

Vistos, etc.

I – Relatório.

D. K. e J. C. ingressaram com ação declaratória de dupla paternidade, alegando que: a) os autores convivem em união estável desde 16/02/2011, conforme escritura pública; b) devido ao desejo mútuo de ter filhos, procuraram uma clínica de fertilização, a qual sugeriu a participação do casal – na companhia de [REDACTED], irmã de [REDACTED] – em um programa de inseminação artificial; c) D. e M. se submeteram ao ciclo de reprodução assistida de baixa complexidade (intra uterina), culminando na concepção de um embrião, em 28/10/2012; d) a gestante renunciou, por meio de escritura pública, ao seu poder familiar em relação ao nascituro. Ao final, requereram a procedência dos pedidos iniciais para reconhecer a dupla paternidade dos autores em relação ao nascituro. Além disso, fizeram os demais pedidos de praxe.

No despacho inicial (f. 69), a gestante foi incluída no polo passivo da demanda, sendo determinada a sua citação. Ademais, foi nomeada a Defensoria Pública Estadual, na pessoa da Defensora L. D., como curadora especial do nascituro. Ainda, foi determinada a elaboração de estudo psicológico.

M. ofereceu resposta (fls. 71/73), reconhecendo a procedência do pedido inicial.

Em seguida, o Representante Ministerial apresentou parecer (fls. 80/83), defendendo a incompetência absoluta deste juízo. Ao despacho de f. 86, foi salientado que a matéria seria enfrentada após a conclusão do estudo psicológico. Irresignado, o Ministério Público interpôs agravo de instrumento (fls. 94/107). No AI n. 2013.058439-3, o Relator negou seguimento ao recurso, por meio de decisão monocrática (fls. 111/112).

O laudo psicológico foi acostado às fls. 113/117, do qual os autores, a curadora especial e o Ministério Público se manifestaram (fls. 127/130, 120/126 e 145). Derradeiramente, os autores informaram o nascimento da criança, o nome que deverá constar na certidão de nascimento e o nome dos avós paternos; bem como que a menina ainda não possui certidão de nascimento (f. 147).

É o relatório.

II – Fundamentação.

Inicialmente, observa-se a existência de questão processual pendente. Ao longo de toda a marcha processual, o Ministério Público defendeu a incompetência deste juízo para processar e julgar o presente feito, sob o argumento de que M. e D. são os pais biológicos da criança, logo, para constar apenas os nomes dos autores no registro de nascimento dessa seria indispensável que a questão seja dirimida em processo legal de adoção unilateral, observado o juízo competente, ou seja, a Vara da Infância e Juventude desta comarca.

Em que pesem os argumentos despendidos, a questão da incompetência deste juízo não deve ser acolhida. No caso *sub judice*, não há que se falar em adoção, tampouco em competência da Vara da Infância e Juventude, uma vez que a gestante não dispõe de poder familiar em relação à menina. M. não é mãe de S., apenas a gestou, em substituição aos autores, os quais são impossibilitados fisicamente para tanto. Importante ressaltar que a gestação por substituição em nada se confunde com a "barriga de aluguel". Esta é vedada pelo ordenamento jurídico, ao passo que aquela é admitida, sendo disciplinada por meio de da Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina. De acordo com o

referido instrumento, mostra-se viável a cessão temporária do útero, sem fins lucrativos, desde que a cedente seja parente consanguínea até quarto grau de um dos parceiros. Ademais, faz-se necessário ser firmado termo de consentimento assinado entre os envolvidos, além de contrato, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança e a garantia do registro civil desta pelos pacientes.

Acerca do tema, Maria Berenice Dias leciona que *a possibilidade de uso de útero alheio elimina a presunção mater semper certa est, que é determinada pela gravidez e pelo parto. Em consequência, também cai por terra a presunção pater est, ou seja, que o pai é o marido da mãe. Assim, quem dá a luz não é mãe biológica e, como o filho não tem sua carga biológica, vista da hipótese cada vez menos rara da maternidade por substituição, o que se pode afirmar é que a gestatriz é sempre certa* (in Manual de direito das famílias, f. 371).

