

A FILIAÇÃO EM FACE DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO. O QUE DEFINE A PARENTALIDADE QUANDO OCORRE A INSEMINAÇÃO HETERÓLOGA?

Ana Carolina Pedrosa Massaro¹

Resumo: O escopo do artigo em voga foi analisar a filiação advinda da gestação por substituição e seus aspectos jurídicos. O tema é atual e relevante, pois se dedica a apreciar a evolução da ciência genética e as lacunas legais deixadas no cenário jurídico mundial, seja porque muitos Estados simplesmente se negam a aceitar as práticas reprodutivas a partir da utilização de um útero solidário, seja porque a grande maioria dos Estados que permitem tais técnicas, não legislaram a respeito do tema. Nestes termos, há premente necessidade de se repensar a própria definição da filiação que surge por meio da utilização da maternidade sub-rogada. O que se pretende, pois, com este trabalho é viabilizar meios de se compreender quem de fato são a mãe e o pai desta criança e os aspectos determinantes e definidores desta forma de parentesco.

Palavras-Chave: Gestação sub-rogada; filiação; projeto parental e vontade procriacional.

¹ Doutorado em curso pela Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - Argentina, na área de Direito Civil. Especialista em Direito Processual Civil, pela FAAP Fundação Armando Alves Penteadado, em 2010. Pós-graduanda em Direito do Agronegócio, pela UNIARA. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca, em 2006. Realizou curso de extensão universitária na Universidade de Cambridge, na Inglaterra, em 2013. Participação em inúmeros eventos e palestras jurídicas no Brasil e no exterior. É autora e coautora de livros e artigos jurídicos publicados no Brasil, na Argentina e na Itália. Atualmente, é advogada e sócia do escritório Marcussi, Jamel & Massaro Advogados, em Ribeirão Preto/SP.

Abstract: The scope of the article in vogue was to analyze the acquired filiation of pregnancy by substitution and its legal aspects. The topic is current and relevant, as it delves to appreciate the evolution of genetic science and legal gaps left in world legal scenario, it is because many states simply refuse to accept the reproductive practices from the use of a supportive uterus, either because the vast majority of states that allow such techniques, not legislated on the subject. Accordingly, there is urgent need to rethink the very definition of belonging that comes through the use of surrogate motherhood. The aim, therefore, with this work is to enable media to understand who actually mother and father of this child and determine and define aspects of this form of kinship are.

Keywords: Gestational surrogate; filiation; parental project and will procriacional

INTRODUÇÃO



sociedade moderna presenciou, especialmente nas últimas décadas, a um inimaginável avanço biotecnológico. Referido progresso científico permitiu a efetiva interferência do homem no campo da genética e da medicina reprodutiva, viabilizando com que a procriação artificial fosse alcançada em laboratório, preterindo inclusive a necessidade de que houvesse coito entre um homem e uma mulher para que ocorresse a gestação.

Casais que antes não podiam sequer cogitar a possibilidade de terem filhos, seja por infertilidade ou por infecundidade, agora encomendam bebês em clínicas internacionais, que por vezes são gerados por mulheres que têm nacionalidades distintas dos casais solicitantes e dos eventuais doadores de material genético.

Da mesma forma, casais homossexuais ou pessoas sozinhas vislumbraram nas técnicas de reprodução humana medicamente assistida a possibilidade de finalmente realizarem o projeto parental que acalentaram caladas e, em um passado não muito distante, furtivamente, pois o Direito se negava a reconhecer como famílias as uniões homoafetivas ou os núcleos monoparentais, que estavam juridicamente fadados à exclusão.

Ocorre que não há mais como negar a existência destas novas famílias, plurais por excelência, compostas e recompostas à medida que, gradativamente, a busca pela felicidade veio se tornando um valor jurídico mais relevante que o enquadramento das relações afetivas neste ou naquele modelo padrão, socialmente aceito e imposto.

Está-se, pois, diante de uma nova sociedade que, como tal, anseia por uma resposta rápida e eficaz do Ordenamento Jurídico para as vicissitudes advindas das atuais formas de ser família.

É neste contexto que se percebe o impacto gerado pela procriação humana artificial no cenário jurídico mundial. Não há definições claras dos Tribunais nacionais e internacionais quanto à forma de se aplicar a lei ao caso concreto, especialmente porque muitos países simplesmente optam por não legislar a este respeito, na ilusória e desarrazoada pretensão de que a omissão legal faça com que o conflito acerca da matéria desapareça.

