irrelevante, passou a ser um dos principais pressupostos para o vínculo de parentalidade. Vale destacar que a vontade era sim um fator a ser considerado – ou desconsiderado –, mas em momento posterior à concepção, como no reconhecimento voluntário dos filhos ou na impossibilidade de reconhecer os filhos adulterinos. Na realidade contemporânea, partindo da premissa de que o planejamento familiar é livre decisão do casal, a vontade se manifesta ainda antes da concepção.¹⁷¹

Por tratar-se de uma reprodução assexuada, é possível afirmar que na reprodução assistida o fator volitivo estará sempre presente, sendo essencial para as relações parentais.¹⁷² Contudo, ao lembrar que o direito à reprodução não é absoluto, Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁷³ afirma que a vontade não é o único pressuposto a ser observado, pois devem “coexistir uma série de outros requisitos, de índole objetiva, inclusive a própria concepção do embrião, visto que a vontade desacompanhada de outros elementos se revela insuficiente”. Nesse contexto, tem-se o risco como outro fator importante nas relações de parentalidade advindas da reprodução assistida, consubstanciado na situação jurídica em que os indivíduos, vinculados pela relação familiar, assumem as consequências provenientes do projeto parental realizado pela técnica de reprodução assistida.¹⁷⁴

¹⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957**. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L3268.htm. Acesso em: 1 jun. 2019.

¹⁷¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 687.

¹⁷² HAAB, Tuiskon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial: à luz da Constituição e das leis civis**. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 97.

¹⁷³ GAMA, op. cit., p. 693.

¹⁷⁴ Ibid., p. 703.

Na procriação carnal, a qual ocorre de forma natural com o contato sexual entre o homem e a mulher, a criança a nascer carrega o material genético de ambos os que mantiveram a relação sexual. Tratando-se de filho concebido e nascido dentro de uma relação jurídica fundada no casamento, a lei civil dispõe que o marido da mulher que engravidou é o pai jurídico da criança, pela presunção legal *pater is est*, prevista no art. 1.597 do Código Civil. Assim, o pai da criança pode não ser o genitor que carrega a identidade biológica, mas o marido da mulher que gestou o filho. A maternidade, por sua vez, será estabelecida em favor da mulher que passou pela gestação e pariu a criança, pela presunção *mater semper certa est*.¹⁷⁵

A filiação fruto da procriação medicamente assistida ocorre sem qualquer contato sexual entre o homem e a mulher, de modo que a filiação irá se revelar de diferentes formas, relacionadas à respectiva modalidade de reprodução artificial utilizada. Na reprodução assistida homóloga considera-se o fator biológico, uma vez utilizado o material genético de ambos do casal, fato este que exclui dos utilitários da técnica as famílias monoparentais e uniões homoafetivas. Já na reprodução heteróloga, em suas diversas modalidades, o fator biológico é desconsiderado em uma ou ambas as linhas parentais. Assim, ausente o fator biológico, resta buscar outro fundamento apto a estabelecer a filiação.¹⁷⁶

Eduardo de Oliveira Leite¹⁷⁷ aduz que “os adágios ‘*mater semper certa est*’ e ‘*pater semper incertus est*’ tornaram-se relativos conduzindo o jurista a se interrogar sobre a validade de certos princípios tidos como adquiridos”, exigindo que a sociedade exerça um controle efetivo ante a realidade atual das relações imprecisas advindas do avanço científico.¹⁷⁸ Nessa ambiência, a doutrina passou a definir o estado de filiação como gênero,¹⁷⁹ do qual são espécies a filiação biológica ou natural, assim como a não biológica ou civil.¹⁸⁰

¹⁷⁵ HAAB, Tuiscon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial**: à luz da Constituição e das leis civis. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 105.

¹⁷⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima ad tempus**: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 1. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/141810874/v1>. Acesso em: 24 set. 2019.

¹⁷⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 201.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 201.

¹⁷⁹ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 2.ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 115.

¹⁸⁰ HAAB, *op.cit.*, p. 89.

Na filiação biológica há identidade genética dos pais com a criança, seja na reprodução natural ou assistida homóloga. Já a filiação não biológica compreende os casos de adoção, filiação socioafetiva e reprodução assistida heteróloga, onde não há identidade genética. Em suma, tem-se o critério biológico, determinado pelo vínculo genético; o critério legal ou jurídico, a partir da presunção relativa estabelecida pelo legislador; e o critério socioafetivo.¹⁸¹ Sérgio Gischkow Pereira¹⁸² afirma que o critério da socioafetividade não se encontra de forma expressa no Código Civil, este que utiliza os critérios da verdade biológica e legal para o estabelecimento da filiação.

Feitas essas considerações, resta analisar como se dará a aplicação de tais critérios em cada modalidade de reprodução artificial.

3.2.1 Reprodução Homóloga

Na técnica de reprodução assistida homóloga há o emprego do material genético masculino e feminino pertencentes ao casal, proporcionando a concepção e a gravidez da mulher que desenvolveu o projeto parental. Assim, o fundamento mais relevante para o estabelecimento do vínculo de maternidade, paternidade e filiação será o biológico. Contudo, nessa modalidade a filiação biológica e a jurídica podem coexistir, pois se a criança for concebida na constância do casamento haverá, também, o vínculo jurídico pela presunção legal constante no art. 1.597 do Código Civil. Assim, a constância da vida conjugal e o fator biológico são suficientes para estabelecer os vínculos jurídicos parentais e filiais.¹⁸³ Nesse contexto, Guilherme Nogueira da Gama¹⁸⁴ diz o seguinte:

A origem dos vínculos jurídicos é a consanguinidade, e o critério jurídico de estabelecimento da parentalidade-filiação é a presunção contida no art. 1.597, incisos I e II, do Código Civil, devido à

¹⁸¹ HAAB, Tuiscon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial**: à luz da Constituição e das leis civis. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 89.

¹⁸² PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de família**: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 81.

¹⁸³ HAAB, op. cit., p. 104.

¹⁸⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima ad tempus**: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 1. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/141810874/v1>. Acesso em: 24 set. 2019.

observância dos prazos ali previstos quanto ao momento da concepção e do nascimento da criança.

Impende destacar que o art. 1.597 do Código Civil¹⁸⁵ trata expressamente das técnicas de reprodução humana assistida homóloga em dois incisos, e estabelece a presunção de que foram "concebidos na constância do casamento os filhos: III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga". Assim, o inciso III trata da utilização do espermatozoide congelado do falecido marido, que até então não havia sido empregado para fertilização do óvulo, ao passo que o inciso IV dispõe sobre o embrião já formado e criopreservado após a FIV realizada em vida.

Quanto à utilização *post mortem* do espermatozoide congelado, para que seja conferida a presunção de paternidade ao falecido marido é imprescindível que este tenha autorizado o procedimento. Destarte, a falta de consentimento impede a atribuição da paternidade, pois tal situação equipara-se à doação de espermatozoide.¹⁸⁶ Nesse contexto, a Resolução nº 2.168/2017 do CFM¹⁸⁷ dispõe no título VIII 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". Foi também a posição tomada pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal¹⁸⁸ no enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de

¹⁸⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 4 jun. 2019.

¹⁸⁶ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de família**: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 89.

¹⁸⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida –sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Brasília, DF: CFM, 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 20 ago. 2019.

¹⁸⁸ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CFJ). **Enunciado nº 106**. I Jornada de Direito Civil. Brasília, DF: CJF, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em: 22 set. 2019.

reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Vê-se que o inciso IV permite o emprego de embriões excedentários a qualquer tempo, portanto mesmo após a dissolução da sociedade conjugal, caso em que a presunção legal de parentalidade não será afastada. Todavia, conforme o enunciado nº 107 da I Jornada de Direito Civil, é necessário que o ex-cônjuge tenha previamente autorizado tal uso de forma escrita, declaração que pode ser revogada até o início do procedimento de implantação dos embriões.¹⁸⁹ No mesmo sentido dispõe o título V, item 3 da Resolução nº 2.168/2017 do CFM¹⁹⁰:

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.

Tuiskon Bejarano Haab¹⁹¹ ressalta que os incisos III e IV do art. 1.597 do Código Civil não dispõem expressamente a autorização do cônjuge – fator volitivo – como pressuposto da presunção de parentalidade, como consta no inciso V atinente à reprodução heteróloga. Isso pode vir a ensejar a contestação do vínculo de parentalidade sob a alegação de vício de consentimento, razão pela qual a autorização expressa assegura a transparência, além de ser instrumento de prova do caráter inequívoco do projeto parental feito pelo casal. Destarte, o autor entende que apesar da omissão do legislador, “os cônjuges (ou companheiros) deverão autorizar a utilização de seu material genético de maneira expressa, sendo esta

¹⁸⁹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de família**: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 90.

¹⁹⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida –sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Brasília, DF: CFM, 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 20 ago. 2019.

¹⁹¹ HAAB, Tuiskon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial**: à luz da Constituição e das leis civis. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 106.

medida imprescindível para sua inequívoca manifestação de vontade em relação à realização da reprodução homóloga”.¹⁹²

Impende salientar que as presunções também serão aplicadas à falecida esposa, com base no princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges. Isso porque o viúvo poderá, por meio da gestação por substituição, utilizar o embrião ou óvulo criopreservado para realizar o projeto parental do casal, se assim tiver consentido a esposa.¹⁹³

Ademais, em que pese o legislador tenha utilizado os termos referentes ao casamento para estabelecer os vínculos de filiação, aplicam-se às relações de companheirismo os mesmos fundamentos atinentes às relações matrimoniais aqui expostos. Isso porque o Código Civil foi redigido ainda no cenário do antigo direito de família, e atualmente a união estável é reconhecida perante a Constituição Federal como entidade familiar (art. 226, §3º), não havendo razão para distingui-las ao determinar as relações de parentesco.¹⁹⁴ Neste sentido foi o entendimento do STJ,¹⁹⁵ que estendeu à união estável a presunção de paternidade prevista no Código Civil.

Destaca-se que a escritura pública ou sentença declaratória de união estável tem o mesmo *status* de certidão de casamento para fins de presunção de paternidade. Esse entendimento foi normatizado no art. 1º, § 1º do Provimento 52/2016 do Conselho Nacional de Justiça, mantido no art. 16, § 1º do atual Provimento 63/2017, que estende aos companheiros a presunção *pater is est*,

¹⁹² HAAB, Tuiskon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial**: à luz da Constituição e das leis civis. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 107.

¹⁹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima ad tempus**: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 1. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/141810874/v1>. Acesso em: 24 set. 2019.

¹⁹⁴ HAAB, op. cit., p. 105.

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência nº 508**. Direito civil. União estável. Presunção de concepção de filhos. A presunção de concepção dos filhos na constância do casamento prevista no art. 1.597, II, do CC se estende à união estável. Para a identificação da união estável como entidade familiar, exige-se a convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos em comum. O art. 1.597, II, do CC dispõe que os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal presumem-se concebidos na constância do casamento. Assim, admitida pelo ordenamento jurídico pátrio (art. 1.723 do CC), inclusive pela CF (art. 226, § 3º), a união estável e reconhecendo-se nela a existência de entidade familiar, aplicam-se as disposições contidas no art. 1.597, II, do CC ao regime de união estável. Precedentes citados do STF: ADPF 132-RJ, DJe 14/10/2011; do STJ: REsp 1.263.015-RN, DJe 26/6/2012, e REsp 646.259-RS, DJe 24/8/2010. REsp 1.194.059-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 6/11/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 2 jun. 2019.

bastando para a lavratura do assento o comparecimento de um deles ao registro civil, portando a Declaração de Nascido Vivo (DNV), da qual decorre a presunção *mater semper certa est*,¹⁹⁶ e a escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida. Da mesma forma, deverão ser observados os prazos dos incisos I e II do art. 1.597 do Código Civil para verificar a presunção de paternidade.¹⁹⁷

3.2.2 Reprodução Heteróloga

A técnica de reprodução assistida heteróloga pressupõe, no mínimo, o emprego de um gameta pertencente à terceiro, pessoa estranha ao casal, para efetivar a fecundação. Isso porque um dos cônjuges ou companheiros contribuirá com o seu material genético e o outro não, mas é possível a realização do procedimento quando ambos não tenham condições de contribuir com qualquer gameta.¹⁹⁸ Além disso, impõe-se a utilização da modalidade heteróloga nos casos de monoparentalidade ou união homoafetiva, em vista da necessidade de doação do gameta feminino ou masculino. Nessa ambiência, Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁹⁹ aponta que a técnica de reprodução assistida heteróloga pode ocorrer nas seguintes situações:

a) a utilização do óvulo da mulher (esposa ou companheira), que será fertilizado pelo espermatozoide de doador, eis que seu marido ou companheiro não tem condições de fornecer material fecundante seu que seja viável (reprodução heteróloga *a patre*); b) o emprego do óvulo de terceira doadora, que será fertilizado pelo espermatozoide do marido ou companheiro da mulher que desenvolve o projeto parental (reprodução heteróloga *a matre*); c) a utilização do óvulo de terceira doadora, que será fertilizado pelo espermatozoide fornecido pelo doador (reprodução heteróloga bilateral).

Depreende-se, portanto, que a reprodução heteróloga poderá ser unilateral *a matre* ou *a patre*, caracterizada pela doação de óvulo ou espermatozoide,

¹⁹⁶ KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modena. **Tratado notarial e registral**. São Paulo: YK Editora, 2017. v. 2: Ofício de registro civil das pessoas naturais, p. 583.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 597-598.

¹⁹⁸ HAAB, Tuiskon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial**: à luz da Constituição e das leis civis. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 108.

¹⁹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima ad tempus**: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 1. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/141810874/v1>. Acesso em: 24 set. 2019.

respectivamente, caso em que há coincidência genética somente na linha materna ou paterna. Poderá, ainda, ser bilateral, modalidade em que nenhum dos que planejaram a família contribui com o seu gameta. Desse modo, o estabelecimento dos vínculos de parentalidade e filiação serão diferentes em respeito a cada uma das hipóteses, destacando-se de antemão que o critério biológico não será tão importante, visto que será inexistente em relação a um ou a ambos os que planejaram a família. Assim, dadas as particularidades, é necessário analisar o estabelecimento da filiação em cada uma das técnicas.

Nos casos de reprodução heteróloga *a patre* o fundamento do vínculo a ser estabelecido entre a criança e a mulher que engravidou a partir do seu próprio óvulo é o biológico, ou seja, o parentesco é fundado na consanguinidade e pela presunção *mater semper certa est*. O mesmo não pode ser dito no que se refere à linha paterna, pois não há qualquer identidade biológica com a criança a nascer. Neste caso, deverá ser verificada a presença do consentimento do marido para que seja estabelecida a filiação,²⁰⁰ nos termos do inciso V do art. 1.597 do Código Civil²⁰¹ que dispõe o seguinte: “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”. Dito isso, o parentesco entre o homem e a criança concebida não será fundamentada no critério biológico, mas no critério jurídico, diante da sua origem diversa da consanguinidade.²⁰²

Destaca-se que havendo manifestação de vontade do marido a respeito da concepção heteróloga *a patre*, a presunção de paternidade é absoluta, consubstanciada na verdade afetiva, pois ausente o critério biológico.²⁰³ Portanto, a ausência de consentimento afasta a presunção *pater is est*.²⁰⁴ Sobre o

²⁰⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima ad tempus**: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 1. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/141810874/v1>. Acesso em: 24 set. 2019.

²⁰¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 4 jun. 2019.

²⁰² HAAB, Tuiscon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial**: à luz da Constituição e das leis civis. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 108.

²⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. em e-book baseada na 12. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 22. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/76474648/v12>. Acesso em: 24 set. 2019.

²⁰⁴ KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado notarial e registral**. São Paulo: YK Editora, 2017. v. 2: Ofício de registro civil das pessoas naturais, p. 599.

consentimento do homem, Mario de Carvalho Camargo Neto²⁰⁵ aduz que “uma vez iniciada a aplicação da técnica de reprodução, não poderá ser revogada a autorização anteriormente concedida”. Paulo Lôbo²⁰⁶ atenta ao fato de que nestes casos “jamais a paternidade pode ser impugnada pelo marido, não podendo este voltar-se contra o próprio ato, em violação da boa-fé, pois o *venire contra factum proprium* é repellido por nosso sistema jurídico”. Assim, não se admite a investigação de paternidade com base na origem genética, porque o consentimento fortalece o fundamento socioafetivo da filiação e afasta o critério biológico.²⁰⁷

Cabe referir o interessante posicionamento de Vitor Frederico Kumpel²⁰⁸ sobre o estabelecimento da filiação na reprodução heteróloga. O autor entende que não há que se falar em filiação socioafetiva em tal modalidade, pois não existem, ainda, os elementos básicos para conformar o conceito jurídico próprio da parentalidade socioafetiva (posse de estado de filho). A dizer, é irrelevante a potencial futura afetividade dos que realizaram o projeto parental, pois é a prévia manifestação de vontade de recorrer à reprodução assistida que preenche o requisito legal e estabelece a condição de filho. Desse modo, para o autor, a filiação na reprodução heteróloga é exclusivamente civil ou jurídica, e não socioafetiva.

