

O DIREITO DE FILIAÇÃO NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO HOMÓLOGA E HETERÓLOGA.**Cássia Lorena Rezende Saraiva¹, Fabrício Veiga Costa², Patrícia de Moura Rocha³**

1. Estudante da Faculdade de Minas – FAMINAS-BH; *cassialorena10@ymail.com

2. Orientador, Doutor e Mestre, professor na Faculdade de Minas – FAMINAS-BH

3. Orientadora, Mestre em Direito Privado pela PUC, professora universitária - Faculdade de Minas – FAMINAS-BH

Palavras Chave: *Gestação por substituição. Filiação. Inseminação Artificial.***Introdução**

O objeto do presente trabalho é investigar as questões que envolvem as técnicas de reprodução humana assistida, sobretudo levantar os questionamentos existentes no mundo jurídico sobre a maternidade substituta, adequando o tema ao Direito das Famílias e os princípios consagrados na Constituição Federal de 1988. Far-se-á uma análise sobre complexidade do tema, ante as lacunas normativas existente no ordenamento jurídico, uma vez que envolve direitos e garantias fundamentais do nascituro e o direito de filiação. Ou seja, pretende-se analisar se a maternidade substituta (“barriga de aluguel”) decorrente da inseminação artificial (homóloga ou heteróloga) viola ou não o Direito Fundamental à Filiação do descendente e em nome de quem essa criança poderá ser registrada. O enfoque da presente pesquisa é esclarecer os métodos de inseminação artificial que podem ser utilizados na gestação por substituição, sendo eles a fecundação homóloga e heteróloga. A primeira consiste na utilização do material genético do casal ou de um deles enquanto a segunda consiste na utilização do material genético de um doador anônimo. A partir dessas premissas questiona-se: quem tem o direito de ser reconhecida juridicamente como mãe: a mãe de aluguel ou a mulher que solicitou o procedimento de gestação substituta? Essas e outras questões serão discutidas no presente trabalho.

Resultados e Discussão

Ao longo dos anos a biotecnologia trouxe a possibilidade para aqueles que por algum motivo não podiam ter filhos, possibilitando meios de reprodução humana assistida, dentre eles, a gestação por substituição. Essa técnica consiste na doação temporária do útero de uma mulher em favor da concretização do projeto parental idealizado por outrem. No Brasil o mencionado tema é apenas regulamentado pela Resolução 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina, que por ser uma norma deontológica, não possui força de lei. Assim, frente aos avanços científicos, bem como a evolução da sociedade brasileira e os novos modelos de família, o parentesco biológico não é mais o fator preponderante na atribuição da paternidade e da maternidade, pois o elemento afetivo tem sido extremamente valorizado. No que tange à gestação por substituição, a Resolução 2.121/15 faz algumas restrições que devem ser observadas pelos médicos, como, por exemplo, é vedado o caráter lucrativo para ceder o útero, no caso da doadora/gestante ser casada o seu cônjuge deve autorizar tal procedimento. Recomenda-se que os solicitantes, bem como a gestante se submetam a tratamento com psicólogo, dentre outras exigências contidas na resolução supracitada. Para os filhos concebidos naturalmente não restam dúvidas quanto ao direito de filiação/registro, porém, na gestação substituta, surgem discussões acerca da possibilidade da doadora/gestante ter reconhecido o direito de filiação/registro. No caso de gestação por substituição na inseminação artificial homóloga o direito de filiação é comprovado pelo exame de DNA que confirmará a carga genética da criança gerada através desta técnica. Já nos casos em que se utiliza a inseminação artificial heteróloga

por gestação substituta, o exame de DNA não será o meio de prova adequando, haja vista não existir coincidência entre o material genético da criança e o casal solicitante. Assim, a determinação para reconhecer a paternidade, nesses casos, não deve ser o fator biológico, mais sim o critério afetivo, observado a vontade procriante, de constituir família. Assim na maternidade por substituição não deve ser determinada pela presunção *mater semper*, bem como a presunção *pater est*, ou seja, que o pai é o marido da mãe. Diante da ausência de uma legislação que regulamente o assunto, o que vem sendo consagrado pela jurisprudência é que o critério afetivo nas relações advindas da biotecnologia deve prevalecer sobre o vínculo biológico. A lacuna normativa existente acerca do presente assunto levou os Tribunais a decidir que na gestação por substituição o direito de filiação deve ser assistido ao casal que procurou o centro de reprodução com objetivo de constituir família, não gerando, assim, o direito de filiação para gestante/doadora, nesse sentido tem caminhado a doutrina.

Conclusões

Desta forma, conclui-se que diante da ausência de uma norma que regulamente o presente assunto, há de se ressaltar prioritariamente o interesse da criança, consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, e regulamentada pela Lei n. 8.069/90 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, nos casos da gestação por substituição, deve prevalecer o critério sócio afetivo, e não o fator biológico. Dessa forma, nos casos em que a gestante/doadora se recusar a entregar a criança ao casal solicitante e a técnica utilizada foi a dá inseminação artificial homóloga deve prevalecer o critério biológico que ficará demonstrado pelo exame de DNA. Nos casos de inseminação artificial heteróloga, deve prevalecer o critério sócio afetivo, uma vez que o material genético entre o casal solicitante não será compatível com o da criança gerada através deste método de inseminação. Assim, diante da ausência de uma legislação que regulamente o assunto, e existindo apenas a resolução do CFM 2.121/15, o que vem sendo consagrado pela jurisprudência é que o critério afetivo nas relações advindas da biotecnologia deve prevalecer sobre o vínculo biológico.

Agradecimentos

Deixo aqui meus sinceros agradecimentos aos meus orientadores, os Profs. Dr. Fabrício Veiga Costa e Dr. Patrícia de Moura Rocha.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Manual de Direito de Família*. 9º edição revista, atualizada e ampliada, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro, volume 6 : direito de família / Carlos Roberto Gonçalves*. — 9. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil, volume 6 : Direito de família — As famílias em perspectiva constitucional / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2012.

SILVA, Reinaldo Pereira. LAPA, Fernanda Brandão(Org). *Bioética e Direitos Humanos*. Florianópolis: OAB/SC, 2002