

A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA E O ESTADO DE FILIAÇÃO

Paula Ceolin Viana (Direito/UNIBRASIL)

Realizando uma análise através da dignidade da pessoa humana, o presente trabalho pretende explanar sobre a evolução no conceito de família no Brasil, as principais modificações sofridas no Direito de Família após o advento da Constituição federal de 1988 e o Código Civil de 2002, o direito ao planejamento parental como meio de se alcançar a dignidade humana. Uma vez utilizando-se das técnicas de reprodução assistida para realização da construção familiar, será analisado quais os impactos em relação ao estado de filiação dos indivíduos nascidos através de tais técnicas médicas.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana; Planejamento Familiar; Família; Filiação.

Não se pode saber com exatidão a origem da família no decorrer da história humana, mas defende-se idéias com bases em deduções imprecisas, que sua criação foi na Roma antiga para servir de base para designação de grupos que eram submetidos à escravidão agrícola.

No Brasil, o Direito Civil foi fortemente influenciado pelo direito romano, que através do marco histórico do Código Civil de 1916, também conhecido como Código de Beviláqua, deu para a família estrutura inconfundível, tornando-se unidade jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade soberana de um chefe. Neste contexto, o matrimônio era a única forma de constituição da família legítima, sendo, portanto, ilegítima toda e qualquer outra forma familiar, ainda que marcada pelo afeto.

Conforme se percebe através dos artigos do referido código, àquela época, a família patriarcal posicionava-se como o pilar central da legislação e prova disso foi a indissolubilidade do casamento, como também a capacidade relativa da mulher. Em relação à filiação, havia notória distinção entre os filhos, que era devidamente registrada no assento de nascimento a origem da filiação.

Os filhos biológicos poderiam ser classificados em legítimos, quando concebidos dentro da constância do casamento, os legitimados, havidos pelos cônjuges antes do casamento e equiparados aos legítimos, e os ilegítimos, frutos de relações extraconjugais. Os filhos adotados, ou legais, eram aqueles que embora não concebidos pelos cônjuges, por força de lei adquiriam a condição de filhos legítimos para alguns efeitos legais.

A Constituição Federal de 1937, em seu artigo 126, trouxe a equiparação entre os filhos legítimos e naturais, entendendo os deveres dos pais e revogando o artigo 1605 do Código Civil de 1916, que restringia os direitos sucessórios de filhos naturais que concorressem com legítimos e legitimados. Já a Constituição de 1946 nada acrescentou sobre o tema.

A família patriarcal que a legislação civil tomou como base desde o período da colônia até boa parte do século XX entrou em crise com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, que trouxe como pilares, princípios e objetivos a dignidade da pessoa humana, igualdade, isonomia e afetividade, igualando dos direitos e deveres de marido e mulher, e resguardando os direitos dos filhos e crianças dentro do grupo familiar.

Marido e mulher, mesmos direitos e deveres. Filhos tidos dentro do casamento, mesmos direitos e deveres que os tidos fora do casamento. Assim opera a Constituição de 1988. Tendência de "constitucionalização" do Direito de Família, fruto recente. A Constituição de 1824 tratava somente da família imperial, e proclamada a República, a Constituição trazia um dispositivo sobre a matéria, tentando operar uma separação entre o poder da Igreja e o poder do Estado, e até a Constituição Federal de 1988, a lei fundamental da família era o Código Civil brasileiro. Em 1988, há uma guinada fundamental, a legislação infraconstitucional acaba sendo recolhida, no plano dos princípios básicos, pelo capítulo da família na Constituição Federal. Na incompatibilidade, não há recepção por inconstitucionalidade superveniente.¹

A solidariedade social, reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Não somente no sentido patrimonial, mas também na afetiva e psicológica, implicando respeito e consideração mútuos em relação aos membros da família.

¹ FACHIN, Luiz Edson; LIRA, Ricardo Pereira (coord.). **Elementos críticos do Direito de Família**: curso de Direito Civil. 1999, p. 35-37.

O princípio da igualdade veio não somente para regular e eliminar as desigualdades entre os filhos, mas também em relação aos cônjuges e companheiros. Segundo o artigo 5º da Constituição Federal, em que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. “Em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação heteróloga (com material genético de terceiro).” Em decorrência deste princípio, não se tem mais o pátrio poder, e sim o poder familiar, que deve ser exercido pelo homem ou pela mulher em regime de colaboração, inclusive, podendo contar com a opinião dos filhos. O mesmo vale para os demais direitos e deveres familiares, como alimentos, adquirir patrimônio, constituir ou desconstituir entidades familiares.