Na reprodução heteróloga a *matre*, ou seja, na hipótese de emprego de óvulo doado, a mulher que passará pela gestação não tem vínculo genético com a futura criança. Trata-se de uma maternidade biológica dividida, situação não prevista na lei civil, pois a gestação ocorre no corpo da mãe que planejou a família, mas inexistente afinidade genética, razão pela qual não é possível definir a filiação pelo critério biológico.²⁰⁹ Nesse caso, Guilherme Calmon Nogueira da Gama²¹⁰ diz que é preciso “considerar a manifestação de vontade da mulher, expressa no bojo do desenvolvimento do projeto parental do casal, associada à sua gravidez, como os

²⁰⁵ CAMARGO NETO, Mario de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. **Registro civil das pessoas naturais**: parte geral e registro de nascimento. Coordenador Christiano Cassettari. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 157.

²⁰⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 206.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 206.

²⁰⁸ KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modena. **Tratado notarial e registral**. São Paulo: YK Editora, 2017. v. 2: Ofício de registro civil das pessoas naturais, p. 492.

²⁰⁹ HAAB, Tuiskon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial**: à luz da Constituição e das leis civis. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 109.

²¹⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima ad tempus**: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 1. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/141810874/v1>. Acesso em: 24 set. 2019.

pressupostos necessários para o estabelecimento da maternidade jurídica”. No mesmo contexto, destaca-se o ensinamento de Tuiskon Bejarano Haab²¹¹:

[...] nem sempre a gestação e o parto serão determinadores da maternidade. Isto porque o brocardo *mater semper certa est* baseia-se no fato de a criança gerada ser o resultado da evolução, no ventre da mãe, de um óvulo produzido pelo próprio corpo desta, o que não é verdade na reprodução heteróloga com doação de óvulo ou embrião. [...] A solução para esse quadro seria considerar a maternidade definida não só pela força da gravidez e do parto, mas, principalmente, pelo fato da mulher ter exteriorizado a vontade de procriar, implementando o projeto parental que havia cogitado. O parentesco daí decorrente origina-se na vontade, no risco e na subsistência da união conjugal no período de transferência do embrião para o corpo da gestante.

Destarte, a filiação na linha materna terá base no critério legal ou jurídico, pela presunção *mater semper certa est*, mas aliada à manifestação de vontade de procriar. Quanto ao homem, considerando que contribui com o seu próprio material genético, define-se a filiação pelo critério biológico ou consanguíneo,²¹² que poderá também coincidir com o critério legal, se concebido na constância do casamento ou união estável.

Cabe aqui destacar a possibilidade de ser realizada a reprodução heteróloga por casal homoafetivo composto por duas mulheres, caso em que uma das mulheres gestará a criança advinda do óvulo da companheira fertilizado com espermatozoide de doador anônimo. Neste caso, verifica-se uma dupla maternidade,²¹³ pois como exposto anteriormente, a mulher que gestou e pariu a criança é a mãe jurídica, enquanto a maternidade da outra companheira é estabelecida pelo critério biológico.²¹⁴ Tal possibilidade inexistente tratando-se de casal homoafetivo composto por dois homens, uma vez que o casal depende da técnica de gestação por substituição para ter filhos, hipótese que será analisada oportunamente.

Tratando-se de reprodução heteróloga bilateral, não há liame biológico com nenhum dos indivíduos que compõem o casal. Isso poderá ocorrer se optarem por

²¹¹ HAAB, Tuiskon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial**: à luz da Constituição e das leis civis. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 110.

²¹² Ibid., p. 109.

²¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. em e-book baseada na 12. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 22. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/76474648/v12>. Acesso em: 24 set. 2019.

²¹⁴ HAAB, op. cit., p. 116.

utilizar um embrião excedentário criopreservado, ou um óvulo e um espermatozoide para proceder a FIV. Em ambas as hipóteses, o embrião formado será implantado no útero da mulher que desenvolveu o projeto parental, fato que difere essa modalidade da gestação de substituição.²¹⁵ Destarte, tanto na linha paterna quanto na materna, a filiação será civil ou jurídica.

Na linha materna, de forma semelhante à reprodução heteróloga *a matre*, a maternidade jurídica se dará pela presunção *mater semper certa est*, constante na DNV, aliada à manifestação de vontade de procriar. Já na linha paterna, a paternidade será estabelecida da mesma forma que na reprodução heteróloga *a patre*. Nesse caso, fixa-se a paternidade jurídica por meio do consentimento expresso do homem, o qual gera a presunção absoluta de paternidade. No mesmo sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama²¹⁶ aduz que “a paternidade jurídica será estabelecida com fundamento no seu expresso consentimento, manifestado no bojo do projeto parental que vinha desenvolvendo com sua esposa (CC, art. 1.597, V)”.

As presunções previstas na lei civil beneficiarão as famílias unidas pelo matrimônio e pelas relações de companheirismo. Como supramencionado, a presunção de paternidade se aplica à união estável, esta reconhecida constitucionalmente como entidade familiar, conforme tese jurisprudencial firmada pelo STJ constante no informativo nº 508.²¹⁷ Tuiscon Bejarano Haab²¹⁸ compartilha o mesmo entendimento:

²¹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima ad tempus**: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 1. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/141810874/v1>. Acesso em: 24 set. 2019.

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência nº 508**. Direito civil. União estável. Presunção de concepção de filhos. A presunção de concepção dos filhos na constância do casamento prevista no art. 1.597, II, do CC se estende à união estável. Para a identificação da união estável como entidade familiar, exige-se a convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos em comum. O art. 1.597, II, do CC dispõe que os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal presumem-se concebidos na constância do casamento. Assim, admitida pelo ordenamento jurídico pátrio (art. 1.723 do CC), inclusive pela CF (art. 226, § 3º), a união estável e reconhecendo-se nela a existência de entidade familiar, aplicam-se as disposições contidas no art. 1.597, II, do CC ao regime de união estável. Precedentes citados do STF: ADPF 132-RJ, DJe 14/10/2011; do STJ: REsp 1.263.015-RN, DJe 26/6/2012, e REsp 646.259-RS, DJe 24/8/2010. REsp 1.194.059-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 6/11/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 2 jun. 2019.

A maternidade da mulher casada ou em união estável induzirá a paternidade, uma vez que a criança nascida da mulher casada ou companheira é, por presunção, do marido ou companheiro, ou seja, a criança beneficiar-se-á da presunção de paternidade.

No mesmo sentido exposto no tópico anterior, Mario de Carvalho Camargo Neto²¹⁹ aduz que a presunção incidirá apenas “diante da apresentação do consentimento informado dos envolvidos, o que prova que houve exercício da autonomia privada e manifestação livre de vontade de gerar um filho, anuindo-se com todas as repercussões”. Desse modo, sejam os envolvidos casados ou companheiros, uma vez apresentado o consentimento informado e o respectivo documento comprobatório da relação, respeitados os prazos previstos nos incisos I e II do art. 1.597 do Código Civil, o oficial deve incluir a filiação destes no registro de nascimento.²²⁰

Em suma, no estabelecimento dos vínculos de parentesco sob as técnicas de reprodução assistida, a relação sexual será substituída pela manifestação expressa de vontade analisada em conjunto ao êxito da técnica utilizada e à convivência do casal. Tratando-se de reprodução heteróloga unilateral, os fundamentos que regem a filiação irão divergir quanto ao pai ou a mãe, pois apenas um deles irá contribuir com o seu material genético. Nesse contexto, legal ou civil será o parentesco relativamente ao indivíduo que não contribuiu com seu gameta, ou biológico, originado na consanguinidade, quanto ao que possui identidade genética com o filho a nascer.

3.2.3 Gestação de Substituição

A gestação de substituição é a técnica que consiste na gestação ocorrida no corpo de uma mulher desvinculada do planejamento familiar, em favor do casal ou pessoa que deseja fazer uso da reprodução assistida para a procriação, nos casos em que a mulher não tenha condições biológicas de gestar a criança. Desse modo, essa técnica é utilizada nos casos de ausência de útero, infertilidade vinculada à patologia uterina, ou mesmo havendo contraindicação médica a uma gestação pela

²¹⁸ HAAB, Tuiskon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial**: à luz da Constituição e das leis civis. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 110.

²¹⁹ CAMARGO NETO, Mario de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. **Registro civil das pessoas naturais**: parte geral e registro de nascimento. Coordenador Christiano Cassettari. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 155.

²²⁰ *Ibid.*, p. 155.

comorbidade de outras doenças.²²¹ Em respeito à evolução do direito brasileiro ao reconhecer os diversos modelos de família, também poderão recorrer à técnica os casais homossexuais compostos por dois homens, ou mesmo homens solteiros, pois embora sejam saudáveis, não têm condições de realizar sozinhos o sonho de constituir uma família.²²²

Assim, vê-se que a gestação por substituição pode ser utilizada tanto nos casos de reprodução homóloga quanto heteróloga.²²³ A partir da técnica de FIV um casal heterossexual pode formar um embrião com os seus próprios gametas pela reprodução homóloga, e implantá-lo no organismo de outra mulher, neste caso a mãe substituta. Ademais, tanto os casais heterossexuais quanto homossexuais podem optar pelo procedimento, ocasião em que uma terceira pessoa gestará o embrião formado a partir da técnica de reprodução heteróloga unilateral ou bilateral.

Eduardo de Oliveira Leite²²⁴ distingue a chamada mãe portadora da mãe de substituição como duas vertentes do procedimento. A mãe portadora é a mulher fértil que somente “empresta” o útero, no qual será implantado um embrião formado com os gametas alheios a ela, ou seja, do casal que planejou a criança pela técnica de FIV na modalidade homóloga. A mãe de substituição, por sua vez, igualmente “empresta” o seu útero, mas será inseminada com o espermatozoide do pai intencional, causando a gestação de uma criança que terá identidade biológica com a mulher que a gesta.

Eduardo Dantas²²⁵ acrescenta que também poderá ser implantado um embrião resultante de reprodução heteróloga ou um embrião excedentário no corpo da mãe portadora. Além disso, destaca que a mãe de substituição é também chamada de gestação de substituição tradicional, modalidade em que a mulher poderá ser inseminada tanto com o espermatozoide do homem que planejou a família, quanto de um doador, para a fertilização do seu próprio óvulo.

²²¹ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 50.

²²² DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna. **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida: comentários à resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018. p. 141.

²²³ HAAB, Tuiskon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial: à luz da Constituição e das leis civis**. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 111.

²²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 68.

²²⁵ DANTAS, op. cit., p. 146.

Na gestação por substituição a paternidade é estabelecida sem grandes questionamentos, na medida em que é definida pelo critério biológico, no caso de reprodução homóloga e heteróloga *a matre*, ou pelo critério legal, nos moldes da reprodução heteróloga bilateral e *a patre*. É na linha materna que pairam as controvérsias, pois em tese há duas mães: a mulher que gesta a criança, e a que com ela possui o vínculo genético ou a desejou. É a exceção por excelência à presunção de maternidade advinda do parto,²²⁶ visto que a máxima *mater semper certa est* resta abalada pelo procedimento, tornando possível que as duas mulheres disputem pela qualidade de mãe, mas também que ambas recusem o vínculo materno.²²⁷

No caso da gestação de um embrião formado pelo óvulo da mãe que planejou a criança, verifica-se a existência do critério biológico apto a estabelecer a filiação, pois a criança tem compatibilidade com o material genético da mãe intencional. Tratando-se de embrião formado com óvulo de uma doadora, inviável a utilização do critério biológico para determinar a maternidade, porquanto inexistente vínculo genético da mãe intencional com a futura prole.²²⁸

Vale lembrar que na reprodução heteróloga *a matre* há uma maternidade biológica dividida, em que a mãe intencional gesta uma criança advinda de óvulo doado. Nessa hipótese a maternidade é atribuída à mulher que gesta a criança, mesmo ausente vínculo genético, pois ela tem a seu favor o elemento volitivo presente no planejamento familiar. Tal situação difere da gestação por substituição, na medida em que há, de certa forma, um vínculo biológico pela gestação, mas inexistente a vontade de procriar, razão pela qual não pode ser atribuída a maternidade à mãe gestacional.

Em que pese a temática seja objeto de muita divergência, a melhor doutrina aponta que nestes casos a maternidade deve ser conferida à mulher que manifestou a vontade de gerar um indivíduo por meio da gestação por substituição, ou seja, que teve o *animus* de procriar.²²⁹ Isso porque a vontade é pressuposto para a filiação proveniente da reprodução assistida, ligado ao livre planejamento familiar e à

²²⁶ KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado notarial e registral**. São Paulo: YK Editora, 2017. v. 2: Ofício de registro civil das pessoas naturais, p. 649.

²²⁷ HAAB, Tuiskon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial**: à luz da Constituição e das leis civis. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 112.

²²⁸ PAIM, Marcos Vinícius Marques. Aspectos civis da gestação por substituição no Brasil ante a ausência de legislação específica. **Revista IBDFAM**: famílias e sucessões, Belo Horizonte, v. 28, p. 84, jul./ago. 2018.

²²⁹ *Ibid.*, p. 85.

parentalidade responsável.²³⁰ Nesse contexto, cabe referir o entendimento de Vitor Frederico Kumpel²³¹:

O liame que sustenta o vínculo de parentesco entre a criança e os pais, nesse caso, não é genético nem pode ser considerado afetivo, já que esta pressupõe o desenvolvimento de uma relação afetiva protraída no tempo. É, em verdade, a própria intenção procriatória, consubstanciada no planejamento da gestação, que tem por condão justificar os laços de parentesco em relação à criança.

Tratando-se de gestação de substituição tradicional, ou seja, havendo identidade genética da gestante com a criança a nascer, a doutrina costuma adotar o mesmo entendimento. A maternidade deve ser atribuída à mulher que planejou a criança, e não à mulher que engravidou, ainda que a criança tenha surgido do seu próprio óvulo, porque falta à mãe de substituição o elemento volitivo à época da concepção. Nesse sentido, vale ressaltar o ensinamento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama²³²:

[...] a gravidez e o parto perdem a importância que lhes era conferida pela legislação, ao menos no campo da procriação assistida e, nesse sentido, é a vontade o pressuposto mais importante, independentemente dela haver surgido intensa (ou não) durante a gravidez na outra mulher. O momento importante para o estabelecimento da paternidade, maternidade e filiação é o momento da concepção e, se nessa época o pressuposto era fundamentalmente a vontade da mulher que desejou procriar, no campo da maternidade, o fator biológico deve ser desconsiderado, já que a gravidez e o parto são meras consequências da concepção.

Portanto, o termo de consentimento informado é o principal instrumento para o estabelecimento da filiação na gestação de substituição, pois atesta a manifestação de vontade dos pais em procriar, bem como a intenção solidária da gestante. Para Mario de Carvalho Camargo Neto,²³³ se “comprovado o procedimento de reprodução assistida por documentos médicos e apresentados os

²³⁰ HAAB, Tuiskon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial**: à luz da Constituição e das leis civis. Curitiba: Editora Juruá, 2018. p. 102.

²³¹ KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modena. **Tratado notarial e registral**. São Paulo: YK Editora, 2017. v. 2: Ofício de registro civil das pessoas naturais, p. 651.

²³² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 749.

²³³ CAMARGO NETO, Mario de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. **Registro civil das pessoas naturais**: parte geral e registro de nascimento. Coordenador Christiano Cassettari. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 143.

consentimentos informados dos envolvidos, o registrador pode proceder ao registro sem a necessidade de qualquer intervenção judicial”. O art. 17 do Provimento 63/2017 do CNJ²³⁴ orienta no mesmo sentido:

§ 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação.

Destarte, na gestação por substituição atribui-se a parentalidade aos indivíduos que realizaram livremente o planejamento familiar, vontade demonstrada no termo de consentimento informado. Em contrapartida, por tal documento a gestante renuncia todos os direitos sobre o infante, máxime a condição jurídica de “mãe”, ao acordar em entregar a criança aos pais intencionais, tornando possível a formação de uma família por aqueles que a desejaram.²³⁵

Dirimidas as questões atinentes à filiação, passa-se a analisar os demais aspectos da gestação de substituição, com base no ordenamento jurídico brasileiro e à luz do direito comparado.

²³⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Brasília, DF: CNJ, 2017. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf. Acesso em: 4 out. 2019.

