

Vistos etc.

A Oficiala do Tabelionato de Notas e Registro Civil propôs a presente Suscitação de Dúvida em relação ao assento de nascimento de A (fls. 02-03), informando que compareceu o Sr. X para registrar sua filha, apesar de na declaração de nascido vivo (fls. 04) constar como mãe a Sra. K. No entanto, esclareceu o interessado que, na realidade, ele e sua esposa, Y, eram os pais biológicos da criança, que fora gestada pela "cessão de útero" da Sra. K, conforme escritura pública e de acordo com a resolução CFM nº 1358/92.

Constatada a antinomia entre a declaração de nascido vivo e as declarações dos interessados, a cartorária suscitou a dúvida.

Autuado o feito, foi aberta vista ao Ministério Público, que opinou favoravelmente ao registro pretendido (fls. 11-13).

Em seguida, o Juízo determinou a realização de exame de DNA (fls. 15), tendo então os interessados peticionado para elucidar que, em verdade, além do útero cedido, a criança era fruto de inseminação heteróloga, com a utilização de óvulo de doadora anônima (fls. 16-32).

Diante da discrepância verificada, revogou-se o despacho anterior e determinou-se a oitiva dos interessados (fls. 34 e 36-38).

Ato contínuo, o Dr. Promotor manteve o posicionamento esposado (fls. 40).

Juntada a certidão de casamento (fls. 44-52), vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

DECIDO.

O caso em exame revela-se complexo porquanto alberga, concomitantemente, dois fatores ligados à inseminação artificial: a "cessão de útero" e a inseminação artificial heteróloga em relação ao gameta feminino.

Embora avançado, nosso Código Civil tratou de modo parcial a tormentosa questão, no art. 1.597, classificando-a como uma presunção legal :

**"Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:**

**I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;**

**II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;**

**III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;**

**IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;**

**V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.**" (Grifei).

Preliminarmente, resalto as palavras de Sílvio de Salvo Venosa (*in Direito Civil*, 6ª ed., p. 240):

**"Advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microssistema. Com esses dispositivos na lei passamos a ter, na realidade, mais dúvidas do que soluções, porque a problemática ficou absolutamente capenga, sem a ordenação devida, não só quanto às possibilidades de o casal optar pela fertilização assistida, como pelas consequências dessa filiação no direito hereditário. É urgente que tenhamos toda essa matéria regulada por diploma legal específico. Relegar temas tão importantes aos tribunais acarreta desnecessária instabilidade social."**

E prossegue o eminente magistrado (o.c., p. 243):

**"A ciência já avançou muito em matéria de fertilização assistida, em prol dos casais que padecem de infertilidade. [...]. Entende-se inseminação como forma de fecundação artificial, pela qual se dá a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais. Vários são os métodos científicos para essa finalidade cujo estudo pertence à ciência biomédica. [...]. No Brasil, são utilizados todos os métodos proporcionados pela ciência biomédica internacional. Toda essa nova problemática levanta questões de ordem ética e moral que devem ser repensadas. Esse, talvez, o desafio mais crucial."**

Subjacente à questão, remanesce a princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por isso importante repisar a lição do jurista alemão Michael Klopfer, na obra *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional* (org.: Ingo Wolfgang Sarlet, ed. 2005, p. 161):

**"Nessa declaração de que a cada homem também pertence a sua dignidade, revela-se a relação constitutiva entre vida e dignidade da pessoa humana. Ela leva, no mínimo, para efeitos de início da proteção constitucional, a um exato paralelo entre ambos os bens jurídicos jusfundamentais. Da mesma forma que a proteção jusfundamental da vida, também a proteção da dignidade da pessoa humana inicia, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, não apenas com o nascimento, e sim, em todo o caso, com a instalação do óvulo fecundado no útero, a nidada. [...]. Na segunda decisão sobre o aborto, o Tribunal decidiu, com base no § 10, inc. 1, primeira parte, do Direito Geral do Estado Prussiano, que a dignidade da pessoa humana já tocara à vida humana ainda não concebida, e não apenas à vida humana após o nascimento, ou com a personalidade desenvolvida. De qualquer forma, tratar-se-ia, da nidada ao início do nascimento, de uma vida individualizada no processo de crescimento e desenvolvimento, não apenas para o ser humano, mas como ser humano. Assim, com vistas à inseminação artificial, até poderia ser recomendado antecipar o momento do início da proteção já para a fusão do óvulo com o espermatozóide."**

Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, na obra *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (org.: Ingo Wolfgang Sarlet, 2ª ed., p. 104-105), concluem:

**"É necessário que o conteúdo da ação dos operadores jurídicos atenda, efetivamente, às necessidades que emanam da dignidade da pessoa. E as relações passíveis de disciplina pelo Direito Civil constituem seara fértil para uma práxis jurídica ética e emancipatória.**

**Os direitos fundamentais não são tutelados apenas por conta de sua positivação constitucional: se assim fosse, o lugar da codificação estaria sendo ocupado por outro Código, mais amplo, consubstanciado na Constituição. O direito é instrumento para uma racionalidade que o antecede: a que enfatiza a necessidade de servir à produção e à reprodução da vida e a dignidade. Antecede o jurídico uma dimensão ética, a ele indissociável, que lhe dá fundamento."** (Grifos não constantes do original).

Sob tais primas, será analisada a complexidade da questão posta.

Primeiro, há o caso da "cessão de útero", conforme o termo de fls. 32, que foi realizada de modo altruístico e gratuito pela irmã do interessado, este titular do gameta masculino. A respeito, Venosa escreveu (o.c., p. 248):

**"É como conclui, por exemplo, Francisco Vieira Lima Neto, para quem o pacto de gestação não fere a moral e os bons costumes quando é feito de forma gratuita e para solucionar problemas de infertilidade da mulher ( In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito*, 2001:140). Acrescenta ainda o autor que o Código de Ética Médica passou a admitir a prática desde que os participantes estejam esclarecidos."**

E assevera (o.c., p. 248):

**"Quanto à maternidade, deve ser considerada mãe aquela que teve o óvulo fecundado, não se admitindo outra solução, uma vez que o estado de família é irrenunciável e não admite transação."**

Desse modo, dúvidas inexistem quanto a ser excluída a Sra. K (cedente do útero) da maternidade da criança, a despeito da declaração de nascido vivo trazidas aos autos (fls. 04), circunstância que resta plenamente aclarada pelo teor da escritura pública de declaração que aquela senhora fez (fls. 06): "sempre teve ciência de que os pais biológicos e de direito da criança gerada temporariamente em seu útero seriam, e são, X, seu irmão, e sua esposa, Silvia Y, e de que ela não teria, nem tem, nenhum direito relativo à maternidade desta criança."

Em segundo lugar, com vistas à determinação da paternidade e maternidade da criança gerada pela fecundação artificial, nada obstante tenham afirmado perante a Oficiala do Tabelionato do Registro Civil que eram os pais biológicos (fls. 02), e, assim sendo o exame de DNA viria a indicar este fato (fls. 15), posteriormente os interessados informaram que o sêmen era do marido, mas o óvulo fora obtido por doação anônima (fls. 16-26). Com efeito, é o que se lê do "termo de consentimento para inseminação com óvulos doados" de fls. 28-30, no qual consta:

"Eu, (marido) X, consinto em aceitar a paternidade da(s) criança(s) nascida(s) deste procedimento;

Em consentimento com os termos citados, eu Y, como esposa, aceito e concordo que:

a) A(s) criança(s) concebida(s) ou nascida(s) deste método é (são) reconhecidamente de minha responsabilidade, psíquica e legal.

b) A(s) criança(s) concebida(s) ou nascida(s) deste método, será (serão) sempre reconhecida(s) por nós, X e Y, em todos os aspectos, incluindo distribuição de propriedades e bens, como sendo 'nascida do meu corpo', com todos os direitos inerentes a esta situação."