Embora conste no artigo no art. 226 § 3º da Constituição Federal que “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, bem como “§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” ou seja, a família seria formada pelo casamento ou união estável de homem e mulher ou qualquer dos pais e seus filhos, tem-se hoje uma mudança na visão doutrinária e jurisprudencial em relação ao conceito de família, ligado intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana do indivíduo, considerando que pessoas do mesmo sexo possam constituir uma unidade familiar.

O Supremo Tribunal Federal, através da ADI 4.277² e ADPF 132³, qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva, através da decisão proferida pelo Ministro Ayres Britto.

² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277**. Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2015.

³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 RJ**. Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2015.

Da mesma forma, o Código Civil de 10 de janeiro de 2002, introduzido no ordenamento através da Lei nº 10.416, ampliou ainda mais o conceito de família trazido pela Constituição Federal de 1988, conforme destaca GONÇALVES⁴:

Todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do Século passado e o advento da Constituição Federal de 1988 levaram a aprovação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma paternidade responsável, e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas e aos estudos do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não-discriminação do filho, a co-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar.

Diante deste contexto de mudanças na sociedade atual é que surgem as famílias monoparentais, ou seja, aquela formada apenas por um dos pais e o filho. Várias são as possibilidades de formação deste tipo de família: separação, divórcio, adoção por solteiros, viuvez e mãe ou pai solteiro.

O Direito de Família está ligado aos direitos humanos, que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana, o que significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. A estrutura familiar foi remodelada, fundada e dando maior ênfase aos princípios e direitos conquistados pela sociedade, o conceito de família sendo definido pela união do amor recíproco fundada no afeto.

Para TARTUCE⁵, “O *afeto* talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares.”. Os atuais doutrinadores desta área defendem o uso do afeto para estabelecer vínculos familiares e na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado n. 103⁶, com a seguinte redação:

“O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho”.

⁴ GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.33-34.

⁵ Ibidem, p.13.

⁶ **JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V**: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. 135p. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em 28 jul. 2015.

A repersonalização do direito de família com base na Constituição Federal e seus preceitos reafirma a pessoa humana como objetivo central do direito, readequando a garantia da realização da afetividade, sendo menos importantes as relações consanguíneas que as oriundas de laços de convivência familiar.

Conforme prevê o art. 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988, o nosso Estado tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. “Trata-se daquilo que se denomina *princípio máximo*, ou *superprincípio*, ou *macroprincípio*, ou *princípio dos princípios*.” E é diante deste princípio inafastável de proteção da pessoa humana, da perda de importância do patrimônio e da superavaliação da pessoa que surge a necessidade de se fazer uma releitura do Direito de Família.

Há grande dificuldade em tentar se expressar em palavras o significado da dignidade da pessoa humana, estando relacionada com sentimentos e emoções do indivíduo que lhe dão condições mínimas para existir como ser humano. Na tentativa de conceituação, destaca Alexandre de MORAES⁷:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

O elemento ético da dignidade da pessoa humana está ligado à razão e à autonomia da vontade, que no campo dos direitos individuais se manifesta essencialmente como autonomia privada, ou seja, expressando a liberdade e a capacidade de autodeterminação do indivíduo, do direito de decidir os rumos da própria vida e desenvolver livremente sua personalidade, inclusive em relação a direitos personalíssimos, como o desejo de constituir família, planejamento familiar e parental.

Seguindo este princípio essencial a Constituição Federal de 1988 consagrou no *caput* do seu artigo 6º os direitos à saúde e família como garantia aos direitos sociais do homem. No mesmo sentido, trouxe em seu artigo 266, §7:

⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003. p.21.

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

E ainda, em 12 de janeiro de 1996, foi sancionada a Lei 9.263, que regula o planejamento familiar, estabelecendo penalidades e outras providências, e assegurando em seus artigos primeiro e segundo, “O planejamento familiar é direito de todo cidadão”, entendendo-se como planejamento familiar “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.”

Como formas de proteção da autonomia da vontade, o Código Civil de 2002 prevê em seu artigo 1513 a não intervenção do Estado, estabelecendo que “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Trata-se, então, da consagração do princípio da liberdade ou da autonomia privada na ótica do Direito de Família.

Neste sentido, o Estado deve-se limitar-se à tutelar a constituição e o desenvolvimento da família, oferecendo garantias e respaldo de forma a possibilitar a autodeterminação de cada um dos seus membros.