É premente a necessidade de enfrentamento do tema: a reprodução humana medicamente assistida é uma revolução biológica, ética e social, e por afetar diretamente a forma como os seres humanos se relacionam, principalmente o núcleo familiar que se valeu de tais técnicas, esta procriação artificial revolucionou também o Direito, fazendo com que seus operadores sejam compelidos a redefinirem conceitos e criarem mecanismos de proteção aos indivíduos envolvidos.

Com efeito, as técnicas de fertilização artificial fizeram

com que a maternidade, a paternidade e a filiação fossem repensadas, pois o fator biológico não é mais determinante para a definição da realidade fática. Isso ocorre porque uma mulher casada pode gerar um filho com material genético de um doador diferente do seu marido; pode ocorrer ainda que uma gestante empreste seu útero para gestar um bebê em favor de um casal heterossexual infecundo ou de um casal homoafetivo composto por 2 (dois) homens.

No presente trabalho, optou-se por abordar apenas os conflitos jurídicos criados pela gestação por substituição alcançada a partir da inseminação heteróloga, ou seja, aquela fertilização realizada com material genético de ao menos um doador anônimo, sendo que o embrião será implantado e gestado no útero de uma mulher estranha ao casal solicitante.

Pretende-se, pois, demonstrar que a paternidade e a maternidade passaram a se desvincular da questão meramente biológica e ganharam contornos muito mais complexos e delicados, a exigirem uma maior atenção do Estado.

Muitos estudiosos de renome defendem a tese de que a filiação decorrente da gestação por substituição se perfaz na modalidade jurisprudencial e doutrinariamente reconhecida como *filiação por socioafetividade*. Ocorre que, conforme será delineado nos capítulos abaixo, tal enquadramento é, a nosso ver, insuficiente e de veras amplo demais para definir uma situação tão específica e intrincada. Isso ocorre porque, como será minuciosamente explicitado no decorrer deste trabalho, a parentalidade existente nestas relações é anterior ao nascimento da criança, identificando-se antes mesmo do surgimento do embrião, pela simples vontade procriacional, que é o fator determinante desta forma de parentesco, independentemente de haver ou não afeto após a implantação do embrião no útero solidário.

Neste contexto, cabe aos Poderes Legislativo e Judiciário aperceberem-se das sutilezas existentes nesta nova forma de

filiação, o que a define como uma figura nova no Direito, a merecer que lhe seja dada uma conceituação original, específica e impassível de dúvidas, trazendo a responsabilidade parental, o melhor interesse do menor e o projeto familiar para primeiro plano no cenário jurídico.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS FAMÍLIAS E DA FILIAÇÃO.

A família, ao longo da História da humanidade, passou por uma profunda transformação. Esse processo evolutivo inseriu inúmeras situações na seara jurídica, sendo motivo de redefinição do próprio núcleo familiar. Faz-se, pois, necessário percorrer alguns períodos históricos para que se possa compreender a evolução da família e da filiação. Por meio de tal trajetória é possível demonstrar o progresso conceitual e a modificação do modelo de família desde os primórdios até a atualidade.

Pois bem. Nas sociedades antigas, nem mesmo o critério biológico era preponderante para a formação de família, uma vez que os elos familiares envolviam, muitas vezes, escravos e pessoas que não possuíam qualquer vínculo consanguíneo. Neste sentido, “historiadores do direito romano, de modo muito justo, têm notado que nem o nascimento, nem o afeto foram fundamento da família romana.”²

Os laços que mantinham uma família eram preponderantemente religiosos:

O que uniu os membros da família antiga foi algo mais poderoso do que o nascimento, o sentimento ou a força física: esse poder se encontra na religião do lar e na dos antepassados. A religião fez com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida. A família antiga é desse modo mais uma associação religiosa do que uma associação da natureza³.

² COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. *Ob. cit.*, p. 31

³ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. *Ob. cit.*, p. 31

Nestes termos, “o critério predominante na determinação do parentesco não era, portanto, a consangüinidade, mas a sujeição ao mesmo culto, a adoração aos mesmos deuses-lares, a submissão ao mesmo *pater famílias*. Dessa feita, a família ou *gens* era um grupo mais ou menos numeroso subordinado a um chefe único: o *pater famílias*, cujo poder ilimitado era concedido pela religião.”⁴

Tanto é verdade que na família romana, por exemplo, havia vasto poder concentrado na figura do *pater famílias*, que gozava de hierarquia e autoridade perante os demais integrantes.