²³⁵ CHAVES, Marianna. Parentalidade homoafetiva: a procriação natural e medicamente assistida por homossexuais. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 9. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100036697/v3>. Acesso em: 1 set. 2019.

4 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Na gestação de substituição, também conhecida por cessão, sub-rogação ou doação temporária de útero, a gestante dará à luz à filiação alheia.²³⁶ Laura Dutra de Abreu²³⁷ define a técnica como a “condição em que uma mulher disponibiliza o seu organismo para o desenvolvimento de uma gravidez, tendo concordado expressamente em entregar a criança ao nascer a um outro casal”.

O procedimento da gestação de substituição tem gerado diversos debates éticos e jurídicos, na medida em que há uma extrema dificuldade da sociedade em visualizar de forma independente a relação entre o embrião e a mulher que o gesta. Questões como a filiação, a (im)possibilidade de um contrato a título oneroso e até mesmo quais pessoas poderiam utilizar tal ferramenta, são objeto de discussão em diversos países.²³⁸

4.1 O Procedimento no Brasil

Como já referido, o ordenamento jurídico brasileiro não possui legislação que regule as técnicas de reprodução assistida, razão pela qual as resoluções do CFM têm sido o principal instrumento dos juristas ao longo dos anos para a resolução das demandas desta natureza, além de pautar as decisões sobre quais condutas médicas poderão ser praticadas. A primeira resolução que tratou do tema foi a Resolução nº 1.358/92. Desde então, sobrevieram cinco resoluções, referentes aos anos de 2010, 2013, 2015 e, por fim, a atual Resolução nº 2.168/17.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama²³⁹ entende que a gestação de substituição é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, ante a “violação do valor e princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, reduzindo a mulher grávida à autêntica coisa, mesmo com o consentimento dela e sem qualquer

²³⁶ KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado notarial e registral**. São Paulo: YK Editora, 2017. v. 2: Ofício de registro civil das pessoas naturais, p. 649.

²³⁷ ABREU, Laura Dutra de. A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos nos direitos português e brasileiro. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, ano 11, n. 11, p. 94, ago./set. 2009.

²³⁸ SOUSA, Bruno Stigert; MELLO, Breno Cesar de Souza. A biotecnologia como fonte emancipatória nas técnicas de reprodução assistida: uma análise multidisciplinar a respeito da gestação por substituição e suas implicações fáticas e jurídicas. **Revista Fórum de Direito Civil: RFDC**, Belo Horizonte, ano 8, n. 20, p. 125, jan./abr. 2019.

²³⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 855-857.

tipo de retribuição”. Além disso, o autor reforça a ilicitude do procedimento ao aduzir que ele pode obstar a plena integração da futura criança na família que a desejou, em violação ao melhor interesse da criança. Eduardo de Oliveira Leite,²⁴⁰ por sua vez, apela às razões religiosas e aduz que “a gravidez levada a termo por uma terceira pessoa, alheia à relação do casal, parece fugir a todos os parâmetros que nos foram legados desde o Cristianismo”.

É inegável que a lacuna legal causa extrema instabilidade aos indivíduos envolvidos, inclusive aos médicos que atuam no procedimento, uma vez que inviabiliza a tutela dos seus direitos e deveres, além de possibilitar eventuais atos em desacordo com os preceitos legais e constitucionais.²⁴¹ Para Marianna Chaves,²⁴² a reprodução assistida “não é matéria que se deixe pura e simplesmente à deontologia dos profissionais da medicina ou a quaisquer outras disciplinas intermédias, à livre consciência das pessoas e da família ou ao cuidado de comitês de reflexão”. De todo modo, este é o cenário brasileiro atual. A Resolução nº 2.168/17 do CFM regula os requisitos para a realização do procedimento, os quais serão tratados a seguir.

4.1.1 A Mãe de Substituição

No que tange a escolha da mulher que irá passar pela gestação, a Resolução nº 2.168/17 do CFM²⁴³ exige que haja laço sanguíneo entre as partes, sendo que “a cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em

²⁴⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 69.

²⁴¹ SOUSA, Bruno Stigert; MELLO, Breno Cesar de Souza. A biotecnologia como fonte emancipatória nas técnicas de reprodução assistida: uma análise multidisciplinar a respeito da gestação por substituição e suas implicações fáticas e jurídicas. **Revista Fórum de Direito Civil**: RFDC, Belo Horizonte, ano 8, n. 20, p. 126, jan./abr. 2019.

²⁴² CHAVES, Marianna. Parentalidade homoafetiva: a procriação natural e medicamente assistida por homossexuais. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 9. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100036697/v3>. Acesso em: 1 set. 2019.

²⁴³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida –sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Brasília, DF: CFM, 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 20 ago. 2019.

parentesco consanguíneo até o quarto grau”, ou seja, poderá ser realizada pela mãe, filha, avó, irmã, tia, sobrinha ou prima daqueles que pretendem realizar o projeto parental. Excepcionalmente, caso seja inviável a gestação nesses termos, é possível que a mãe substituta não tenha parentesco com quem planejou a família, mediante análise do respectivo Conselho Regional de Medicina.²⁴⁴ Tal hipótese pode ocorrer, por exemplo, se as mulheres da família não concordem em realizar o procedimento, ou mesmo se os beneficiários têm somente parentes homens.

Há quem discorde da exigência da linha de parentesco para a realização do procedimento, pois nestes casos a coerção para as mulheres mais jovens gestarem para as mais velhas da família seria comum. Ademais, a pressão advinda do grau de parentesco pode superar a pressão proveniente da dependência econômica.²⁴⁵ Com efeito, o ato de gestar uma vida para outra pessoa pode ocorrer por diversas razões, sejam positivas, como a amizade, a compaixão e a gratidão, ou negativas, como a culpa, a pressão e a busca por aceitação. Contudo, estudos psicológicos indicam que as mães de substituição têm um elevado grau de empatia, e carregam consigo a intenção de ajudar o próximo como maior motivação.²⁴⁶

A par disso, a Resolução nº 2.168/17 do CFM²⁴⁷ refere que o procedimento será realizado “desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira”. A gestação de substituição é, portanto, modalidade de reprodução assistida de caráter excepcional. O procedimento não poderá ser realizado nos casos em que a mulher não pretenda gestar por razões estéticas ou para evitar incômodos que não lhe causem efetivo risco ou perturbação.²⁴⁸

Destaca-se que o procedimento de gestação de substituição não atinge somente o direito de família, mas tem reflexos, também, no direito previdenciário. A

²⁴⁴ DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna. **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida:** comentários à resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018. p. 142.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 144.

²⁴⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito:** aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 407.

²⁴⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2.168, de 10 de novembro de 2017.** Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida –sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Brasília, DF: CFM, 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 20 ago. 2019.

²⁴⁸ LEITE, op. cit., p. 412.

mãe intencional não passa pela gestação, motivo pelo qual não precisa se recuperar como ex-parturiente, mas assume todos os deveres e cuidados com a nova criança. Em contrapartida, a mãe substituta, embora não detenha a guarda e nem vá amamentar o recém-nascido, passa pelo primeiro período fisiológico pós-parto e, conseqüentemente, necessita de recuperação. Destarte, a Previdência Social deverá desembolsar dois benefícios de salário-maternidade em razão do mesmo fato gerador, porquanto tanto a mãe gestacional quanto a mãe intencional têm o direito de perceber o benefício, caso cumpram os requisitos de qualidade de segurado e carência.²⁴⁹

Vale lembrar que o procedimento de gestação de substituição requer a realização das técnicas de reprodução assistida, como a FIV ou a IIU. Assim, poderá ser introduzido no organismo da mulher que gestará a criança um embrião já formado, mas também é possível que ela seja inseminada com o espermatozoide de um doador ou do pai intencional, a fim de que seja desenvolvido o embrião no seu próprio corpo. Ocorre que o alto custo exigido para a realização da reprodução medicamente assistida, ou mesmo a morosidade do procedimento pelo SUS, tem feito com que as pessoas optem pela chamada inseminação artificial caseira.

A prática tem ganhado destaque no país, e consiste na coleta do sêmen de um doador, cônjuge ou companheiro, e na sua introdução imediata no corpo da mulher, com auxílio de instrumentos como seringas e cateteres. A inseminação artificial caseira geralmente é realizada em ambientes domésticos, sem auxílio de qualquer profissional da saúde. Assim, além de envolver riscos à saúde da futura gestante e da criança, atenta-se ao fato de que a prática não é supervisionada pela Anvisa.²⁵⁰

Nesse contexto, Eduardo Dantas²⁵¹ entende que “na ocorrência de uma gestação de substituição tradicional, ou seja, genética, por ato sexual ou auto inseminação, não estará em causa qualquer ato médico sujeito às normas do Conselho Federal de Medicina”. Conseqüentemente, a mãe intencional e a gestante não estarão amparadas pelas disposições constantes na resolução do CFM,

²⁴⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Salário-maternidade da mãe genética. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, Porto Alegre, v. 21, n. 243, p. 209, set. 2009.

²⁵⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Blog da Saúde. **Inseminação artificial caseira: riscos e cuidados**. Brasília, DF: Anvisa, 9 abr. 2018. Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/de19mh>. Acesso em: 27 out. 2019.

²⁵¹ DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna. **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida: comentários à resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018. p. 147.

tampouco poderão contar com alguma base legal, visto que inexistente legislação na matéria até o momento.

Feitas essas considerações, passa-se a analisar as particularidades e os pressupostos para a realização do acordo de gestação de substituição atualmente.

4.1.2 Termo de Consentimento Informado

A importância do termo de consentimento livre e esclarecido e a defesa da autonomia dos médicos e pacientes foi destaque na Resolução nº 2.168/17 do CFM. Trata-se de documento cuja finalidade precípua é munir o paciente das informações e esclarecimentos necessários para que possa tomar uma decisão autônoma e consciente sobre eventual tratamento ou procedimento médico a ser realizado. A partir do consentimento informado são materializados os princípios da autonomia e liberdade, tendo como base a noção do ser humano como sujeito de direitos e garantias.²⁵² Nessa ambiência, aduz Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf²⁵³:

O consentimento informado constitui direito do paciente de participar de toda e qualquer decisão sobre tratamento que possa afetar sua integridade psicofísica, devendo ser alertado pelo médico dos riscos, benefícios das alternativas envolvidas e possibilidades de cura, sendo manifestação do reconhecimento de que o ser humano é capaz de escolher o melhor para si sob o prisma da igualdade de direitos e oportunidades.

A capacidade do indivíduo que consente com um ato médico é imprescindível para a plena validade moral e legal do consentimento informado. Isso porque o exercício da autonomia depende da capacidade da pessoa em tomar suas próprias decisões de maneira coerente e integrada.²⁵⁴ No mesmo sentido, cabe destacar a definição utilizada por Joaquim Clotet²⁵⁵:

O consentimento informado é uma condição indispensável da relação profissional-paciente e da pesquisa com seres humanos. Trata-se de uma decisão voluntária, realizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo e deliberativo, visando

²⁵² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 448-449.

²⁵³ *Ibid.*, p. 449.

²⁵⁴ CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos Fernando. **Consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil**. Organizador José Roberto Goldim. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 57.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 13.

à aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas consequências e dos seus riscos.

A capacidade para consentir pode ser abordada por critérios filosóficos, legais, psicológicos ou morais. Pelo critério legal, o Código Civil²⁵⁶ dispõe no art. 5º que o indivíduo é plenamente capaz somente quando atinge a maioridade aos 18 anos, momento a partir do qual está apto ao exercício de todos os atos da vida civil. Vale ressaltar que a Resolução nº 2.168/17 do CFM²⁵⁷ não estipula idade mínima para a realização das técnicas de reprodução assistida, somente a idade máxima de 50 anos.

Nesse contexto, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf²⁵⁸ ensina que o consentimento informado tem como requisito de validade a capacidade de autodeterminação da pessoa. Em que pese seja possível, a partir de uma análise ética-filosófica, reconhecer a capacidade de autodeterminação dos indivíduos civilmente incapazes, o que foi consagrado a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência,²⁵⁹ o consentimento exarado nesses termos, ou eivados de outros vícios, pode ser considerado inválido.

Tratando-se de gestação de substituição, há médicos psiquiatras que defendem que somente as mulheres que já foram mães têm condições de manifestar um consentimento perfeitamente esclarecido. Isso porque antes da gestação a extensão sentimental é ainda uma incógnita, e somente durante a gravidez a extensão do ato poderá ser avaliada. Inúmeros casos registrados

²⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 4 jun. 2019.

²⁵⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida –sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Brasília, DF: CFM, 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 20 ago. 2019.

²⁵⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 450.

²⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 6 nov. 2019.

evidenciam que não é incomum as mães substitutas se arreperderem do procedimento após a concepção.²⁶⁰

No famoso caso “Baby M” julgado no ano de 1998 em Nova Jersey, nos Estados Unidos da América, Mary Beth Whitehead foi contratada como barriga de aluguel e negou-se a entregar a criança formada a partir do seu óvulo inseminado com o espermatozoide de William Stern, marido de Elizabeth Stern, mãe intencional.²⁶¹ Elizabeth sustentou no Congresso Americano que o procedimento apenas transfere a dor da mulher infértil para a mulher que é obrigada a desistir do bebê. Em caso diverso, uma mãe substituta relatou que embora tivesse convicção de que o sentimento seria diferente de uma maternidade advinda do próprio amor, concluiu, após a gestação, que o procedimento é contra a natureza e contra a lei de Deus.²⁶²

Efetivamente, o procedimento de gestação de substituição envolve questões extremamente delicadas e que requerem atenção especial, razão pela qual o CFM estipulou uma série de exigências para a sua realização. Todos os envolvidos devem firmar o termo de consentimento informado, o qual observará os seguintes requisitos:

3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente:
 - 3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;
 - 3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;
 - 3.3. Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
 - 3.4. Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;
 - 3.5. Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

²⁶⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 417.

²⁶¹ DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna. **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida**: comentários à resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018. p. 5.

²⁶² LEITE, op. cit., p. 416-417.

3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.²⁶³

É possível questionar se o pactuado nos termos da resolução do CFM tem força obrigatória, não dando espaço para arrependimentos ou brechas na ideia de *pacta sunt servanda*.²⁶⁴ Diz-se que o direito de arrependimento pode ser exercido pelos pais intencionais e pela mãe gestacional até a implantação do embrião no organismo feminino, em respeito às expectativas legítimas das partes, com base na boa-fé objetiva e na vedação do *venire contra factum proprium*.²⁶⁵

Destaca-se que pra Eduardo de Oliveira Leite²⁶⁶ a gestação de substituição, antes de ser um procedimento médico, é um processo social com implicações éticas e jurídicas. Ademais, o autor entende ser inviável a denominação contrato ou remuneração, pois as pessoas, presentes ou futuras, não podem ser objeto de contrato. Assim, o autor ressalta que o termo é inadequado, uma vez que “o procedimento não oferece nenhuma segurança jurídica e tudo indica que não se deva criar esta segurança”.²⁶⁷

Contrariamente, Marcos Vinícius Marques Paim²⁶⁸ entende que a natureza jurídica da gestação de substituição é contratual, porquanto a manifestação de vontade das partes gera deveres e obrigações, não restando dúvidas de que trata-se de um negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Impende ressaltar, inclusive, que ao tratar da gestação de substituição, a Resolução nº 2.168/17 do CFM utiliza o termo “contratantes” para referir a relação entre os pacientes e a cedente do útero.

²⁶³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida –sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Brasília, DF: CFM, 2017. Disponível em:

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 20 ago. 2019.

²⁶⁴ CHAVES, Marianna. Famílias ectogenéticas: os limites jurídicos para utilização das técnicas de reprodução assistida. *In*: CONGRESSO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 10., 2015, Belo Horizonte. **Famílias nossas de cada dia**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 309. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/232.pdf>. Acesso em: 17 out. 2019.

²⁶⁵ DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna. **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida: comentários à resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018. p. 152.

²⁶⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 401-403.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 419.

²⁶⁸ PAIM, Marcos Vinícius Marques. Aspectos civis da gestação por substituição no Brasil ante a ausência de legislação específica. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 28, p. 82, jul./ago. 2018.

Dito isso, resta analisar se o acordo entre a gestante e os beneficiários poderá ser realizado mediante remuneração ou unicamente de maneira altruísta por parte da mãe substituta.

4.1.3 Caráter Gratuito ou Oneroso

No Brasil, apenas são realizadas gestações de substituição a título gratuito. A mãe substituta não é remunerada para gestar uma nova vida em favor de outrem, como é permitido em alguns países pela popularmente conhecida “barriga de aluguel”. Isso porque diante da omissão legislativa, atualmente o instrumento utilizado para nortear as reproduções artificiais é a Resolução nº 2.168/17 do CFM,²⁶⁹ a qual dispõe que “a cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”. Como as resoluções do CFM têm caráter deontológico, contendo somente parâmetros éticos, muito se discute sobre a efetiva posição jurídica do contrato oneroso de gestação substitutiva.