Uma vez o desejo de constituir família se tornando requisito necessário para a realização pessoal do indivíduo, seja individualmente ou em uma relação, a esterilidade se tornaria um óbice para atingir a dignidade humana. É reconhecido, então, o direito das pessoas de organizarem sua vida reprodutiva bem como de se socorrerem dos avanços e soluções da ciência para reestabelecer as funções reprodutivas ou de oferecer alternativas que tragam ao nascimento dos filhos desejados.

Podemos dizer que a Reprodução Humana Assistida é um conjunto de técnicas utilizadas por médicos especializados, que tem como principal objetivo substituir ou facilitar uma etapa deficiente no processo reprodutivo e assim facilitar a gestação.

Atualmente considera-se estéril o casal que tenta conceber um filho, por pelo menos dois anos, e não obtém resultado através do resultado natural, ou seja, alguma fase do processo natural não esta ocorrendo como deve, seja pela ausência de um ou dos dois gametas, ou dificuldade na sua retenção e desenvolvimento.

Para Karla Ferreira de Camargo FISCHER, “os termos ‘inseminação artificial’ e ‘fertilização assistida’ não se confundem, uma vez que o primeiro caracteriza-se pela introdução de espermatozóides no útero da mulher de forma artificial – por meio de um cateter de inseminação –, não sendo necessária a retirada dos óvulos femininos. Ou seja, injeta-se os espermatozóides do marido no útero da mulher, e espera-se que eles “nadem” livremente pelo sistema genital feminino e cheguem às tubas uterinas onde vão fecundar o óvulo.”⁸

O Código Civil, que insere a Reprodução Assistida no artigo que estabelece a presunção da paternidade, serão homólogas quando realizadas com espermatozóides do próprio marido (ou companheiro, para aqueles que admitem a aplicação do art. 1.597 do CC àqueles que vivem ou viveram em união estável). Serão heterólogas quando realizadas em mulheres casadas (ou que vivam em união estável), com espermatozóides de uma terceira pessoa (doador).

A inseminação propriamente dita, então, é quando se deposita este sêmen diretamente dentro da vagina (intravaginal), em volta do colo, dentro do colo (intracervical), dentro do útero (intrauterina) ou dentro do abdômen.

Em relação à fertilização *in vitro*, o encontro do espermatozóide (gameta masculino) com o óvulo (gameta feminino) ocorre fora do corpo da mulher, no laboratório. FISCHER acrescenta que a reprodução com a técnica de fertilização *in vitro* também pode ser homologa ou heteróloga. Conforme citado anteriormente a homologa será aquela em que o material utilizado para na fecundação, ou seja, o óvulo e sêmen são provenientes dos próprios pais, enquanto na heteróloga, o espermatozóide e/ou o óvulo são obtidos através de doador.

Outra técnica de reprodução assistida é a chamada G.I.F.T ou Gamete intrafallopian transfer, e permite que a fecundação ocorra dentro do corpo humano, ou seja, ‘in vivo’ e não ‘in vitro’ como na outra técnica.⁹ Complementa LEITE, que esta técnica não difere da fecundação *in vitro* no que se refere à coleta e preparação dos óvulos e espermatozóides, eles serão introduzidos em um cateter e imediatamente transferidos para um ou nas duas trompas, onde deve ocorrer a fecundação.

⁸ Fischer, Karla Ferreira de Camargo. **Reprodução Humana Assistida e a atuação dos Conselhos de Medicina na perspectiva civil-constitucional**. 2013. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia) – Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil, p. 34.

⁹ FERNANDES, Silvia da Cunha. Op. cit., p. 34

Em alguns casos a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* não podem ser utilizadas diretamente na paciente que deseja ser mãe por ocorrer algum problema fisiológico ou médico que impeça a gravidez, tanto por doença como por colocar a vida da paciente ou do embrião em risco, precisando utilizar as mães de substituição. Como os casais homoafetivos são naturalmente inférteis, também precisam se socorrer desta técnica, quando há o desejo de ter filhos a partir da utilização de material biológico do casal ao invés da adoção.

É considerado mãe de substituição àquela que cede temporariamente o útero para gestar um embrião diante da incapacidade de uma mulher ou casal de levarem adiante a gravidez de outra maneira, possibilitando assim que tenham filhos.

Os casos indicados para se socorrerem das mães de substituição são essencialmente médicas, ou seja, aqueles em que há ausência de útero na mulher, diabetes grave insulino-dependente, patologia uterina com tratamento cirúrgico ou nos casos em que o médico contra indique a gravidez por colocar em risco a vida da paciente.