Imperioso enfatizar também que, na idade antiga, o casamento era contratado apenas para perpetuar a espécie, pelo que, caso a mulher não engravidasse em tempo hábil, era permitida a anulação do casamento por culpa desta. No mesmo sentido é o entendimento de Fustel de Coulanges⁵:

Tendo sido o casamento contratado apenas para perpetuar a família, parece justo que pudesse anular-se no caso de esterilidade da mulher. O divórcio, para este caso, foi sempre, entre os antigos, um direito; é mesmo possível que tenha sido até obrigação. Na Índia, a religião prescrevia que “a mulher estéril fosse substituída ao fim de oito anos”. Nenhum texto formal nos prova ter sido este mesmo dever obrigatório, igualmente na Grécia e em Roma. Todavia, Heródoto cita-nos dois reis de Espanha que foram obrigados a repudiar as suas mulheres porque estas se mostravam estéreis.

Nestes termos, na Roma antiga, a mulher, além de ser propriedade do marido, era obrigada por lei a dar-lhe filhos, sob pena de ser anulado o casamento em razão de sua esterilidade.

Outra prática comum entre os romanos era entregar a esposa ao irmão ou parente mais próximo para fecunda-la, quando o marido fosse estéril, sendo que o fruto desta relação era

⁴ NOGUEIRA, Jenny Magnani. *A Instituição da Família em A Cidade Antiga*. Op. cit., p.102-103

⁵ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Ob. cit., p. 47.

tido por filho do marido. Tal situação também era observada pelos antigos hindus, atenienses e espartanos.

Da mesma forma, na Idade Média, o aspecto religioso manteve importância central nos relacionamentos familiares, com a forte presença da Igreja disseminando seus dogmas com naturalidade entre as gentes. A noção de família envolvia diversas pessoas que viviam sob a tutela do “senhor”, incluindo mulher, crianças, escravos e servidores. Relevante ponderar que tanto no sistema feudal, quanto nas tribos, os filhos eram imprescindíveis para a economia doméstica, já que representavam mão-de-obra, sendo, portanto, de suma importância tê-los.

O próprio casamento era tido como uma instituição religiosa, regrado e tutelado pelas leis da Igreja, de modo que restava claro o respeito precípuo às orientações sacras. Também preponderavam interesses econômicos, patrimoniais e sociais, os quais balizavam as decisões acerca das conveniências das uniões matrimoniais e, de certo modo, refletiam sob a concepção de família de então.

Assim, “a análise iconográfica leva-nos a concluir que o sentimento da família era desconhecido da Idade Média e nasceu nos séculos XV-XVI, para se exprimir com um vigor definitivo no século XVII.”⁶

Pois bem. Até o século XVII era improvável imaginar o respeito a uma esfera pessoal sentimental, pois tanto a mentalidade reitora como as condições de vida até então dificultavam em muito tal aspecto. Apenas quando estas condições se alteraram é que a esfera particular deu sinais de desenvolvimento. Foi a partir do início da Modernidade, mais claramente após o final do século XVIII, que restou possível perceber o nascimento de outra noção de pessoa, com crescente reconhecimento de sua subjetividade e dedicação maior aos sentimentos.

Quanto às relações pessoais, houve a concessão de certa

⁶ ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Trad. Dora Flaksman 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981. p. 210-211

liberdade (se o indivíduo possuía liberdade para contratar, também deveria poder decidir sobre sua vida pessoal), o que viabilizava uma seara propícia ao reconhecimento do afeto.

Para Eduardo de Oliveira Leite, o século XVIII foi precursor nesse aspecto: “A submissão desaparece e, pela primeira vez na história da humanidade, surge um maior espaço ao amor como uma tímida, mas nítida, busca de satisfação pessoal, realização íntima, gerando uma nova concepção do casamento, com espaço mesmo ao prazer”.⁷

Durante o decorrer do século XX, os relacionamentos restaram marcados cada vez mais por interesses subjetivos, pessoais, particulares, com considerável diminuição de outros aspectos ou intenções nestas relações, sejam elas matrimoniais ou filiais.