Há quem entenda que o aluguel de útero “transformaria as mães portadoras em fábricas de crianças, e as crianças em bens de consumo duradouros, uma intolerável mercantilização de valores socialmente reputados como intangíveis”.²⁷⁰ Laura Dutra de Abreu²⁷¹ discorda, pois entende que o objeto do negócio jurídico não seria a criança, mas o útero da mãe de aluguel, aduzindo o seguinte:

Ora, quanto à “exploração” da mãe de aluguel, caso ela seja absolutamente capaz, tenha discernimento e consciência dos seus atos, não nos parece que esteja sendo “usada” de maneira pejorativa, ou forçada. O livre-arbítrio existe e ele deve ser respeitado na medida em que não fira direito de terceiros.

²⁶⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida –sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Brasília, DF: CFM, 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 20 ago. 2019.

²⁷⁰ ABREU, Laura Dutra de. A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos nos direitos português e brasileiro. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, ano 11, n. 11, p. 103, ago./set. 2009.

²⁷¹ Ibid., p. 103.

Nesse contexto, a autora faz referência ao art. 13 do Código Civil,²⁷² o qual dispõe que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Assim, como a gestação não implica em diminuição permanente da integridade física da gestante, não há infração legal. Também não há que se falar em violação aos bons costumes, termo de conceito aberto e apto a acompanhar a evolução da sociedade e as demandas dela advindas, estando presentes todos os requisitos para um negócio jurídico válido.²⁷³

Parcela da doutrina entende que a gestação de substituição a título oneroso é inconstitucional,²⁷⁴ além de ser considerada um ilícito penal,²⁷⁵ pois tal conduta encontra óbice no ordenamento jurídico brasileiro pelo disposto no art. 199, §4º da Constituição Federal,²⁷⁶ com a consequente incidência do tipo penal previsto no art. 15 da Lei nº 9.434/97²⁷⁷ (Lei de Transplantes), que dispõe sobre a compra e venda de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, cuja pena é de reclusão de três a oito anos, e multa de 200 a 360 dias-multa. Bruno Stigert de Sousa²⁷⁸ entende que tal interpretação legislativa é equivocada, tendo em vista o brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, filiando-se à posição de Newton Teixeira Carvalho de que, na gestação por substituição, tudo ocorre com a anuência das partes e em

²⁷² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 4 jun. 2019.

²⁷³ ABREU, Laura Dutra de. A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos nos direitos português e brasileiro. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, ano 11, n. 11, p. 103, ago./set. 2009.

²⁷⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 854.

²⁷⁵ SOUSA, Bruno Stigert; MELLO, Breno Cesar de Souza. A biotecnologia como fonte emancipatória nas técnicas de reprodução assistida: uma análise multidisciplinar a respeito da gestação por substituição e suas implicações fáticas e jurídicas. **Revista Fórum de Direito Civil**: RFDC, Belo Horizonte, ano 8, n. 20, p. 128, jan./abr. 2019.

²⁷⁶ “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. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 out. 2019.

²⁷⁷ BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm. Acesso em: 09 out. 2019.

²⁷⁸ CARVALHO, 2008 apud SOUSA, op. cit., p. 128.

benefício destas, inclusive à futura criança. No mesmo sentido, Eduardo de Oliveira Leite²⁷⁹ entende o seguinte:

É evidente que a utilização do útero não se encontra incluída no referido dispositivo constitucional. O procedimento não é assimilável ao transplante de órgão, nem à pesquisa, nem ao citado tratamento. Também não ocorre remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas.

Eduardo Dantas²⁸⁰ ensina que o art. 199, §4º da Constituição Federal é um dispositivo de eficácia limitada, pois sua aplicação depende de legislação infraconstitucional, na medida em que o seu texto remete à Lei nº 9.434/97, a qual permite a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano. Ademais, o parágrafo único do art. 1º estabelece que não estão compreendidos nos efeitos da referida lei o sangue, o esperma e o óvulo. Já o art. 5º, § 3º da Lei nº 11.105/05²⁸¹ (Lei da Biossegurança) veda a comercialização de embriões excedentários, e tal prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei de Transplantes, cujas normas não se aplicam aos óvulos e espermatozoides.

Destarte, questiona-se se o embrião, sendo a união do óvulo com o espermatozoide, estaria abrangido ou igualmente afastado da aplicação da Lei nº 9.434/97. Com efeito, a omissão do legislador quanto às técnicas de reprodução assistida é preocupante, uma vez que o contrato de gestação de substituição pode ser considerado nulo ou válido, a depender da interpretação que será dada aos referidos dispositivos legais. Adotando-se a posição de que o embrião equipara-se ao óvulo e ao espermatozoide, o contrato oneroso deve ser considerado nulo, com base no art. 166, incisos II e VII do Código Civil.²⁸² *A contrario sensu*, o contrato será

²⁷⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 405.

²⁸⁰ DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna. **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida**: comentários à resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018. p. 149.

²⁸¹ BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 29 ago. 2019.

²⁸² “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...] II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; [...] VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.”.

válido, pois ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, consoante art. 5º, II da Constituição Federal.²⁸³

Cumprе salientar que a gestação substitutiva sempre terá certo caráter econômico em relação à gestante, uma vez que o casal ou pessoa que planejou a família arca com todas as despesas do procedimento, desde a formação do embrião até o nascimento da criança. Nesse contexto, Wladimir Novaes Martinez²⁸⁴ entende que o caráter gratuito do procedimento é uma exigência irreal, porquanto a mãe substituta deve ao menos “ressarcir-se de todas as despesas com alimentos nutricionais, exames pré-natais e demais custos, entre os quais os medicamentos e as consultas médicas”.

Pelo exposto, em que pese a resolução do CFM não permita que os médicos procedam a gestação de substituição de caráter lucrativo, a lei brasileira não proíbe, nem permite os contratos de gestação a título oneroso ou gratuito. Assim, a validade da celebração do contrato caberá ao magistrado, situação que pode pender para qualquer lado.²⁸⁵

Vê-se que a realização da gestação de substituição no Brasil paira sobre um campo de incertezas. Tal situação não se espelha ao redor do mundo, pois grande parte dos países já assentaram suas posições e legalizaram a matéria. Assim, serão demonstradas a seguir as legislações estrangeiras mais comentadas no âmbito das técnicas de reprodução assistida.

4.2 Legislação Estrangeira

A partir do estudo da matéria à luz do direito comparado, é possível afirmar que “em comparação com o cenário internacional, o Brasil de fato aparenta ser um dos mais vanguardistas, já que os casais homoafetivos e ao modelo familiar monoparental são contemplados com a prerrogativa de utilização da cessão do

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 4 jun. 2019.

²⁸³ DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna. **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida: comentários à resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018. p. 150-151.

²⁸⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Salário-maternidade da mãe genética. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, Porto Alegre, v. 21, n. 243, p. 211, set. 2009.

²⁸⁵ DANTAS, op. cit., p. 148.

útero”.²⁸⁶ As técnicas de reprodução assistida já foram objeto de legislação em diversos países, sendo que alguns são extremamente permissivos, enquanto outros tendem a ser rigorosos ou até proibir o seu exercício. Destarte, cabe apontar os principais aspectos sobre reprodução assistida no ordenamento jurídico estrangeiro, especialmente o posicionamento acerca da gestação de substituição.

4.2.1 Portugal

A Lei nº 32/2006²⁸⁷ (Lei da Procriação Medicamente Assistida – PMA) regula os procedimentos de reprodução assistida em Portugal, e dispunha no seu art. 8º, até o ano de 2016, que a gestação de substituição era proibida, seja a título gratuito ou oneroso. Além disso, caso realizado o procedimento, a lei estabelecia que a mulher que suportasse a gravidez em favor de outrem era a mãe da criança.

A legislação era alvo de crítica, visto que tratava o estabelecimento da filiação como uma sanção à mulher que violasse o disposto na lei. Para Stela Barbas,²⁸⁸ “é como se o legislador advertisse a mãe de gestação de que os contratos de gestação são sempre nulos e que se ‘ela não respeitar a lei’, tem como sanção passar a ser considerada, para todos os efeitos legais, a mãe da criança”.

A questão restou superada com a nova redação do art. 8º da Lei nº 32/2006²⁸⁹ pela Lei nº 25/2016, momento que o país passou a permitir o procedimento de gestação de substituição, mas somente de forma gratuita e quando a mulher que deseja procriar possua alguma enfermidade uterina que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez, ou em situações clínicas justificáveis. Desde então, a lei dispõe que a criança nascida da gestante substituta é tida como filha dos beneficiários, ou seja, dos pais intencionais.

²⁸⁶ SOUSA, Bruno Stigert; MELLO, Breno Cesar de Souza. A biotecnologia como fonte emancipatória nas técnicas de reprodução assistida: uma análise multidisciplinar a respeito da gestação por substituição e suas implicações fáticas e jurídicas. **Revista Fórum de Direito Civil: RFDC**, Belo Horizonte, ano 8, n. 20, p. 127, jan./abr. 2019.

²⁸⁷ PORTUGAL. **Lei nº 32/2006, de 26 de julho de 2006**. Procriação medicamente assistida. Portugal: Assembleia da República, 2006. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo. Acesso em: 18 out. 2019.

²⁸⁸ BARBAS, Stela. Estabelecimento da maternidade: a gestação para outrem à luz do Direito Civil português. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.). **Bioética e direitos da pessoa humana**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012. p. 275.

²⁸⁹ PORTUGAL. **Lei nº 32/2006, de 26 de julho de 2006**. Procriação medicamente assistida. Portugal: Assembleia da República, 2006. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo. Acesso em: 18 out. 2019.

Ademais, admite-se o procedimento somente nos casos de reprodução homóloga ou heteróloga unilateral, sendo vedada a reprodução heteróloga bilateral e a gestação de substituição tradicional. O art. 8º da Lei nº 32/2006 estipula, ainda, que o negócio jurídico deve ser celebrado mediante contrato escrito e supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), órgão criado para deliberar sobre as questões éticas, sociais e legais da PMA.²⁹⁰

Cumprido salientar que o art. 6º da Lei nº 32/2006,²⁹¹ com nova redação pela Lei nº 49/2018, dispõe que podem ser beneficiários das técnicas de reprodução assistida somente os casais heterossexuais ou homossexuais compostos por duas mulheres, se forem casados ou vivam em condições análogas às dos cônjuges, além das mulheres que desejam constituir uma família monoparental. Estão excluídos, portanto, os casais homossexuais compostos por dois homens ou homens solteiros, contrapondo a evolução do direito de família contemporâneo, mesmo porque é possível, nestes casos, a reprodução heteróloga unilateral, modalidade permitida pelo ordenamento jurídico português.

Entretanto, como mencionado, a gestação de substituição é técnica alternativa apenas para as mulheres inférteis, deixando de fora a ala masculina do rol de beneficiários desse procedimento. Bruno Stigert de Sousa²⁹² diz que “as novas alterações foram capazes de trazer uma maior insegurança jurídica aos negócios celebrados, além de gerar uma diminuição dos sujeitos beneficiados pela prerrogativa vantajosa de procriação com auxílio dessa tecnologia”.

O art. 39º da mesma lei estabelece as sanções criminais, relativamente ao descumprimento das normas atinentes à gestação de substituição. O beneficiário que celebrar um contrato oneroso de gestação é punido com pena de prisão de até dois anos ou multa de até 240 dias, enquanto para a gestante a pena é somente de multa, nos mesmos termos. Os contratos gratuitos, mas fora dos parâmetros legais, enseja a pena de prisão de até um ano ou multa de até 120 dias ao beneficiário, e

²⁹⁰ PORTUGAL. **Lei nº 32/2006, de 26 de julho de 2006**. Procriação medicamente assistida. Portugal: Assembleia da República, 2006. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo. Acesso em: 18 out. 2019.

²⁹¹ Ibid.

²⁹² SOUSA, Bruno Stigert; MELLO, Breno Cesar de Souza. A biotecnologia como fonte emancipatória nas técnicas de reprodução assistida: uma análise multidisciplinar a respeito da gestação por substituição e suas implicações fáticas e jurídicas. **Revista Fórum de Direito Civil**: RFDC, Belo Horizonte, ano 8, n. 20, p. 132, jan./abr. 2019.

apenas de multa para a gestante. Ademais, a pessoa que, por qualquer meio, obter benefício econômico por meio da celebração ou promoção de contratos de gestação de substituição, é punido com pena de prisão de até cinco anos. Por fim, o artigo dispõe que a tentativa é punível.²⁹³

4.2.2 Espanha

A Espanha foi um dos primeiros países europeus a regulamentar a área das biotecnologias reprodutivas. Em 22 de novembro de 1998 foi proclamada a Lei nº 35 em matéria de liberdades sexuais, a qual disciplinava as técnicas de reprodução assistida e suas consequências. Naquela época, eram permitidas somente a inseminação artificial e a FIV, modalidades que poderiam ser buscadas por qualquer mulher maior de idade e informada sobre o procedimento, solteira ou unida em uma relação de matrimônio.²⁹⁴

Em 27 de maio de 2006 foi promulgada a Lei nº 14 a qual alterou algumas disposições da Lei nº 35/1998 e ampliou certas garantias, sendo considerada uma das legislações europeias mais permissivas no âmbito da reprodução assistida.²⁹⁵ O art. 6º passou a prever expressamente o acesso às técnicas por mulheres de qualquer estado civil e independentemente da orientação sexual. Cabe destacar, ainda, que a taxatividade das técnicas permitidas foi “substituída pela faculdade concedida ao governo de atualizar as técnicas, acompanhando o desenvolvimento das pesquisas científicas”.²⁹⁶ Contudo, o procedimento de gestação de substituição é vedado desde a Lei nº 35/1998,²⁹⁷ destacando-se que a Lei nº 14/2006,²⁹⁸ no seu art. 10, manteve a mesma redação da lei antecessora:

²⁹³ PORTUGAL. **Lei nº 32/2006, de 26 de julho de 2006**. Procriação medicamente assistida. Portugal: Assembleia da República, 2006. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo. Acesso em: 18 out. 2019.

²⁹⁴ BELLA, Gianluca Maria. A fecundação medicalmente assistida entre “direito” e “ética” na época da tecnologia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, p. 96, abr./jun. 2009. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/182/ril_v46_n182_p89.pdf. Acesso em: 23 out. 2019.

²⁹⁵ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 83.

²⁹⁶ BELLA, op. cit., p. 97.

²⁹⁷ ESPANHA. **Lei nº 35, de 22 de novembro de 1998**. Sobre técnicas de reprodução humana assistida. Madri: Presidente del Gobierno, 1998. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-9292>. Acesso em: 26 out. 2019.

Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.²⁹⁹

Destarte, na Espanha é proibida a gestação de substituição gratuita e onerosa, e qualquer contrato desta natureza é nulo de pleno direito. Ademais, independentemente da coincidência genética, a maternidade é atribuída à mulher que gestou a criança, resguardado o direito do pai biológico de reclamar sua paternidade. Guilherme Calmon Nogueira da Gama³⁰⁰ aponta o entendimento da autora espanhola María Carcaba Fernández, de que a gestação de substituição é ato atentatório à integridade física da mulher, sem configurar um fim terapêutico ou de interesse geral. Além disso, elenca os motivos pelos quais a autora entende que a prática é ilícita:

- a) o negócio é contra a ordem pública, pois supõe dispor de uma pessoa humana; b) é contrário à lei, pois o objeto é fraudar as normas da filiação natural; c) é contrário à moral e aos bons costumes, assemelhando-se a um contrato de prostituição; d) o negócio supõe fraude às normas de adoção; e) o negócio se insere no âmbito do Direito Penal, pois trata de compra e venda de crianças, incita o abandono de menores e pode gerar a configuração do crime de parto suposto pela mulher que registra em seu nome criança que foi gestada por outrem.

Patricia López Peláes³⁰¹ entende que para a caracterização da gestação de substituição “é necessário que o acordo ou contrato de gestação seja prévio à gravidez, que essa se desenvolva precisamente na base deste acordo, tenha sua

²⁹⁸ ESPANHA. **Lei nº 14, de 26 de maio de 2006**. Sobre técnicas de reprodução humana assistida. Espanha: Jefatura del Estado, 2006. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-9292>. Acesso em: 26 out. 2019.