O Código Civil aprovado em 2002, embora seja denominado por muitos como o Novo Código Civil, é fruto de um projeto encaminhado pelo Presidente da Republica Ernesto Geisel no ano de 1975. Embora tenha sofrido drásticas alterações em seu texto pelo Senado Federal, principalmente após a promulgação da Constituição federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, seu texto deixa de abarcar vários temas pertinentes em relação à evolução do Direito de Família.

Salienta-se os problemas que podem ser originados a partir da reprodução assistida. O Código Civil de 2002 trás em seu artigo 1521 os impedimentos matrimoniais, a fim de evitar o casamento entre pessoas ligadas por laços de parentesco, filiação ou afinidade.

A reprodução assistida heteróloga pode trazer preocupação em relação a consanguinidade e o risco de descendentes, uma vez que, embora remotamente raro, podem ocorrer situações de futuros pais serem consanguíneos e não saberem. Somente um controle efetivo por parte do governo de forma a avaliar e limitar a ação dos centros de procriação poderia reduzir à irrelevância este risco. Salienta-se que

hoje, este controle ocorre de forma informal, através do previsto na Resolução do CFM 2013, 13, item IV, 6.¹⁰

Outra questão que surge no universo jurídico com o uso da reprodução artificial diz respeito à filiação. O artigo 1597, inciso V, do atual Código Civil, traz a presunção da paternidade de filho nascido na constância do casamento através da técnica de reprodução assistida heteróloga, desde que previamente consentida pelo marido. Tal presunção é absoluta, ou seja, impossível de impugnação por aquele que manifestou vontade da concepção no bojo do planejamento familiar, uma vez que a paternidade já havia se constituído desde à época da concepção, da mesma forma como ocorre nas concepções naturais.

O mesmo ocorre em relação aos companheiros, embora o código civil seja omissivo, uma vez havendo a vontade qualificada e juridicamente responsável do planejamento parental, associada com a convivência dos companheiros à época da concepção e início da gravidez, a impugnação da paternidade do filho resultante da reprodução assistida consentida se torna impossível.

Quando há a doação de espermatozoides para fertilizar um ovulo da própria genitora ou doação de óvulos a serem fecundados pelo espermatozoide do genitor, deve haver concordância expressa e inequívoca do marido/esposa ou companheiro (a) e o vínculo de filiação irá basear-se na relação conjugal, não podendo ser contestada sob o argumento de traição ou infidelidade. O filho gerado deve ser registrado como legítimo, não eximindo futuro dever alimentar em caso de separação dos pais.

A questão da paternidade e da maternidade para os parceiros(as) homossexuais, é relevante citar as possíveis situações cabíveis em relação à reprodução heteróloga¹¹:

- (i) por parceiras femininas quando uma doa o material genético feminino e a outra gesta o embrião fertilizado *in vitro* com a utilização de material genético masculino proveniente de doador anônimo³; (ii) por parceiras femininas sendo aquela que gestará o embrião a mesma que cedeu o material genético feminino, podendo se utilizar tanto da inseminação artificial como da fertilização *in vitro*, ambas as técnicas utilizando-se de material genético masculino proveniente de doador anônimo; (iii) por parceiras femininas em que, nem quem gestará o embrião nem sua companheira mantêm identidade genética com o embrião, sendo utilizada a técnica da fertilização *in vitro* com a utilização de material genético masculino e feminino provenientes de doadores anônimos; (iv) por parceiros masculinos³⁶⁷ em que um dos

¹⁰ Resolução CFM nº 2013/13, Seção IV, item 6: “Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.”

¹¹ FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. Op. Cit., p. 120-121.

parceiros doa seu material genético e utiliza-se da fertilização *in vitro* com material genético feminino de doadora anônima, valendo-se da maternidade por substituição; ou, ainda, segundo Ana Carla Harmatiuk MATOS, (v) “vislumbra-se a possibilidade de ambos doarem material genético para a procriação, não se revelando qual efetivamente fecundou o material feminino de banco de doação, e eleger-se uma mulher para gestação.

A Jornada de Direito Civil de 2002 aprovou o Enunciado nº 111 do Conselho de Justiça Federal, com a seguinte redação:

A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

Para todos os casos acima citados, o código civil de 2002 estabelece que o sistema de presunção de paternidade é absoluto quando oriundos de reprodução assistida heteróloga, nos casos de casamento e união estável. Com a decisão do STF no ADI 4.277 e na ADPF 132, o mesmo dispositivo pode ser aplicado de forma extensiva aos casais homossexuais, devendo o nome de ambas as mães ou ambos os pais constarem na certidão de nascimento, já que o projeto parental foi planejado por ambos, embora isto não seja a prática observada na rotina forense.