Em decorrência da crescente liberdade e subjetividade, da percepção do consciente e do inconsciente, aliada a outros fatores econômicos, sociais, políticos e filosóficos, foi possível o surgimento de outras entidades familiares ao lado da “família legítima”, consubstanciadas apenas por vínculos afetivos (como as uniões livres).

Não fosse apenas por isso, os avanços biotecnológicos permitiram com que qualquer casal ou pessoa com problemas de infertilidade ou de alguma forma impossibilitados de gestar, pudessem ter um filho, por meio das técnicas de reprodução humana medicamente assistida.

Relevante observar que no atual estágio em que se encontram as relações familiares, a filiação passou a ser definida e aceita de acordo com a postura empregada por seus autores. Assim, pai e mãe são aqueles que agem de maneira ativa para assegurar a proteção e a sobrevivência do filho, para dar-lhe afeto, dedicar-lhe cuidados e atenção.

Mais do que isso, com o surgimento e afirmação das téc-

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento*. *Op. cit.*, p. 295.

nicas de procriação humana artificial, a figura parental não mais se perfaz pelos vínculos biológicos que possam haver entre pais e filhos, mas sobretudo pelo desejo ardente daquele pai e daquela mãe que planejaram a vinda do filho, tendo ou não contribuído com o material genético para tanto, conforme orienta o doutrinador brasileiro Silva da Cunha Fernandes⁸:

Com o advento das procriações artificiais, todo esse estado de coisas foi alterado, uma vez que a verdade biológica deve ser desconsiderada em proveito da verdade afetiva. Nesse sentido, verdadeira filiação, nos dias atuais, está calcada na intensidade das relações afetivas que unem pais e filhos, independentemente da origem genética destes últimos. A filiação está solidificada na vontade do casal de ter um filho, mesmo que a natureza lhes tenha negado essa possibilidade”

O desejo procriacional foi o que alicerçou este projeto parental e não pode ser comparada, a filiação daí advinda, com nenhuma outra forma pré-existente, já que ela é definida antes mesmo do nascimento do filho, tendo tamanha relevância e força que não pode ser desfeita com o posterior arrependimento de quem concretizou a reprodução artificial e tornou-se pai e mãe pelo desejo de sê-lo.

Desta feita, a realidade fática das famílias em geral ampliou-se sobremaneira, a ponto de haver uma redefinição dos conceitos de paternidade, maternidade e filiação.

A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO E A REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA

A gestação por substituição, também conhecida como útero solidário, maternidade sub-rogada ou, vulgarmente, barrega de aluguel, é uma prática mais antiga do que se possa imaginar. Com efeito, a cessão do útero para satisfação da maternidade de outrem é atividade já relatada nos livros bíblicos. Em

⁸ Silva da Cunha Fernandes. *As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1005. p. 61

Gênesis 16, Sarai, mulher infértil e esposa de Abrão, ofereceu sua serva Agar para que com ela possa ser-lhe dados descendentes: “E disse Sarai a Abrão: Eis que o senhor me tem impedido de gerar, entra, pois, a minha serva; porventura terei filhos dela”⁹.

Mais adiante, em Gênesis 30, Raquel, esposa de Jacó, também se vale da sua serva para atingir a maternidade:

Vendo, Raquel, que não dava filhos a Jacó, teve inveja de sua irmã, e disse a Jacó: Dá-me filhos, se não morro. Então se acendeu a ira de Jacó contra Raquel, e disse: Estou eu no lugar de Deus, que te impediu o fruto de teu ventre? E ela disse: Eis aqui minha serva Bila; coabita com ela, para que dê à luz sobre meus joelhos, e eu assim receba filhos por ela. Assim lhe deu a Bila, sua serva, por mulher; e Jacó a possuiu. E concebeu Bila, e deu a Jacó um filho.¹⁰

Atualmente, o progresso científico possibilitou com que a utilização da maternidade sub-rogada se dê sem que haja coito entre homem e mulher. Assim, os embriões criados em laboratório por meio das técnicas de reprodução humana medicamente assistida são implantados no útero da mãe sub-rogada e esta gesta por nove meses a criança encomendada pelo casal solicitante, entregando-a após o parto.