²⁹⁹ Em tradução livre da autora: “Artigo 10. Gestação por substituição. 1. Será nulo de pleno direito o acordo pelo qual se contrate a gestação, com ou sem preço, a cargo de uma mulher que renuncia à filiação materna, a favor do contratante ou de terceiro. 2. A filiação dos filhos nascidos por gestação de substituição será determinada pelo parto. 3. Fica a salvo a possível ação de reclamação da paternidade, em relação ao pai biológico, conforme as regras gerais.”

³⁰⁰ FERNÁNDEZ, 1995, p. 169 apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 857.

³⁰¹ PELÁEZ, Patricia López. Contrato de gestação por substituição (“mães de aluguel”) no direito espanhol. *In*: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.). **Bioética e direitos da pessoa humana**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012. p. 288.

causa nele e, portanto, seja posterior ao mesmo”. Tal denominação é importante porque no direito espanhol é admitida a renúncia à filiação materna após 30 dias contados do nascimento da criança, pela figura da adoção.³⁰²

Nesse contexto, os tribunais espanhóis entendem que qualquer contrato realizado durante a gravidez ou após o parto, com o intuito fraudar a vedação da gestação de substituição e as disposições acerca da adoção pelos supostos contratos de cessão da filiação, é qualificado pelo Código Penal espanhol como delito contra o estado civil das pessoas, como suposição de parto, alteração da paternidade, estado ou condição do menor, falsidade documental e adoção ilegal, todos punidos criminalmente. Ademais, incorrerão em responsabilidade criminal qualquer dos envolvidos, seja autor, cúmplice ou encobridor.³⁰³

A título informativo, o crime de suposição de parto está previsto no art. 220 do Código Penal espanhol, e a pena prevista é de seis meses a dois anos de prisão. Na mesma pena incorre quem alterar a paternidade, ocultando ou entregando um filho a terceiro, a fim de modificar a sua filiação. Já o crime de adoção ilegal está previsto no art. 221 e prevê a pena de prisão por cinco a dez anos, além da inabilitação especial para o exercício do direito de pátrio poder, tutela, curatela ou guarda, por quatro a dez anos.³⁰⁴

Por fim, cabe referir que o art. 24, item 2 da Lei nº 14/2006³⁰⁵ estabelece que as infrações em matéria de reprodução assistida serão objeto de sanções administrativas, sem prejuízo das responsabilidades civis, penais ou de outra ordem que possam concorrer. Assim, uma vez já mencionada a responsabilização criminal, resta observar que a lei dispõe nos artigos 26 e 27 que a prática de qualquer técnica não incluída na lei, ou não autorizada como técnica experimental, é considerada infração muito grave, cuja pena administrativa é de multa de 10.001 euros até um milhão de euros, além do encerramento das atividades do centro de reprodução assistida que realizou o procedimento.

³⁰² PELÁEZ, Patricia López. Contrato de gestação por substituição (“mães de aluguel”) no direito espanhol. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.). **Bioética e direitos da pessoa humana**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012. p. 294.

³⁰³ Ibid., p. 287-289.

³⁰⁴ ESPANHA. **Lei Orgânica nº 10, de 23 de novembro de 1995**. Código Penal. Madrid: Presidente do Governo, 1995. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 26 out. 2019.

³⁰⁵ ESPANHA. **Lei nº 14, de 26 de maio de 2006**. Sobre técnicas de reprodução humana assistida. Espanha: Jefatura del Estado, 2006. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-9292>. Acesso em: 26 out. 2019.

4.2.3 França

A reprodução assistida na França passou a ser regulada pela Lei nº 94-653/1994, que modificou dispositivos do Código Civil francês, dispondo sobre doação e utilização do corpo, procriação assistida e diagnose pré-natal, bem como alterou o Código Penal nas matérias relacionadas. A legislação francesa é considerada extremamente limitadora, na medida em que considera as técnicas de reprodução assistida um remédio não natural contra a infertilidade patológica.³⁰⁶

Conforme o art. 311-20 do Código Civil francês,³⁰⁷ admite-se a reprodução heteróloga, mas somente aos casais heterossexuais unidos por uma relação de matrimônio ou companheirismo, assegurado o sigilo do doador. Para a realização do procedimento, é exigido o consentimento dos participantes, que se tornará sem efeito pela morte (vedada a reprodução *post mortem*), pela separação do casal ou pela sua revogação, se for feita em momento anterior ao início do procedimento pelo médico responsável.

Em agosto do corrente ano, um casal homossexual composto por duas mulheres brasileiras residentes na França optou por realizar o procedimento de reprodução assistida na Espanha. O filho acabou nascendo na França, e apenas a mãe que gestou o filho pôde constar no registro de nascimento, em vista do receio do consulado brasileiro em desrespeitar as leis locais. Isso porque o consulado deve espelhar os documentos franceses para gerar a certidão de nascimento da criança, e no país não é permitido o registro das duas mães, como admite o CNJ no Brasil, sendo necessário passar pelo procedimento da adoção.³⁰⁸

A gestação de substituição também é proibida na França, em razão do art. 16-7 do Código Civil francês,³⁰⁹ constante no capítulo II do título I, denominado “*du respect du corps humain*”,³¹⁰ o qual dispõe que “*toute convention portant sur la*

³⁰⁶ BELLA, Gianluca Maria. A fecundação medicalmente assistida entre “direito” e “ética” na época da tecnologia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, p. 94, abr./jun. 2009.

³⁰⁷ FRANÇA. **Code Civil**. Version consolidée au 23 octobre 2019. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso em: 26 out. 2019.

³⁰⁸ BBC. Mães brasileiras não conseguem registrar filho na França em nome das duas e expõem impasse no Itamaraty. *In*: G1. Brasília, 18 ago. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/08/18/maes-brasileiras-nao-conseguem-registrar-filho-na-franca-em-nome-das-duas-e-expoem-impasse-no-itamaraty.ghtml>. Acesso em: 14 out. 2019.

³⁰⁹ FRANÇA. **Code Civil**. Version consolidée au 23 octobre 2019. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso em: 26 out. 2019.

³¹⁰ Em tradução livre da autora: “Do respeito ao corpo humano”.

procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle".³¹¹ O dispositivo reflete a convicção de que a maternidade é definida pela gravidez e pelo parto, de modo que eventual contrato de gestação de substituição é nulo e, sendo assim, a mãe substituta será definida como mãe da criança a nascer.³¹²

Além disso, a conduta é considerada criminosa, e enseja a pena de um ano de prisão, além de multa de 15 mil euros, aplicada em dobro caso realizada com fins lucrativos, conforme o art. 227-12 do Código Penal francês. Também é considerado crime qualquer substituição voluntária, simulação ou dissimulação que atente contra o estado civil da criança, delito previsto no art. 227-13 do Código Penal francês, cuja pena é de três anos de prisão e multa de 45 mil euros, inclusive na forma tentada.³¹³

4.2.4 Itália

Na Itália, as técnicas de reprodução assistida são regulamentadas desde 2004 pela Lei nº 40/2004³¹⁴ (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*),³¹⁵ considerada uma das legislações mais conservadoras da Europa, mormente pela forte influência da Igreja Católica e do Estado do Vaticano.³¹⁶ A legislação foi alvo de muitas críticas e debates entre católicos e laicos, resultando na proposta de quatro referendas com o intuito de declarar a inconstitucionalidade da lei. Entretanto, nenhuma obteve sucesso, e a Lei nº 40/2004 permanece em vigor.³¹⁷

³¹¹ Em tradução livre da autora: "Qualquer convenção sobre a procriação ou a gestação por conta de outrem é nula".

³¹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 748.

³¹³ FRANÇA. **Code Pénal**. Version consolidée au 20 septembre 2019. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>. Acesso em: 26 out. 2019.

³¹⁴ ITÁLIA. **Lei nº 40, de 24 de fevereiro de 2004**. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Itália: Gazzetta Ufficiale, 2004. Disponível em: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/04040l.htm>. Acesso em: 23 out. 2019.

³¹⁵ Em tradução livre da autora: "Normas em matéria de procriação medicamente assistida".

³¹⁶ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 87.

³¹⁷ BELLA, Gianluca Maria. A fecundação medicalmente assistida entre "direito" e "ética" na época da tecnologia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, p. 95, abr./jun. 2009. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/182/ril_v46_n182_p89.pdf. Acesso em: 23 out. 2019.

Conforme o art. 12, item 6 da Lei nº 40/2004,³¹⁸ a prática da gestação de substituição (*la maternità surrogata*) gratuita ou onerosa é vedada, assim como a comercialização de gametas e embriões, e todos constituem crime punível com reclusão de três meses a dois anos, acrescido de multa de 600 mil a um milhão de euros. Além disso, o art. 4º, item 3, dispõe que qualquer técnica de reprodução assistida é permitida unicamente na modalidade homóloga, e veda expressamente a reprodução heteróloga. Entretanto, cabe destacar que em 2014 a Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade da proibição da doação de gametas, com base no direito constitucional italiano da não discriminação, assim como no direito de formar uma família.³¹⁹ Destarte, embora a contragosto do Parlamento,³²⁰ atualmente é admitida a reprodução heteróloga.

Ainda assim, para Bruno Stigert de Souza,³²¹ “fica claro que a opção legislativa foi para beneficiar casais heterossexuais com algum tipo de limitação biológica para a procriação natural”. Destaca-se que o art. 5º dispõe que somente poderão recorrer às técnicas os casais de sexos diferentes, se casados ou conviventes, além de exigir que o procedimento seja realizado em vida, vedada a reprodução *post mortem*, norma cuja violação acarreta a sanção administrativa pecuniária de 200 a 400 mil euros.

Impende ressaltar que conforme o art. 9º da Lei nº 40/2004,³²² uma vez violada a lei e realizada a reprodução heteróloga, o homem que aderiu ao procedimento não poderá contestar sua paternidade. Ademais, o doador do gameta, embora tenha liame genético com a criança, não ostenta qualquer relação de parentalidade, tampouco direitos ou obrigações em relação a ela.³²³ No que diz respeito à gestação de substituição, a doutrina italiana defende que a vedação se

³¹⁸ ITÁLIA. **Lei nº 40, de 24 de fevereiro de 2004**. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Italia: Gazzetta Ufficiale, 2004. Disponível em: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/04040l.htm>. Acesso em: 23 out. 2019.

³¹⁹ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 90.

³²⁰ LE nuove regole sulla fecondazione eterologa. *In*: IL post. Itália, 4 set. 2014. Disponível em: <https://www.ilpost.it/2014/09/04/fecondazione-eterologa-regioni-legge-40/>. Acesso em: 24 out. 2019.

³²¹ SOUSA, Bruno Stigert; MELLO, Breno Cesar de Souza. A biotecnologia como fonte emancipatória nas técnicas de reprodução assistida: uma análise multidisciplinar a respeito da gestação por substituição e suas implicações fáticas e jurídicas. **Revista Fórum de Direito Civil**: RFDC, Belo Horizonte, ano 8, n. 20, p. 133, jan./abr. 2019.

³²² ITÁLIA. **Lei nº 40, de 24 de fevereiro de 2004**. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Italia: Gazzetta Ufficiale, 2004. Disponível em: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/04040l.htm>. Acesso em: 23 out. 2019.

³²³ FERRAZ, op. cit., p. 88.

justifica na necessidade de tutelar a dignidade da pessoa humana. Assim, busca-se evitar a degradação da mulher e impedir que ela seja reduzida a um animal para procriação a fim de satisfazer desejos alheios.³²⁴

As restrições da lei italiana fizeram com que muitos casais heterossexuais e homossexuais, bem como pessoas solteiras, realizassem o procedimento em outros países, sendo que o verdadeiro obstáculo era regulamentar a certidão de nascimento, que normalmente era obtida em caráter de adoção. Contudo, para proibir o drible legal, no ano de 2018 o Ministro da Família Lorenzo Fontana³²⁵ asseverou que não será mais reconhecida a gestação de substituição no país, porquanto a prática é vedada e contrária ao ordenamento jurídico italiano. Acrescentou, ainda, que segundo a lei "*le famiglie arcobaleno non esistono*".³²⁶ Já o Ministro Matteo Salvini³²⁷ disse ao Senado que, enquanto for Ministro, as práticas de venda de gametas e aluguel de útero serão consideradas criminosas e que defenderá "*il diritto del bambino di avere una mamma ed un papà*".^{328 329}

4.2.5 Estados Unidos da América

No ano de 1973 foi criado nos Estados Unidos da América (EUA) o chamado *Uniform Parentage Act*³³⁰ (UPA). A sua finalidade era definir como seria estabelecida a parentalidade em relação às crianças de casais unidos ou não pelo matrimônio. Naquela época, todos os estados aderiram ao UPA. O mesmo não aconteceu após a sua primeira grande revisão em 2002, ocasião em que foram acrescentadas as

³²⁴ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 90.

³²⁵ FONTANA sui figli di coppie gay: "maternità surrogata è vietata, stop riconoscimenti". In: LA repubblica. [S. l.], 26 jul. 2018. Disponível em: https://www.repubblica.it/cronaca/2018/07/26/news/ministro_fontana_stop_riconoscimento_figli_coppie_gay-202707721/. Acesso em: 23 out. 2019.

³²⁶ Em tradução livre da autora: "famílias arco-íris não existem".

³²⁷ FONTANA sui figli di coppie gay: "maternità surrogata è vietata, stop riconoscimenti". In: LA repubblica. [S. l.], 26 jul. 2018. Disponível em: https://www.repubblica.it/cronaca/2018/07/26/news/ministro_fontana_stop_riconoscimento_figli_coppie_gay-202707721/. Acesso em: 23 out. 2019.

³²⁸ Em tradução livre da autora: "o direito da criança de ter uma mãe e um pai".

³²⁹ SOUSA, Bruno Stigert; MELLO, Breno Cesar de Souza. A biotecnologia como fonte emancipatória nas técnicas de reprodução assistida: uma análise multidisciplinar a respeito da gestação por substituição e suas implicações fáticas e jurídicas. **Revista Fórum de Direito Civil**: RFDC, Belo Horizonte, ano 8, n. 20, p. 134, jan./abr. 2019.

³³⁰ Em tradução livre da autora: Ato Uniforme de Parentesco.

mudanças relativas à reprodução assistida, aí incluída a permissão ao procedimento de gestação de substituição.³³¹

Destaca-se que nos EUA cada um dos seus 50 estados possui autonomia legislativa, motivo pelo qual a aderência dos estados federativos ao UPA não é obrigatória. Assim, apenas sete estados aderiram à reforma de 2002, quais sejam, Delaware, Dakota do Norte, Oklahoma, Texas, Washington, Wyoming e Utah.³³² Os demais adotam sua própria legislação, fato que torna os EUA um dos países com a maior produção legislativa e jurisprudencial em matéria de reprodução assistida.³³³

Na gestação de substituição tradicional, ou seja, quando a gestante é também a doadora do óvulo, é utilizada a denominação *traditional surrogacy*. A mãe portadora, no caso de gestação de substituição em que a gestante não tem liame genético com a criança a nascer, fala-se em *gestational surrogacy*.³³⁴ Atualmente, dos 50 estados americanos, a maioria permite a gestação de substituição, inclusive a título oneroso, a exemplo da Califórnia, Nevada, Washington e Arkansas. Contudo, considerando a autonomia legislativa de cada um deles, observa-se que há posições extremamente distintas pelo país.³³⁵

Alguns estados limitam o procedimento a certas famílias, como o Texas e a Flórida, que admitem apenas para pessoas casadas. Em Washington,³³⁶ para que uma mulher possa gestar em favor de outra, exige-se que a gestante já tenha dado à luz a pelo menos uma criança sua, e cada mulher pode participar somente de duas gestações de substituição. Outros estados proíbem os contratos de gestação mediante remuneração da gestante. Em Nebraska, qualquer contrato dessa

³³¹ HEINIG, Melissa. What is the legal definition of a parent under the Uniform Parentage Act?. In: LAWYERS. [S. l.], c2019. Disponível em: <https://www.lawyers.com/legal-info/family-law/paternity/legal-definition-parent-under-uniform-parentage-act.html>. Acesso em: 17 out. 2019.

³³² LAMANCE, Ken. Uniform Parentage Act and paternity. In: LEGAL match. [S. l.], 24 abr. 2018. Disponível em: <https://www.legalmatch.com/law-library/article/uniform-parentage-act-and-paternity.html>. Acesso em: 17 out. 2019.

³³³ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 76.

³³⁴ DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna. **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida**: comentários à resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018. p. 146.

³³⁵ GESTATIONAL surrogacy law across the United States. In: CREATIVE family connections. [S. l.], c2016. Disponível em: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/>. Acesso em: 17 out. 2019.