“O objetivo das presunções legais é preservar a harmonia do casamento, que é pautado, dentre outros deveres, no respeito e consideração mútuos e na fidelidade recíproca, bem como visa, por consequência, preservar a segurança e a paz familiar.”¹²

Nos casos de indivíduos que desejam formar uma família monoparental, presume-se a paternidade/maternidade do único indivíduo que planejou a família, devendo somente seu nome constar na certidão de nascimento.¹³ Quando ocorrer de o indivíduo não ter nenhum vínculo consanguíneo com a criança, deve-se esclarecer que a maternidade/paternidade recairá sempre sobre a mãe/pai socioafetiva, conforme entendimento dos Tribunais Superiores Brasileiros em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069 de 1990,

¹² GASPAROTTO, Beatriz Rodrigues; RIBEIRO, Viviane Rocha. FILIAÇÃO E BIODIREITO: UMA ANÁLISE DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA SOB A ÓTICA DO CÓDIGO CIVIL. In: **XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Anais. Brasília. 2008. p.354-376.

¹³ MESQUITA, Thayna. **Reprodução Assistida e presunção de paternidade**: Disponível em: <http://thaynamesquita.jusbrasil.com.br/artigos/149933969/reproducao-assistida-e-presuncao-de-paternidade>. Acesso em: 28 jul. 2015.

onde se decide pela filiação que representa maior benefício para criança de acordo com o princípio do maior interesse da criança.

Em relação aos filhos nascidos por gestação de substituição ou barriga de aluguel, há que se esclarecer a diferença entre maternidade e gestação: maternidade é atribuída àquela que tem o desejo e planejou ter o filho, e gestação é somente o estado físico gestacional.¹⁴ Quando ocorre a substituição homóloga, o material utilizado para formar o embrião é dos próprios genitores, ou pelo menos um deles, cabendo à terceira pessoa somente o empréstimo do útero para gestar a criança. Já na substituição heteróloga, não há qualquer vínculo entre os genitores e a prole, uma vez que os gametas utilizados serão provenientes da própria gestora e de doador. Nestes casos, os Tribunais têm julgado no sentido de fazer prevalecer o melhor interesse para a criança. Vejamos:

(...) Verifica-se na doutrina citada que, ante a ausência de regulamentação legislativa, a solução para as situações concretas, ocorridas a fertilização in vitro e a posterior inseminação artificial em "cedente de útero", ou "mãe-de-substituição", deve prevalecer o melhor interesse da criança desse modo concebida e nascida (...).¹⁵

Conclui-se que os dispositivos Constitucionais, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e os Tribunais, na ausência de norma legislativa efetiva que regule a reprodução assistida heteróloga e as barrigas de substituição, nos remetem ao posicionamento de melhor interesse da criança ao estabelecer o vínculo de filiação, levando em consideração a vontade manifesta do casal ou indivíduo em planejar e querer o filho em detrimento da biológica, que sedimenta a afetividade em relação à criança gerada.

BRASIL, CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 2.013 de 16 de Abril de 2013**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo de ontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10.. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

¹⁴ WELTER. Belmiro Pedro. Op. Cit., p. 237.

¹⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Parecer da Corregedoria Geral de Justiça no Processo nº 2009/104323**. 2010. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/cc0/obterArquivo.do?cdParecer=1672>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277**. Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 RJ**. Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2015.

FACHIN, Luiz Edson; LIRA, Ricardo Pereira (coord.). **Elementos críticos do Direito de Família**: curso de Direito Civil. 1999.

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

Fischer, Karla Ferreira de Camargo. **Reprodução Humana Assistida e a atuação dos Conselhos de Medicina na perspectiva civil-constitucional**. 2013. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia) – Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil.

GASPAROTTO, Beatriz Rodrigues; RIBEIRO, Viviane Rocha. FILIAÇÃO E BIODIREITO: UMA ANÁLISE DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA SOB A ÓTICA DO CÓDIGO CIVIL. In: **XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Anais. Brasília. 2008.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. 135p. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em 28 jul. 2015.

MESQUITA, Thayna. **Reprodução Assistida e presunção de paternidade**: Disponível em: <http://thaynamesquita.jusbrasil.com.br/artigos/149933969/reproducao-assistida-e-presuncao-de-paternidade>. Acesso em: 28 jul. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Parecer da Corregedoria Geral de Justiça no Processo nº 2009/104323**. 2010. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/cco/obterArquivo.do?cdParecer=1672>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetivas.**
– São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.