Atente-se, ademais, ao projeto preliminar da União Européia sobre o assunto, aludido por Venosa (o.c., p. 244):

**"nenhuma relação de filiação poderá se estabelecer entre os doadores de gametas e o filho concebido como resultado da procriação. Nenhum procedimento por iniciativa do filho poderá ser dirigido contra um doador ou por este contra um filho".**

Para solucionar o caso, como já afirmado de início, deve-se aplicar o disposto no art. 1.597, inc. V:

**"Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:**

[...];

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

Verifica-se, todavia, que a norma de regência dispôs somente em relação à paternidade relativa à inseminação heteróloga, ou seja, aquela em que um dos gametas não pertence ao casal.

Porém, a solução está na Constituição Federal, com arrimo no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e na igualdade perante a lei do art. 5º, I:

**"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:**

**I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;"**

Nesse eito, tão só a interpretação analógica do inciso V, do art. 1.597, do Código Civil, poderá solver a tormentosa questão.

Convém, então, transcrever os ensinamentos de Carlos Maximiliano sobre o método analógico (*in* Hermenêutica e Aplicação do Direito, 12ª ed., p. 208-209:

**"A analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante.**

[...].

**A impossibilidade de enquadrar em um complexo de preceitos rígidos todas as mutações da vida prática decorre também do fato de poderem sobrevir, em qualquer tempo, invenções e institutos não sonhados sequer pelo legislador.**

**Coincidem a ordem jurídica e a vida do homem em comunidade; por isso, toda legislação, graças à unidade do objetivo, que é disciplinar a utilidade social, e à unidade da idéia fundamental, que é assegurar a justiça, constitui um organismo com forças latentes de adaptação e expansão, encerra o germe de uma série de normas não**

expressas, porém vivazes e implícitas no sistema. O mesmo princípio contido numa regra legal é logicamente estendido a outras hipóteses não previstas. Deste modo o Direito Positivo regula, ora direta, ora indiretamente, todas as relações sociais presentes e futuras, visadas, ou não, pelos elaboradores dos Códigos. O elemento supletório de maior valor é a analogia, que desenvolve o espírito das disposições existentes e o aplica a relações semelhantes na essência.

[...].

Existe um dispositivo legal; surge uma dúvida não resolvida diretamente pelo texto explícito; decide o juiz orientado pela presunção de que o desenvolvimento de um preceito leve a verdadeiros corolários jurídicos, a consequências que tenham moral afinidade com a norma positiva; aplica-se ao caso novo a regra fixada para outro, semelhante àquele.

Os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico. *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*; 'onde se depare razão igual à da lei, ali prevalece a disposição correspondente, da norma referida': era o conceito básico da analogia em Roma. O uso da mesma justifica-se, ainda hoje, porque atribui à hipótese nova os mesmos motivos e o mesmo fim do caso contemplado pela norma existente.

Descoberta a razão íntima, fundamental, decisiva de um dispositivo, o processo analógico transporta-lhe o efeito e a sanção a hipóteses não previstas, se nas mesmas se encontram *elementos idênticos* aos que condicionam a regra positiva. Há, portanto, semelhança de casos concretos e identidade de substância jurídica. "

Assim, se o Código Civil aventou somente a hipótese do reconhecimento da paternidade na inseminação heteróloga, por força da igualdade constitucional entre homens e mulheres (art. 5º, I), também deve haver o reconhecimento *a matre*, ou seja, como na hipótese em exame, quando o sêmen é do pai e o óvulo fecundado não pertence a quem quer ser a mãe, desde que manifesta a vontade de ambos nas assunções dos papéis paterno e materno.

Se os homens e mulheres são iguais perante a Constituição para direitos e deveres, logo à esposa deve ser conferido o mesmo direito que tem o marido em relação ao filho, segunda a regra do Código Civil. Só desse modo existirá verdadeira e real igualdade entre os sexos no casamento.