³³⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Revised Code of Washington (RCW)**. Título 26. Capítulo 26.26A. Seção 26.26A.705. Washington, 2019. Disponível em: <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.26A.705>. Acesso em: 18 out. 2019.

natureza é nulo e inexigível, mas o pai que contribui com o seu espermatozoide é considerado o pai legal da criança.³³⁷

No estado de Michigan³³⁸ também não são admitidos contratos onerosos, e a prática constitui crime punível com multa de até cinquenta mil dólares e/ou prisão de até cinco anos. Em Nova Iorque os contratos mediante remuneração são ilegais e sujeitos à multa, enquanto os gratuitos não são proibidos. No estado de Louisiana, somente podem utilizar o procedimento casais heterossexuais por meio de reprodução homóloga, e os demais casos estão sujeitos a penas civis e criminais.³³⁹

Destaca-se que alguns estados permitem a gestação de substituição tradicional, mas somente de forma gratuita, e estipulam alguns requisitos interessantes e dignos de nota. Nos estados da Pensilvânia e Illinois, por exemplo, não há garantia de entrega da criança, de modo que a mulher que a gestou tem um prazo de 72 horas após o parto para decidir se renuncia a maternidade. No estado de Washington, o contrato deve ser validado judicialmente antes de ser iniciado o procedimento. Já no estado de Wisconsin, a gestante não pode ser obrigada a renunciar a maternidade, mas as disposições contratuais acerca da custódia, residência e visitação podem ser mantidas, contanto que não sejam contrárias ao melhor interesse da criança.³⁴⁰

Vê-se que alguns estados têm posições demasiadamente diversas, mas é possível afirmar que, no geral, os EUA adotou uma posição extremamente flexível, com ampla permissibilidade para as técnicas de reprodução assistida. É permitida a comercialização de gametas, inclusive a venda *online* de espermatozoides e óvulos, sendo possível escolher o desejado mediante uma cartela de características dos doadores.³⁴¹ A maioria dos estados permite a gestação de substituição por todas as formas de família, gratuita e onerosa, e contam com diversas clínicas de reprodução

³³⁷ GESTATIONAL surrogacy law across the United States. *In*: CREATIVE family connections. [S. l.], c2016. Disponível em: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/>. Acesso em: 17 out. 2019.

³³⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Michigan Compiled Laws (MCL)**. Capítulo 722. Ato 199 de 1988. Seção 722.857. Michigan: Conselho Legislativo, 2014. Disponível em: [https://www.legislature.mi.gov/\(S\(beyg0mas0fxpn3v11vkxnnq1\)\)/mileg.aspx?page=getobject&objectname=mcl-722-857](https://www.legislature.mi.gov/(S(beyg0mas0fxpn3v11vkxnnq1))/mileg.aspx?page=getobject&objectname=mcl-722-857). Acesso em: 18 out. 2019.

³³⁹ GESTATIONAL surrogacy law across the United States. *In*: CREATIVE family connections. [S. l.], c2016. Disponível em: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/>. Acesso em: 17 out. 2019.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 77-78.

humana, fato que atrai muitos estrangeiros ao país para a realização do procedimento.

4.2.6 Canadá

Após intensa discussão ética, científica e jurídica, o Senado canadense aprovou, em março de 2004, o chamado *Assisted Human Reproduction Act*.³⁴² As suas normas são estritamente técnicas, e carrega a máxima da autodeterminação da pessoa no âmbito da saúde, da segurança e da dignidade de todos os envolvidos. Além disso, é considerada uma legislação liberal, mas também limitadora, na medida em que protegeu essencialmente a saúde da mulher e do nascituro. A lei conta com diversas normas sobre a privacidade das partes na realização dos procedimentos e, assim, busca a solução exclusivamente sigilosa por consenso dos interessados.³⁴³

Da análise da legislação, especificamente da seção nº 6, observa-se que o país permite a gestação de substituição por mulheres maiores de 21 anos, mas somente a título gratuito. A prática mediante remuneração é vedada, pois a lei proíbe que qualquer pessoa ofereça, aceite ou anuncie pagamento para a realização do procedimento. Além disso, conforme a seção nº 60 da mesma lei, a violação legal enseja condenação pela acusação, cuja pena é de multa de até 500 mil dólares ou prisão de até dez anos, ou ambas. A pena da condenação sumária compreende a multa de até 250 mil dólares, ou prisão por até quatro anos, penas que podem ser aplicadas cumulativamente.³⁴⁴

Observa-se que cada país legisla a matéria com base nas suas convicções socioculturais e políticas, havendo, ao redor do mundo, as mais diversas posições quanto às técnicas de reprodução assistida. Como exposto anteriormente, o Brasil ainda carece de legislação específica, e conta com as resoluções do CFM para a regulamentação dos procedimentos trazidos pelo avanço da ciência médica. Não

³⁴² Em tradução livre da autora: Ato de Reprodução Humana Assistida.

³⁴³ BELLA, Gianluca Maria. A fecundação medicalmente assistida entre “direito” e “ética” na época da tecnologia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, p. 93, abr./jun. 2009. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/182/ril_v46_n182_p89.pdf. Acesso em: 23 out. 2019.

³⁴⁴ CANADÁ. **Assisted Human Reproduction Act**. (S.C. 2004, c. 2). Canadá: Her Majesty, the Senate and House of Commons of Canada, 2004. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/index.html>. Acesso em: 29 out. 2019.

obstante, existem projetos de lei em tramitação vagarosa nas casas legislativas, os quais serão tratados a seguir.

4.3 Projetos de Lei em Tramitação

Diversos projetos de lei visam suprir a urgência de regulamentação das técnicas de reprodução assistida. É possível destacar os mais completos e relevantes, quais sejam, os projetos nº 2.855/1997, nº 1.184/2003, nº 4.892/2012 e nº 115/2015. Considerando o vasto conteúdo em matéria de reprodução assistida, e com o intuito de melhor relacionar o tema com o cenário mundial, este estudo limita-se a analisar as disposições relativas à gestação de substituição e seus temas relacionados.

4.3.1 Projeto de Lei nº 2.855/1997

Proposto pelo Deputado Confúcio Moura em 13 de março de 1997, o Projeto de Lei nº 2.855/1997³⁴⁵ dispõe sobre a utilização das técnicas de reprodução humana assistida (RHA), é bastante permissivo e encontra-se atualmente apensado ao PL nº 1.184/2003, que será tratado oportunamente. O projeto delimita que “as técnicas de RHA têm por finalidade a participação médica no processo de procriação notadamente ante a esterilidade ou infertilidade humana, quando outras terapêuticas tenham sido consideradas ineficazes”.

Além disso, o art. 4º contempla como beneficiária das técnicas toda mulher capaz, independentemente de seu estado civil, desde que tenha solicitado e concordado de forme livre e consciente em documento de consentimento informado. Já o art. 5º estabelece como obrigatória a informação completa pelo médico sobre o procedimento escolhido, como condição prévia para a assinatura do documento de consentimento, o qual pode ser revogado até o momento anterior à realização da técnica.

O projeto prevê a permissão da gestação de substituição, mas somente a título gratuito. Estipula, ainda, que poderá figurar como gestante substituta a mulher

³⁴⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.855, de 1997**. Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida, e dá outras providências. Autoria: Deputado Confúcio Moura. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1997. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14MAR1997.pdf#page=73>. Acesso em: 28 out. 2019.

que seja parente de até quarto grau da mãe intencional, e os demais casos serão permitidos mediante autorização do órgão competente. Ademais, o procedimento poderá ser realizado somente se a mãe intencional possuir algum defeito biológico que impeça a gestação. O assunto é tratado no título III do projeto,³⁴⁶ denominado “da gestação de substituição”:

Art. 15. A gestação de substituição é permitida nos casos em que a futura mãe legal, por defeito congênito ou adquirido, não possa desenvolvê-la.

Art. 16. A doação temporária do útero não poderá ter objetivo comercial ou lucrativo.

Art. 17. É indispensável a autorização do Conselho Nacional de RHA para a doação temporária do útero, salvo nos casos em que a doadora seja parente até 4º grau, consanguíneo ou afim da futura mãe legal.

Observa-se que o projeto de lei utiliza os termos “a paciente” ou “o casal” para tratar das técnicas de reprodução assistida. Assim, contempla expressamente a família monoparental de uma mulher e os casais, aí compreendidos, nos termos da Constituição Federal de 1988, os cônjuges ou companheiros. Não há menção sobre a utilização por famílias homoafetivas ou monoparentais masculinas. De todo modo, é interessante que, embora o projeto tenha sido proposto no ano de 1997, momento em que o direito de família não era tão permissivo como atualmente, verifica-se uma posição muito evoluída.

4.3.2 Projeto de Lei nº 1.184/2003

Em 9 de março de 1999 o Senador Lúcio Alcântara propôs o Projeto de Lei do Senado nº 90,³⁴⁷ dispondo sobre a reprodução assistida. Após alterações do texto original, o projeto foi aprovado no Senado Federal e remetido à Câmara dos Deputados em 4 de junho de 2003, tombado sob o nº 1.184/2003. Atualmente, o projeto encontra-se aguardando parecer do relator na Comissão de Constituição e

³⁴⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.855, de 1997**. Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida, e dá outras providências. Autoria: Deputado Confúcio Moura. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1997. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14MAR1997.pdf#page=73>. Acesso em: 28 out. 2019.

³⁴⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 90, de 1999**. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Autoria: Senador Lúcio Alcântara. Brasília, DF: Senado Federal, 1999. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1304>. Acesso em: 28 out. 2019.

Justiça e de Cidadania (CCJC) desde 2 de julho de 2019. O PL nº 1.184/2003³⁴⁸ menciona somente a inseminação artificial e a FIV como procedimentos de reprodução assistida. No art. 1º, denomina-se como beneficiários as mulheres ou casais que tenham solicitado o emprego da técnica, ou seja, a família monoparental feminina, bem como os cônjuges ou companheiros, sem menção quanto à orientação sexual destes. Ademais, a indicação médica justificando o emprego da reprodução assistida, a capacidade civil da mulher, e a aptidão física e psicológica dos envolvidos são requisitos para a realização do procedimento.

O art. 3º do projeto³⁴⁹ dispõe que é proibida a gestação de substituição, e o art. 19, constante no capítulo VII, denominado “das infrações e penalidades”, constitui o procedimento de gestação de substituição como crime, cuja pena é de reclusão, nos seguintes termos:

Art. 19. Constituem crimes:

[...]

III – participar do procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

Destarte, embora o projeto de lei não mencione os casais homoafetivos como beneficiários, depreende-se que estariam excluídas as famílias de homossexuais compostas por dois homens, visto que necessitam da gestação de substituição para a realização do projeto parental. Ademais, considerando que o projeto prevê a doação de gametas como alternativa às mulheres solteiras ou casais, é possível concluir que podem ter acesso às técnicas os casais homoafetivos compostos por duas mulheres, utilizando o espermatozoide de um doador por meio da reprodução heteróloga.

³⁴⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.184, de 2003**. Dispõe sobre reprodução assistida. Autoria: Senador Lúcio Alcântara. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2003. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filename=PL+1184/2003. Acesso em: 28 out. 2019.

³⁴⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.184, de 2003**. Dispõe sobre reprodução assistida. Autoria: Senador Lúcio Alcântara. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2003. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filename=PL+1184/2003. Acesso em: 28 out. 2019.

4.3.3 Projetos de Lei nº 4.892/2012 e nº 115/2015

O PL nº 4.892/2012³⁵⁰ foi proposto pelo Deputado Eleuses Paiva em 19 de dezembro de 2012, e atualmente está apensado ao PL nº 1.184/2003, em tramitação. Já o PL nº 115/2015³⁵¹ foi proposto pelo Deputado Juscelino Rezende Filho em 3 de março de 2015, e encontra-se apensado ao PL nº 4.892/2012, visto que ambos os projetos possuem redação idêntica. Por essa razão, opta-se por analisá-los de forma conjunta.

Os Projetos de Lei nº 4.892/2012 e nº 115/2015 dispõem que são técnicas de reprodução a inseminação artificial, a FIV, a ICSI e a transferência de embriões, gametas ou zigotos, sem prejuízo de outras que objetivem facilitar a reprodução humana, desde que não contrariem normas éticas e diretrizes do CFM. Os projetos estipulam, ainda, que as técnicas de reprodução assistida têm caráter subsidiário, na medida em que serão utilizadas somente em caso de diagnóstico médico indicando o tratamento para remediar a infertilidade ou esterilidade, ou para evitar a transmissão de doença grave à futura prole.

Interessante mencionar que os legisladores elencaram em seus projetos³⁵² doze princípios a serem observados na aplicação dos procedimentos de reprodução assistida:

Art. 7º A aplicação e utilização das técnicas médicas de reprodução humana obedecerão aos seguintes princípios:
I – Respeito à vida humana;
II - Serenidade Familiar;
III – Igualdade;
IV – Dignidade da pessoa humana;
V - Superior interesse do menor;
VI – Paternidade responsável;
VII – Liberdade de planejamento familiar;
VIII – Proteção integral da família;

³⁵⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.892, de 2012**. Institui o Estatuto de Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Autoria: Deputado Eleuses Paiva. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1051906&filename=PL+4892/2012. Acesso em: 28 out. 2019.

³⁵¹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 115, de 2015**. Institui o Estatuto de Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Autoria: Deputado Juscelino Rezende Filho. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015. Acesso em: 28 out. 2019.

³⁵² Ibid.

- IX – Autonomia da vontade;
- X – Boa-fé objetiva;
- XI – Transparência;
- XII – Subsidiariedade.

Vislumbra-se uma atenção especial dos legisladores em proteger expressamente os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade familiar. Além disso, atentaram ao direito ao livre planejamento familiar, fundado na parentalidade responsável e no melhor interesse da criança. Princípios como a boa-fé objetiva e a autonomia da vontade também são de extrema importância, intimamente ligados ao consentimento informado e ao respeito às expectativas das partes no decorrer do procedimento escolhido.

No que tange a gestação de substituição, os projetos são os mais completos dos já analisados, contando com seis artigos regulamentando a questão. Denominada como “cessão temporária de útero”, o PL nº 115/2015³⁵³ prevê no seu art. 21 que o procedimento é permitido “para casos em que a indicação médica identifique qualquer fator de saúde que impeça ou contraindique a gestação por um dos cônjuges, companheiros ou pessoa que se submete ao tratamento”. Destarte, todos os modelos de família estão contemplados com a gestação de substituição, seja uma família heterossexual, homossexual ou monoparental, a contento do direito de família contemporâneo.

O art. 22 dispõe que a cessão temporária de útero não poderá implicar em qualquer retribuição econômica à mulher que cede seu útero à gestação. Já o art. 25 dispõe que a gestação de substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. Portanto, o procedimento poderá ser realizado somente de forma altruísta pela gestante. Aliás, exige-se que a gestante pertença à família dos cônjuges ou companheiros, em parentesco de até segundo grau. Contudo, o parágrafo único do art. 23 admite a gestação por pessoa que não seja parente dos beneficiários, contanto que comprovada a indicação e compatibilidade da receptora, e mediante parecer prévio do CFM.

³⁵³ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 115, de 2015**. Institui o Estatuto de Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Autoria: Deputado Juscelino Rezende Filho. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015. Acesso em: 28 out. 2019.

Destaca-se que a Resolução nº 1.957/10 do CFM,³⁵⁴ vigente à época do PL nº 4.892/2012, previa a exigência do parentesco até o segundo grau, o que justifica a redação escolhida pelo Deputado Eleuses Paiva. Todavia, desde a Resolução nº 2.013/13 do CFM,³⁵⁵ é permitido o procedimento nos casos em que a mãe substituta tenha parentesco consanguíneo até o quarto grau com os beneficiários. Assim, o Deputado Juscelino Rezende Filho poderia ter alterado o dispositivo em questão ao propor o PL nº 115/2015, em consonância com as novas delimitações do CFM.

Os projetos em comento³⁵⁶ contam com uma exigência não verificada nos demais projetos de lei, tampouco sugerida pela doutrina brasileira: a homologação judicial do pacto de gestação. Contudo, remete-nos à posição do estado de Washington, nos EUA, que exige a validação judicial do contrato para a realização da gestação de substituição tradicional e gratuita. A inovação dos deputados impõe a homologação judicial prévia como pressuposto de validade do pacto de gestação, nos seguintes termos:

Art. 24. Em todos os casos indicados, a cessão temporária de útero será formalizada por pacto de gestação de substituição, homologado judicialmente antes do início dos procedimentos médicos de implantação.

Parágrafo único. São nulos os pactos de gestação de substituição sem a devida homologação judicial, considerando-se, nesse caso, a mulher que suportou a gravidez como a mãe, para todos os efeitos legais, da criança que vier a nascer.