In casu, vislumbra-se que os envolvidos se submeteram a uma fecundação artificial heteróloga, na qual os gametas de D. e de M. foram fertilizados via intra uterina. Tradicionalmente, em se tratando de fecundação heteróloga, o doador do gameta, seja masculino ou feminino, é anônimo, ou seja, há a manutenção do sigilo sobre sua identidade. No caso em apreço, contudo, tal formalidade não foi respeitada, uma vez que M., além de gestar a criança, também forneceu seu gameta. Independentemente dessa inobservância, Rolf Madaleno ensina que: *existem duas modalidades de mães em substituição, ou de útero de substituição, sendo uma delas considerada mãe portadora, por que apenas empresta seu útero, recepcionando os embriões do casal doador e solicitante do empréstimo do útero, ou recepcionando o óvulo de uma doadora anônima na chamada ovodoação, e a mãe de substituição, que não só empresta o útero como também pode ceder seus óvulos, sendo inseminada com o espermatozóide do marido da mulher infértil, assumindo o compromisso de dar à luz à criança e entregá-la ao casal que assumirá a filiação, renunciando a mãe genética e gestante aos direitos maternos. Nessa hipótese em que a própria mãe de aluguel aporta o óvulo, conclui Maria Carcaba Fernandez, ocorre uma clara situação de inseminação artificial heteróloga com doador conhecido. A cessão de material genético pode derivar tanto do homem como da mulher, e de acordo com Enrique Varsi Rospigliosi, seu fundamento na igualdade e na liberdade que as pessoas têm de procriar e de fundar uma família* (in Curso de direito de família, fls. 533/534). Assim, M. deve ser vista como gestora em substituição e o fato da doadora do óvulo ser conhecida em nada altera os contornos e consequências da inseminação heteróloga. Ademais, o acervo probatório revela enfaticamente o desejo exclusivo da doadora (direito natural) de apenas auxiliar D. e J., seu irmão, a realizarem o seu sonho de serem pais. Ora, em nenhum momento M. teve qualquer dúvida a respeito do seu papel no projeto parental elaborado pelos autores, para que estes tivessem o seu filho. Aliás, o documento 39/42 não deixa dúvidas quanto a isso. Não obstante, o laudo elaborado pela Psicóloga Judicial também revela que M. não se identifica como a mãe da criança (fls. 113/117). Além disso, ainda que seja a mãe gestacional quem recebe a declaração de nascido vivo (f. 76), tal documento, por si só, não lhe atribui poder familiar, tampouco o direito de figurar no registro de nascimento da criança, sob pena de ser afrontado os direitos dos que elaboraram o projeto parental – reais detentores do poder familiar –, afora do direito à própria identidade da infante.

Portanto, considerando que M. não detém poder familiar em relação a S., afigura-se desnecessário o manejo de ação de adoção unilateral e, igualmente, declinar a competência para processar e julgar o presente feito à Vara da Infância e Juventude.

Vencida a questão de ordem processual, passa-se à análise do mérito.

Trata-se de ação ordinária, em que os autores almejam serem declarados como genitores da menina S.. Consabido que presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (art. 1.597, V, do Código Civil). Aliás, importante recordar que a fecundação heteróloga gera presunção *juris et jure*, pois não há possibilidade

de a filiação ser impugnada, dada a presunção absoluta de paternidade socioafetiva. Acerca do tema, traz-se à baila o Enunciado n. 570 das Jornadas de Direito Civil:

570. O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga a patre consentida expressamente pelo companheiro representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez.

Do estudo do arcabouço probatório, extrai-se que os autores são companheiros (fls. 26/28). ■■■■ é o pai biológico de ■■■■, bem como que ambos os autores, em especial ■■■■, concordaram tanto com a realização da inseminação artificial heteróloga como com a gestação por substituição (fls. 29/37). O fato do nascimento ter sido resultado de uma fertilização heteróloga e de uma gestação por substituição, em que foram empregados óvulos da gestante e sêmen de D., não repele a pretensão de J. de ter registrado como sua filha a infante S. Ora, revela-se arcaica a ideia de que o reconhecimento da maternidade ou da paternidade provém, exclusivamente, da existência de vínculo biológico. A parentalidade socioafetiva, fruto da liberdade/altruísmo/amor, também deve ser respeitada. O presente caso transborda desse elemento afetivo, uma vez que o nascimento de ■■■■ provém de um projeto parental amplo, idealizado pelo casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga, além do apoio incondicional prestado por M., que se dispôs a contribuir com seu corpo, a fim de realizar exclusivamente o sonho dos autores, despida de qualquer outro interesse.

Em caso similar, colhe-se o seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DEDUZIDO POR CASAL HOMOAFETIVO, QUE CONCEBEU O BEBÊ POR MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. DECISÃO QUE ORDENOU A CITAÇÃO DO LABORATÓRIO RESPONSÁVEL PELA INSEMINAÇÃO E DO DOADOR ANÔNIMO, BEM COMO NOMEOU CURADOR ESPECIAL À INFANTE. DESNECESSÁRIO TUMULTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE OU PRETENSÃO RESISTIDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O STATUS QUE JÁ DESFRUTA DE FILHA DO CASAL AGRAVANTE, PODENDO OSTENTAR O NOME DA FAMÍLIA QUE LHE CONCEBEU. (TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70052132370, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013).

Assim, observado o princípio do interesse superior da criança, impõe-se conferir a dupla paternidade e suprimir qualquer identificação acerca da gestante no registro de nascimento de S., a fim de adequar a situação jurídica da infante à realidade vivenciada e planejada com o objetivo de constituir família, cujos vínculos nascem na socioafetividade.

III – Dispositivo.

Ante o exposto, julgo procedentes os pedidos iniciais para declarar os autores, D. K. e J. C. como pais da menina S. A. C. K, nascida em 08.08.2013, às 17:45 horas, sexo feminino, tendo como avós paternos B. F. K. e T. V. K., além de M. E. C. e B. B. C. C. O registro de nascimento deverá manter em branco os campos relativos aos dados da genitora, uma vez que a concepção foi decorrente inseminação artificial heteróloga e a gestação por substituição.

Expeça-se mandado ao Cartório de Registro Civil competente, para a confecção do registro de nascimento da criança, com cópia de fl. 76, sendo observado o sigilo quanto aos documentos.

Custas, se houverem, pelos autores. Dadas as peculiaridades do caso em apreço, deixo de arbitrar honorários advocatícios.

Por fim, reputo solvido o mérito da lide, nos termos do art. 269, I, do CPC. Após o trânsito em julgado, archive-se.

P. R. I.

Florianópolis (SC), 30 de julho de 2014.

Luiz Cláudio Broering
Juiz de Direito