Revela-se valiosa a percuciente doutrina exposta por Arnaldo Rizzardo (Direito de Família, vol. I, 1ª ed., p. 250-252):

**"O filho nasce enquanto perdura o casamento. Há a presunção da paternidade ou da maternidade pelo fato do casamento. Expõe o professor espanhol JAIME VIDAL MARTÍNEZ, quanto à implantação de esperma estranho no útero da mulher, e de gestação com óvulo de outra mulher: 'Si el semen embrión humano transplantado al útero de una mujer, fue el resultado de una FIV, en la que utilizaron gametos procedentes de donantes, tratándose de una mujer casada, también las reglas del Código facilitan la solución mas razonable: Que la paternidad y maternidad legal se atribuyan a personas que están casadas entre sí, que desean tener un hijo.'**

A paternidade ou maternidade passou a fundar-se em nova explicação: o ato preciso da vontade. Na fecundação artificial, não há cópula. Mas este ato biológico é substituído pela vontade precisa de o próprio esperma e o óvulo seja usados para a fecundação de uma determinada mulher, ou para se ter um filho dela.

O vínculo da legitimidade ao filho repousa no consentimento expresso dos cônjuges. É o que se denomina de 'vontade procracional' (*sic*), ou a prevalência do vínculo de paternidade ou maternidade repousa em razões de ordem espiritual. Predomina a vontade das partes, como aventa CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA: 'Esta a fundamental diretriz que deve o direito adotar diante de tão novo problema jurídico: o prestígio da vontade das partes. Seria razoável supor que, por exemplo, o doador e pai biológico, consciente de sua doação impessoal, pudesse reclamar futuramente a paternidade do filho? Eis por que é recomendável que o direito tome partido, isto é, que fixe claramente sua diretriz positiva.'

A tanto chega esta forma de se adquirir a paternidade ou maternidade, que se deixa em segundo plano o elemento biológico. Se é considerado pai aquele que reconhece como filho uma pessoa que não é obra sua; e da mesma forma o marido que não quer impugnar a paternidade do filho a ele atribuído, inobstante a segurança de sua incapacidade de procriação, como dar menor importância ao ato de vontade de uma pessoa que consente na inseminação do óvulo de sua esposa com o sêmen de terceiro?

Observa FRANCISCO HERNÁNDEZ RIVERO, citado pelo mestre argentino MIGUEL ÁNGEL SOTO LAMADRID: 'Sin embargo hoy existe una nueva realidad; es posible la prociación sin necesidad de relación sexual alguna, y sin que las personas que desean asumir la paternidad hayan aportado el material genético. Ésta no es la filiación que conocíamos. No obstante, el acto de decidir que el niño naciera y el deseo de asumir la responsabilidad afectiva y material de la filiación, puede ser más noble que muchos nascimientos productos de un proceso natural, particularmente los no deseados o los resultantes de un atropello criminal.'

De modo que o filho nascido de inseminação heteróloga, ou mesmo o que se desenvolve em útero de outra mulher, deve ser considerado matrimonial. Desde, evidentemente, que desejado e expressa a vontade do marido, se outro homem fornecer o sêmen. [...].

Mas, havendo concordância, a paternidade e a maternidade apoiam-se na vontade de assumir a função de pai e de mãe, exteriorizada na conformidade com o emprego do procedimento fecundante." (Grifos não constantes do original).

Portanto, tendo-se em conta que os interessados são casados (certidão de fls. 44-52) e que, em juízo (fls. 37-38), expressamente manifestaram a intenção de assumir as funções de pai e mãe da infante ("vontade procriante") diante da inseminação artificial havia, por aplicação analógica do art. 1.597, V, do CC, é de ser reconhecida a paternidade e a maternidade almejadas.

Ante o exposto, julgo o presente para dirimir a dúvida suscitada e determinar à Oficiala do Tabelionato do Registro Civil que registre A como filha de X e Y, para todos os fins legais, passando a criança a chamar-se *AXY*.

Sem custas.

P. R. I.

Florianópolis, 09 de agosto de 2010.

***Gerson Cherem II***

Juiz de Direito