Observa-se que o parágrafo único dispõe que, ausente a prévia homologação judicial, considera-se nulo o pacto de gestação, e a mãe substituta será a mãe legal da criança a nascer. O artigo traz a ideia da maternidade como sanção,

³⁵⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 1.957, de 15 de dezembro de 2010.** A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*. Brasília, DF: CFM, 2010. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

³⁵⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2.013, de 9 de maio de 2013.** Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Brasília, DF: CFM, 2013. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

³⁵⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 115, de 2015.** Institui o Estatuto de Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Autoria: Deputado Juscelino Rezende Filho. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015. Acesso em: 28 out. 2019.

possivelmente influenciado por dispositivo semelhante constante na Lei nº 32/2006³⁵⁷ de Portugal, muito criticada e atualmente superada, como já exposto anteriormente. Em que pese a homologação judicial trouxesse maior segurança jurídica às partes, a situação poderia ser superada com a edição de um artigo estipulando o estabelecimento da filiação.

É muito importante que seja dado ao brasileiro uma base legal apta a resguardar seus direitos e solucionar eventuais abusos e controvérsias, o que é suplicado pelos profissionais da medicina e pelos juristas há tempos. Vê-se que as propostas legislativas, no geral, tendem a seguir os parâmetros estipulados pelo CFM, sem grandes inovações na matéria, visando tão somente regulamentar, pela via adequada, as técnicas de reprodução assistida. Questiona-se, portanto, se os projetos de lei estariam aptos a satisfazer a lacuna legal.

Em relação ao cenário que se firmou além das fronteiras, é possível vislumbrar o desenvolvimento tardio do Brasil em matéria de reprodução assistida. A busca pelos procedimentos reprodutivos é cada vez maior, de modo que o aumento gradativo de demandas jurídicas sobre o tema é alarmante. Enquanto a maioria dos países desenvolvidos já regulamentam a questão desde o final século passado ou, no mais tardar, desde o início do século XXI, o Brasil ostenta alguns sucintos projetos de lei, ainda em tramitação, o que leva a refletir sobre o futuro das relações de família.

³⁵⁷ PORTUGAL. **Lei nº 32/2006, de 26 de julho de 2006**. Procriação medicamente assistida. Portugal: Assembleia da República, 2006. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo. Acesso em: 18 out. 2019.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana fundamenta todo o ordenamento jurídico, e é possível observar seu reflexo especial nas relações de família. A igualdade como princípio fundamental auxiliou a emancipação da mulher em relação ao homem, que não foi mais vista como propriedade do marido, mas como um ser individualizado e detentor dos mesmos direitos e deveres. É visível, também, que a liberdade é um princípio constitucional que enriquece o direito de família contemporâneo.

A partir dos princípios da liberdade e da igualdade, foi aceito que as famílias não são apenas as formadas por um homem e uma mulher unidos pelo matrimônio, mesmo porque uma relação nesses termos pode não refletir o conceito familiar de mútua existência digna. Na verdade, os indivíduos são livres para formar uma família como bem desejarem e assim entenderem melhor para o seu desenvolvimento psíquico e espiritual, por meio de uma relação de respeito e afeto entre os seus membros.

Embora parte da população ainda seja relutante à expansão dos modelos familiares, o direito de família contemporâneo contempla os casais homossexuais, heterossexuais e as famílias monoparentais em igualdade de condições. Como consectário da igualdade entre múltiplas formas de união, surge a igualdade entre as diversas formas de filiação, inclusive a advinda das técnicas de reprodução assistida. É dizer que as inovações científicas chegaram como ferramenta imprescindível para alguns indivíduos exercerem o direito de livremente formar uma família.

A amplitude do direito de família contemporâneo se mostra acertada, pois as relações afetivas são fundadas na igualdade e na liberdade familiar, aliados à dignidade da pessoa humana como princípio e valor fundante da Constituição Federal, proporcionando que as pessoas busquem a efetivação plena da sua essência, não apenas na vida profissional, mas na vida social. Destarte, em suma, o maior objetivo da Constituição é proporcionar a todos uma vida digna.

O direito à vida, aliás, é um direito que se manifesta por si só, mas passível de muita controvérsia. Delimitar o momento de início da vida humana é tarefa árdua, mas parece-me adequada a conclusão de que ela deve ser protegida a partir da concepção, sendo esta entendida como o momento da nidação ocorrida no ventre materno.

Aliado ao direito à vida, tem-se o direito à saúde. A efetivação do direito à saúde sexual e reprodutiva, que abrange a concepção (natural e artificial) e a contracepção, é dever do Estado. Assim, filio-me ao entendimento de que é dever do Estado proporcionar os meios necessário para a realização das técnicas de reprodução assistida, consagrando também o direito fundamental ao planejamento familiar. Isso porque não é possível dissociar o direito à saúde do direito ao planejamento familiar, principalmente na reprodução assistida, visto que as pessoas buscam o procedimento justamente por serem acometidas de alguma moléstia que as impedem de procriar de forma natural.

A capacidade de reproduzir faz parte da saúde de uma pessoa, tanto física quanto mental, e assim deve ser considerada pelo Estado. Embora o Sistema Único de Saúde disponibilize serviços de reprodução assistida, observa-se que o programa não atende a necessidade de todos. Ignorando-se o fato das longas filas de espera – o que se observa em qualquer área da saúde –, os hospitais contemplados com os serviços de reprodução assistida têm critérios mais rigorosos que o próprio Conselho Federal de Medicina, afastando o direito reprodutivo de muitas pessoas. A par disso, pouquíssimas unidades de saúde foram contempladas com o serviço de reprodução assistida, e não realizam todas as modalidades necessárias à reprodução.

Com efeito, o direito ao planejamento familiar deve ser assegurado pelo Estado, mas cabe a todos os indivíduos que decidem ser pais agir de maneira responsável e visando o melhor interesse da criança, especialmente inseridos em um ordenamento jurídico que não protege efetivamente as pessoas no âmbito da reprodução artificial. As breves disposições constantes no Código Civil ajudam a solucionar os problemas decorrentes da filiação, mas longe de serem suficientes para amparar todas as modalidades de reprodução assistida disponibilizadas pela ciência médica.

Questões atinentes à filiação advinda da reprodução assistida serão, eventualmente, pauta de discussão no Poder Judiciário, e a morosidade legislativa será um entrave para a solução a contento de algum dos envolvidos. A omissão legislativa e o reinado das resoluções do Conselho Federal de Medicina desde 1992 trazem à população a falsa ideia de que tudo pode. Na verdade, sem a devida correspondência legal, as situações postas ao Poder Judiciário podem ter o resultado indesejado.

É inegável que a falta de segurança jurídica ecoa pelas clínicas médicas e órgãos do Poder Judiciário. O ordenamento jurídico brasileiro não acompanhou o avanço biotecnológico, e quem resta prejudicado é o cidadão, fato que evidencia a necessidade urgente de legislação na matéria.

A questão se manifesta ainda mais evidente em relação à gestação de substituição, situação jamais imaginada pelo legislador de outrora e que divide opiniões no campo jurídico. Alguns são a favor, e outros condenam o procedimento. Há quem entenda pela possibilidade da gestação de substituição ser remunerada, enquanto outros admitem somente de forma gratuita.

A gestação de substituição a título gratuito não parece ser ato atentatório à dignidade da pessoa humana. A gestação não fere a saúde da mulher, é a razão da existência humana e, logicamente, da formação das famílias. Vê-se que a gestação de substituição concretiza os direitos fundamentais do ser humano. Contudo, a partir do momento em que passa a ser uma atividade comercial, espécie de prestação de serviço, põe em jogo a dignidade da pessoa humana, e é dever do Estado zelar por ela.

A comercialização de um atributo natural do corpo humano, dotado de dignidade, não parece ser razoável, assim como não o seria a comercialização de órgãos. Embora a gestação não implique em redução de partes do corpo, não se pode negar o valor inestimável e a importância da criação de uma vida, a ponto de tê-la como uma banalidade no organismo feminino ou um evento completamente alheio à gestante.

Assim, entendo que o fundamento da gestação de substituição seja unicamente o caráter altruísta e voluntário, o desejo da mulher de ajudar o próximo a concretizar o sonho de criar e desenvolver uma família. Parece-me que o desejo patrimonial e arrecadatário não justifica um ato tão relevante como a criação da vida humana. Isso porque, ainda que houvesse as duas intenções conjuntas, o intuito econômico sempre será predominante. Assim, compartilho o entendimento de que a gestação de substituição pode ser admitida, contanto que seja realizada de forma gratuita.

Para isso, é necessário o enquadramento psicológico da mulher que opte por gerar uma vida em favor de outrem, assim como dos que desejam se beneficiar com o procedimento. Mostra-se aqui extremamente adequada a posição do Conselho

Federal de Medicina de exigir avaliação psicológica de todos os envolvidos, tanto em momento prévio quanto no decorrer do procedimento.

Em relação ao direito estrangeiro, observa-se que alguns países adotam entendimentos que não se enquadram no direito de família da nossa pátria. Entretanto, em que pese a legislação estrangeira possa não contentar todos os seus nativos, é inegável que ostentam a segurança jurídica clamada pelo brasileiro.

Os projetos de lei brasileiros, em síntese, espelham as disposições contidas nas resoluções do Conselho Federal de Medicina. Assim, salvo algumas disposições reprováveis, como a criminalização da gestação de substituição e as consequências a ela inerentes, os projetos são favoráveis ao direito sexual e reprodutivo, bem como ao direito de todos ao planejamento familiar em igualdade de condições.

Por fim, observa-se que todos os debates em matéria de reprodução assistida levam a um ponto em comum: a necessidade de legislação específica. Considerando todas as dificuldades expostas neste estudo, é difícil prever se o destino do Brasil, na proteção dos direitos sexuais e reprodutivos, será favorável ao direito de família contemporâneo. As opiniões extremamente distintas acabam por desacelerar o processo legislativo, e o consenso não parece algo que será atingido a curto prazo.

REFERÊNCIAS

ABDELMASSIH, Soraya. Injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI). *In*: ABDELMASSIH, Roger. **Avanços em reprodução humana assistida**. Editores Vicente Abdelmassih e Soraya Abdelmassih. São Paulo: Atheneu, 2007.

ABREU, Laura Dutra de. A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos nos direitos português e brasileiro. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, ano 11, n. 11, p. 93-104, ago./set. 2009.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). **Resolução normativa nº 338, de 21 de outubro de 2013**. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; revoga as Resoluções Normativas – RN nº 211, de 11 de janeiro de 2010, RN nº 262, de 1 de agosto de 2011, RN nº 281, de 19 de dezembro de 2011 e a RN nº 325, de 18 de abril de 2013; e dá outras providências. Brasília, DF: ANS, 2013. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/ProdEditorialANS_Rol_de_Procedimentos_e_eventos_em_saude_2014.pdf. Acesso em: 31 ago. 2019.

AGUIAR, Marina Leal Bicelli de; PARCA, Renata Miranda. **12º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio**. Brasília, DF: ANVISA, [2019]. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/4048533/4994015/12%C2%BA+Relat%C3%B3rio+do+Sistema+Nacional+de+Produ%C3%A7%C3%A3o+de+Embri%C3%B5es+-+SisEmbrio.pdf/29f37c42-803d-4fe9-8f16-cf6cfc70f40e>. Acesso em: 14 set. 2019.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A concessão do salário-maternidade na gestação substitutiva. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, Porto Alegre, v. 21, n. 243, p. 213-223, set. 2009.

AMERICAN PREGNANCY ASSOCIATION. **Zygote intrafallopian transfer: ZIFT**. [S. l.]: American Pregnancy Association, [2019?]. Disponível em: <https://americanpregnancy.org/infertility/zygote-intrafallopian-transfer/>. Acesso em: 21 maio 2019.

BARBAS, Stela. Estabelecimento da maternidade: a gestação para outrem à luz do Direito Civil português. *In*: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.). **Bioética e direitos da pessoa humana**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula. O direito à saúde nos 25 anos da Constituição de 1988. *In*: FREIRE, Alexandre; CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100072211/v1>. Acesso em: 24 set. 2019.

BBC. Mães brasileiras não conseguem registrar filho na França em nome das duas e expõem impasse no Itamaraty. *In*: G1. Brasília, 18 ago. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/08/18/maes-brasileiras-nao-conseguem-registrar-filho-na-franca-em-nome-das-duas-e-expoem-impasse-no-itamaraty.ghtml>. Acesso em: 14 out. 2019.

BELLA, Gianluca Maria. A fecundação medicalmente assistida entre “direito” e “ética” na época da tecnologia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, p. 89-99, abr./jun. 2009. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/182/ril_v46_n182_p89.pdf. Acesso em: 23 out. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.855, de 1997**. Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida, e dá outras providências. Autoria: Deputado Confúcio Moura. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1997. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14MAR1997.pdf#page=73>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.184, de 2003**. Dispõe sobre reprodução assistida. Autoria: Senador Lúcio Alcântara. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2003. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filenome=PL+1184/2003. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.892, de 2012**. Institui o Estatuto de Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Autoria: Deputado Eleuses Paiva. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1051906&filename=PL+4892/2012. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 115, de 2015**. Institui o Estatuto de Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Autoria: Deputado Juscelino Rezende Filho. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 90, de 1999**. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Autoria: Senador Lúcio Alcântara. Brasília, DF: Senado Federal, 1999. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1304>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 1 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 4 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 6 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm#art184. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957.** Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L3268.htm. Acesso em: 1 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.** Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 24 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm. Acesso em: 9 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Blog da Saúde. **Inseminação artificial caseira**: riscos e cuidados. Brasília, DF: Anvisa, 9 abr. 2018. Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/de19mh>. Acesso em: 27 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.149, de 28 de dezembro de 2012**. Fica destinados recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, incluindo fertilização in vitro e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html. Acesso em: 21 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde de A a Z**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, c2019. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Atenção às mulheres com gestação de anencéfalos**: norma técnica. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2014. (Caderno n. 11. Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos). Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_mulheres_gestacao_anencefalos.pdf. Acesso em 28 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência nº 508**. Direito civil. União estável. Presunção de concepção de filhos. A presunção de concepção dos filhos na constância do casamento prevista no art. 1.597, II, do CC se estende à união estável. Para a identificação da união estável como entidade familiar, exige-se a convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos em comum. O art. 1.597, II, do CC dispõe que os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal presumem-se concebidos na constância do casamento. Assim, admitida pelo ordenamento jurídico pátrio (art. 1.723 do CC), inclusive pela CF (art. 226, § 3º), a união estável e reconhecendo-se nela a existência de entidade familiar, aplicam-se as disposições contidas no art. 1.597, II, do CC ao regime de união estável. Precedentes citados do STF: ADPF 132-RJ, DJe 14/10/2011; do STJ: REsp 1.263.015-RN, DJe 26/6/2012, e REsp 646.259-RS, DJe 24/8/2010. REsp 1.194.059-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 6/11/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 2 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1590221**. Consumidor. Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Plano de saúde. Endometriose. Planejamento familiar. Inseminação artificial. Exclusão de cobertura. Abusividade. Não configurada. Agência nacional de saúde suplementar. Resolução normativa 338/2013. Fundamento na lei 9.656/98 [...]. 3ª Turma. Recorrentes: Amil Assistência

Médica Internacional S.A e outros. Recorrido: Andrea De Jesus Castro de Souza. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 7 de novembro de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600679213&dt_publicacao=13/11/2017. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei de biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei da biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida [...]. Tribunal Pleno. Requerentes: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 29 de maio de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Feto anencéfalo. Interrupção da gravidez. Mulher. Liberdade sexual e reprodutiva. Saúde. Dignidade. Autodeterminação. Direitos fundamentais. Crime. Inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 2 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4. Região). **Apelação Cível nº 5003747-31.2014.4.04.7210**. Administrativo. Tratamento de fertilização in vitro. Imprescindibilidade não comprovada. Para os casos que tratam da disponibilização de medicamentos, esta Corte decidiu que somente a comprovação da moléstia e a necessidade do tratamento não são suficientes para obter a assistência pleiteada. Pedido de custeio pelo poder público do tratamento para reprodução assistida (fertilização in vitro) em hospital de outro Estado ou clínica particular, sendo a autora, hipossuficiente economicamente, portadora de infertilidade decorrente de salpingectomia bilateral. No entanto, não é razoável obrigar o Estado ao alto gasto com tratamento de fertilização, pois o direito ao planejamento familiar não se inclui no âmbito de proteção ao direito fundamental à saúde. A presente demanda não visa tornar efetivo o cumprimento do dever constitucional de zelar pela saúde pública, posto que os apelantes não se encontram acometidos de nenhuma doença. 3ª Turma. Apelantes: Andre Luis Ruschel; Ilisandra Marta Ribeiro. Apelados: União - Advocacia Geral da União; Estado de Santa Catarina. Relatora: Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, 7 de outubro de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7839974. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4. Região). **Apelação Cível nº 5003747-31.2014.4.04.7210**. Processual civil e administrativo. Programa de fertilização. Não demonstração da imprescindibilidade do tratamento. Alternativas terapêuticas existentes. Óbice. 1. Somente fará jus ao fornecimento do medicamento pelo Poder Público a parte que demonstra a respectiva imprescindibilidade, que consiste na conjugação da necessidade e adequação do fármaco/tratamento e da ausência de

alternativa terapêutica. 2. No caso em exame, não se trata propriamente de fornecimento de medicamentos, não há presença de risco de vida para qualquer dos postulantes, no sentido de poderem aguardar a implantação da política pública que oferece tais procedimentos (fertilização in vitro) em todas as unidades da federação. Existindo programa que está sendo implementado, devem os postulantes aguardarem mediante inscrição na lista de espera existente. 3ª Turma. Apelantes: União - Advocacia Geral da União; Estado do Paraná. Apelado: Eliane Cristine de Aguiar Bertoni. Relator: Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, 7 de novembro de 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000773814&versao_gproc=3&crc_gproc=9ab21881. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4. Região). **Recurso Cível nº 5015406-46.2018.4.04.7000**. Administrativo. Tratamento de fertilização in vitro. Planejamento familiar. Ações não albergadas pela universalidade do direito à saúde. Art. 226, § 7º da CF. Portaria/MS 3.149/2011. Orçamento específico destinado a estabelecimentos de saúde que atuam na reprodução humana assistida, previamente definidos. Ausência de hospital cadastrado no estado do Paraná. Técnicas postuladas sem cobertura nos hospitais credenciados. Ultrapassado, ademais, o limite etário dos estabelecimentos credenciados. 1. Ainda que a controvérsia diga respeito à infertilidade do casal, doença assim reconhecida pela OMS, a pretensão relaciona-se, em verdade, com o planejamento familiar (§ 7º, do art. 226 da CF), cuja base constitucional está prevista em capítulo distinto das ações pertinentes ao direito à saúde (Capítulo II. Seção II - Da Saúde - art. 196 e seguintes da CF). E é fato que as ações para a satisfação do direito ao planejamento familiar realizadas no âmbito do SUS não se inserem no campo das ações de saúde, cuja universalidade é constitucionalmente assegurada. 2. O orçamento para o planejamento familiar é limitado ao atendimento prestado pelos hospitais conveniados, não sendo possível invocar o direito ao tratamento fora de domicílio, almejar a imposição de ônus outros à Administração, ou tratamento excepcional àqueles previstos nos protocolos adotados. Isso, necessariamente, importaria em desequilíbrio orçamentário e, até mesmo, em desrespeito às regras e ordem de espera em lista a que todos os casais se submeteram ao se cadastrar para o atendimento nesses serviços de reprodução assistida. 1ª Turma Recursal do Paraná. Recorrente: Janete Correa da Luz. Recorridos: União - Advocacia Geral da União; Município de Colombo. Relator: Juiz Federal Guy Vanderley Marcuzzo, 9 de maio de 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=4&numero_gproc=700006757677&versao_gproc=6&crc_gproc=10be1cb6&termosPesquisados=IGZlcnRpbGl6YWNhbyA=. Acesso em: 10 out. 2019.

CALDAS, Mayara Saldanha Cesar Guimaraes; SOUZA, Vanessa Ribeiro Correa Sampaio. A construção teórica dos direitos reprodutivos e as técnicas de reprodução assistida: acesso e efetividade via poder judiciário. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, ano 2, n. 11, p. 24-48, mar./abr. 2016.

CAMARGO NETO, Mario de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. **Registro civil das pessoas naturais**: parte geral e registro de nascimento. Coordenador Christiano Cassettari. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANADÁ. **Assisted Human Reproduction Act**. (S.C. 2004, c. 2). Canadá: Her Majesty, the Senate and House of Commons of Canada, 2004. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/index.html>. Acesso em: 29 out. 2019.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 7., 2009, Belo Horizonte. **Anais eletrônicos** [...]. Belo Horizonte: IBDFAM, 2009. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/223.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2019.

CHAVES, Marianna. Famílias ectogenéticas: os limites jurídicos para utilização das técnicas de reprodução assistida. *In*: CONGRESSO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 10., 2015, Belo Horizonte. **Famílias nossas de cada dia**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 309-339. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/232.pdf>. Acesso em: 17 out. 2019.

CHAVES, Marianna. Parentalidade homoafetiva: a procriação natural e medicamente assistida por homossexuais. *In*: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100036697/v3>. Acesso em: 1 set. 2019.

CLÍNICA GERA. **Inseminação artificial**. São Paulo, c2019. Disponível em: <https://clinicagera.com.br/tratamentos/inseminacao-artificial/>. Acesso em: 23 maio 2019.

CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos Fernando. **Consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil**. Organizador José Roberto Goldim. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). **Enunciado nº 106**. I Jornada de Direito Civil. Brasília, DF: CJF, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em: 22 set. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 1.957, de 15 de dezembro de 2010**. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*. Brasília, DF: CFM, 2010. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2.013, de 9 de maio de 2013**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Brasília, DF: CFM, 2013.

Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida –sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Brasília, DF: CFM, 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 20 ago. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Brasília, DF: CNJ, 2017. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf. Acesso em: 4 out. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014. São Paulo: CNJ, 2014. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna. **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida**: comentários à resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018.

DIAS, Maria Berenice. A mulher no Código Civil. In: MARIA Berenice Dias. Porto Alegre, [2019?]. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_726\)18__a_mulher_no_codigo_civil.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_726)18__a_mulher_no_codigo_civil.pdf). Acesso em: 4 set. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBTI**. 2. ed. e-book baseada na 7. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99280789/v7>. Acesso em: 29 ago. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. em e-book baseada na 12. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/76474648/v12>. Acesso em: 24 set. 2019.

DIHL, Bibiana. Serviço de fertilização in vitro do Hospital Fêmeina está fechado há um ano. *In*: GAÚCHA ZH. Porto Alegre, 22 mar. 2019. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2019/03/servico-de-fertilizacao-in-vitro-do-hospital-femina-esta-fechado-ha-um-ano-cjtk79ggf05rm01uj3qvvd2xz.html>. Acesso em: 24 ago. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DISTRITO FEDERAL. Secretaria da Saúde. **Reprodução humana**. Distrito Federal: Secretaria da Saúde, 2 mar. 2018. Disponível em: <http://www.saude.df.gov.br/reproducao-humana/>. Acesso em: 24 ago. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 362.

ESPANHA. **Lei nº 14, de 26 de maio de 2006**. Sobre técnicas de reprodução humana assistida. Espanha: Jefatura del Estado, 2006. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-9292>. Acesso em: 26 out. 2019.

ESPANHA. **Lei nº 35, de 22 de novembro de 1998**. Sobre técnicas de reprodução humana assistida. Madri: Presidente del Gobierno, 1998. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-9292>. Acesso em: 26 out. 2019.

ESPANHA. **Lei Orgânica nº 10, de 23 de novembro de 1995**. Código Penal. Madrid: Presidente do Governo, 1995. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 26 out. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Michigan Compiled Laws (MCL)**. Capítulo 722. Ato 199 de 1988. Seção 722.857. Michigan: Conselho Legislativo, 2014. Disponível em: [https://www.legislature.mi.gov/\(S\(beyg0mas0fxpn3v11vxnq1\)\)/mileg.aspx?page=getobject&objectname=mcl-722-857](https://www.legislature.mi.gov/(S(beyg0mas0fxpn3v11vxnq1))/mileg.aspx?page=getobject&objectname=mcl-722-857). Acesso em: 18 out. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Revised Code of Washington (RCW)**. Título 26. Capítulo 26.26A. Seção 26.26A.705. Washington, 2019. Disponível em: <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.26A.705>. Acesso em: 18 out. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FÊMINA é referência em fertilização in vitro pelo SUS da região sul do país. *In*: SETOR saúde. [S. l.], 29 jun. 2018. Disponível em: <https://setorsaude.com.br/femina-e-referencia-em-fertilizacao-in-vitro-pelo-sus-da-regiao-sul-do-pais/>. Acesso em: 20 ago. 2019.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016.

FONTANA sui figli di coppie gay: "maternità surrogata è vietata, stop riconoscimenti". *In*: LA repubblica. [S. l.], 26 jul. 2018. Disponível em: https://www.repubblica.it/cronaca/2018/07/26/news/ministro_fontana_stop_riconoscimento_figli_coppie_gay-202707721/. Acesso em: 23 out. 2019.

FRANÇA. **Code Civil**. Version consolidée au 23 octobre 2019. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso em: 26 out. 2019.

FRANÇA. **Code Pénal**. Version consolidée au 20 septembre 2019. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>. Acesso em: 26 out. 2019.

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789**. [26 ago. 1789]. Título original: Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 18 out. 2019.

FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. **Direito de paternidade**. São Paulo: Editora LTr, 1997.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima ad tempus**: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/141810874/v1>. Acesso em: 24 set. 2019.

GESTATIONAL surrogacy law across the United States. *In*: CREATIVE family connections. [S. l.], c2016. Disponível em: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/>. Acesso em: 17 out. 2019.

GOZZI, Camila Monzani. Princípio do livre planejamento familiar como direito fundamental. *In*: IBDFAM. Belo Horizonte, 7 ago. 2019. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1349/Princ%C3%ADpio+do+livre+planejamento+familiar+como+direito+fundamental>. Acesso em: 29 ago. 2019.

GRUPO HOSPITALAR CONCEIÇÃO (GHC). **Unidade de reprodução humana**. Porto Alegre: GHC, [2019?]. Disponível em: <https://www.ghc.com.br/default.asp?idMenu=cartacidade&idSubMenu=7>. Acesso em: 22 ago. 2019.

HAAB, Tuiskon Bejarano. **Filiação e reprodução humana artificial**: à luz da Constituição e das leis civis. Curitiba: Editora Juruá, 2018.

HEINIG, Melissa. What is the legal definition of a parent under the Uniform Parentage Act?. *In*: LAWYERS. [S. l.], c2019. Disponível em:

<https://www.lawyers.com/legal-info/family-law/paternity/legal-definition-parent-under-uniform-parentage-act.html>. Acesso em: 17 out. 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

HOSPITAL DE CLÍNICAS. **Ginecologia e obstetrícia**. Porto Alegre: Hospital de Clínicas, c2019. Disponível em: <https://www.hcpa.edu.br/assistencia-servicos-medicos-ginecologia-e-obstetricia>. Acesso em: 22 ago. 2019.

HOSPITAL PÉROLA BYINGTON. **Reprodução humana**. São Paulo: Hospital Pérola Byington, [2019?]. Disponível em: <https://www.hospitalperola.com.br/reproducao-humana/>. Acesso em: 22 ago. 2019.

ITÁLIA. **Lei nº 40, de 24 de fevereiro de 2004**. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Itália: Gazzetta Ufficiale, 2004. Disponível em: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/040401.htm>. Acesso em: 23 out. 2019.

KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado notarial e registral**. São Paulo: YK Editora, 2017. v. 2: Ofício de registro civil das pessoas naturais.

LAMANCE, Ken. Uniform Parentage Act and paternity. *In*: LEGAL match. [S. l.], 24 abr. 2018. Disponível em: <https://www.legalmatch.com/law-library/article/uniform-parentage-act-and-paternity.html>. Acesso em: 17 out. 2019.

LE nuove regole sulla fecondazione eterologa. *In*: IL post. Itália, 4 set. 2014. Disponível em: <https://www.ilpost.it/2014/09/04/fecondazione-eterologa-regioni-legge-40/>. Acesso em: 24 out. 2019.

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

LÔBO, Paulo. Danos morais e direitos da personalidade. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade**: dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

LÔBO, Paulo. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3758, out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25363>. Acesso em: 27 ago. 2019.

MAGALHÃES, Leonardo Cardoso de. O Pacto de São José da Costa Rica e o julgamento do RE-STF 466.343. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3607, maio 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24454>. Acesso em: 7 set. 2019.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, Antônio Jorge de Souza dos *et al.* Encontro internacional: direito à saúde, cobertura universal e integralidade possível. *In*: ASSEMBLEIA Legislativa de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2016/encontro_internacional_saude/documentos/textos_referencia/00_palavra_dos_organizadores.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Dilemas constitucionais sobre o início e o final da vida: um panorama do estado da arte no direito brasileiro. *In*: FREIRE, Alexandre; CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100072211/v1>. Acesso em: 24 set. 2019.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Salário-maternidade da mãe genética. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, Porto Alegre, v. 21, n. 243, p. 207-212, set. 2009.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2019.

MOREIRA FILHO, José Roberto. As novas formas de filiação advindas das técnicas de inseminação artificial homóloga *post mortem* e as suas consequências no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 12, p. 41-64, nov./dez. 2015.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/121533435/v2>. Acesso em: 24 set. 2019.

OMMATI, José Emílio Medauar. As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 25, jun. 1998. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1854>. Acesso em: 23 maio 2019.

PAIM, Marcos Vinícius Marques. Aspectos civis da gestação por substituição no Brasil ante a ausência de legislação específica. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 28, p. 67-88, jul./ago. 2018.

PELÁEZ, Patricia López. Contrato de gestação por substituição (“mães de aluguel”) no direito espanhol. *In*: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.). **Bioética e direitos da pessoa humana**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PORTUGAL. **Lei nº 32/2006, de 26 de julho de 2006.** Procriação medicamente assistida. Portugal: Assembleia da República, 2006. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo. Acesso em: 18 out. 2019.

REPRODUÇÃO assistida: o céu é o limite?. **Revista IBDFAM**, [s. l.], ed. 37, p. 8-12, fev./mar. 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes nº 0283156-45.2010.8.19.0001.** Embargos infringentes em apelação cível. Rito ordinário. Ação de obrigação de fazer. Fertilização in vitro. Sentença de parcial procedência para determinar a inclusão da autora no programa de tratamento fora de domicílio (TFD), com o custeio de transporte e estadia em São Paulo, ante a disponibilidade do método pelo hospital Pérola Byghton. [...] 19ª Câmara Cível. Embargantes: Adriana Batista da Conceição; Mauro Fernandes Regalo. Embargados: Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro. Relator: Eduardo de Azevedo Paiva, 10 de junho de 2014. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004DB525AEB5F9B0A18ADB56CA2935CE441C50314625E57>. Acesso em: 10 out. 2019.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [s. l.], n. 2, p. 49-67, dez. 2001. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29/30>. Acesso em: 1 set. 2019.

ROCHA, Renata da. **O direito à vida e a pesquisa em células-tronco:** limites éticos e jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito.** 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2015.

SANTOS, Débora. Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime. *In*: G1. Brasília, 12 abr. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html>. Acesso em: 29 ago. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0022208-03.2009.8.26.0506.** Constitucional e processual civil. Procedimento comum. Obrigação de fazer - direito ao planejamento familiar. Reprodução assistida. Realização pelo estado. Necessidade de probabilidade de sucesso do procedimento. 1. A Constituição Federal assegura o direito ao planejamento familiar (art. 227, § 9º) na forma disciplinada pela Lei nº 9.263/96, ao regular, dentre outras questões, a assistência à concepção. Programa estadual de reprodução assistida que fixa idade máxima para adesão. Razoabilidade da escolha da Administração. Legitimidade da recusa de inclusão de mulheres com idade superior ao limite estabelecido com base em critérios técnicos. 2. Fornecimento de medicamentos para viabilizar a fertilização in vitro. Dever do Estado em fornecê-los, não como forma de tutela ao direito à saúde, mas por conta do direito ao planejamento familiar. 3. Reexame necessário e recursos das rés providos em parte. 9ª Câmara de Direito Público. Comarca de Ribeirão Preto. Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelado: Rita Carneiro

de Andrade. Relator: Des. Décio Notarangeli, 10 de outubro de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610105/cfi/267!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 15 set. 2019.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Reprodução humana assistida: um direito fundamental?**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2015.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Biodireito & direito concursal: Aspectos científicos do direito em geral e da natureza jurídica do embrião congelado**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013.

SOUSA, Bruno Stigert; MELLO, Breno Cesar de Souza. A biotecnologia como fonte emancipatória nas técnicas de reprodução assistida: uma análise multidisciplinar a respeito da gestação por substituição e suas implicações fáticas e jurídicas. **Revista Fórum de Direito Civil: RFDC**, Belo Horizonte, ano 8, n. 20, p. 117-145, jan./abr. 2019.

TEIXEIRA, Carmen. Os princípios do sistema único de saúde à luz da bioética. *In*: ASSEMBLEIA Legislativa de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2016/encounter_internacional_saude/documentos/textos_referencia/07_principios_sistema_unico_saude.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIEIRA, Laura Uhry. Famílias simultâneas e a dignidade da pessoa humana. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v. 31, p. 22-40, jan./fev. 2019.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.