A gestação por substituição é, pois, a forma prática pela qual será concretizada a técnica de reprodução humana medicamente assistida, podendo se perfazer de 03 (três) diferentes maneiras, segundo a doutrina do professor Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹¹:

(A) A ‘maternidade de substituição’, que envolve o embrião resultante de óvulo e de espermatozoide do casal, com sua implantação no corpo de outra mulher que não aquela que desejou a maternidade e forneceu seu óvulo;

(B) A ‘maternidade de substituição’ que se relaciona ao óvulo e à gravidez da mulher que não quer ser mãe da cri-

⁹ GÊNESIS 16:2, 1995, p. 16

¹⁰ GÊNESIS 30:1-5, 1995, p. 42

¹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil - família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 374.

ança, mas empresta seu corpo gratuitamente para gestar o embrião, e se compromete a entregar a criança ao casal solicitante, sendo que o sêmen utilizado na procriação foi o do marido que resolveu, juntamente com sua esposa, efetivar o projeto parental;

(C) A ‘maternidade de substituição’ que consiste no embrião formado a partir da união do óvulo da própria mulher que engravidou e de espermatozoide de doador, com o compromisso da mulher de entregar a criança ao casal que não contribuiu, por sua vez, com material fecundante.

Vê-se que no primeiro caso ocorreu uma fertilização homóloga, pois o material genético utilizado foi exclusivamente do casal solicitante. Nestes termos, a filiação que se estabelece entre a criança e o casal é a biológica. Não há como negar que estes pais também estão amparados por uma verdade afetiva, pois desejaram e concretização o projeto parental do qual adveio o rebento.

Já no segundo caso, está-se diante de duas realidades distintas, no que se refere ao parentesco. O genitor que cedeu material fecundante para a inseminação é o pai biológico da criança, pelo que estabeleceu-se um parentesco natural, nos termos do artigo 1593, do Código Civil Brasileiro¹². Por outro lado, a mulher que não gestou nem contribuiu com seu óvulo para fecundação, estabelece com a criança um vínculo afetivo, decorrente da vontade procriacional, do desejo ardente de ter este filho e do projeto familiar traçado com seu marido. Este parentesco é enquadrado na doutrina brasileira como sendo civil e de ‘outra origem’, referindo-se à filiação socioafetiva.

Por fim, a terceira forma de materialização da gestação por substituição trazida à baila pelo professor Guilherme Calmon, qual seja, a advinda da inseminação heteróloga em que a totalidade do material fecundante provém de doadores estranhos ao casal solicitante, retrata o parentesco de filiação civil e ‘de outra origem’ (socioafetivo) para ambos os genitores e o

¹² Dessa forma dispõe o art. 1593 do CC. “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou de outra origem”

filho. Neste caso, a verdade afetiva se sobrepõe à biológica e o Direito brasileiro privilegia o parentesco jurídico que nasceu da vontade dos genitores de se tornarem pai e mãe, em detrimento da possível parentalidade que pudesse ser questionada em relação à verdade genética ou sanguínea.

Oportuno destacar que no Brasil, por meio da Resolução nº 2013 de 2013, do CFM, a gestação por substituição somente pode ser efetivada caso a pretensa mãe doe seu material fecundante para a concepção do embrião, ou seja, não é permitida a modalidade em que ocorra uma inseminação heteróloga com a totalidade do material genético doado, mas somente é aceita a doação de esperma.¹³

DOS VÍNCULOS DE FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No Direito Civil brasileiro, pelos ditames do artigo 1593 do Código Civil, a filiação pode se dar pelo parentesco por consanguinidade (natural) ou pelo parentesco de “outra origem” (civil), num processo de adoção: Art. 1593 do CC. “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem”.

Nestes termos, é possível perceber que a gestação por substituição, por si só, é uma prática que desestrutura o conceito de filiação, pois se trata de um procedimento que desvirtua as etapas naturais da procriação, quais sejam, conceber, gerar e se tornar mãe.

Relevante destacar, por oportuno, que a codificação civil brasileira se preocupou em estabelecer uma presunção para a

¹³ Resolução nº 2013/2013 do CFM: “VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a *gestação na doadora genética* ou em caso de união homoafetiva.” G.N

filiação oriunda das concepções por inseminação homóloga, que são aquelas em que o material genético advém exclusivamente do casal pretendente, ocorrendo a inseminação na própria mulher que também formulou e participou do projeto parental. Nestes casos, a lei prevê que o rebento é presumidamente filho do marido.

Da mesma forma, há previsão legal para o caso em que a mulher se submeta à inseminação heteróloga, valendo-se da utilização de espermatozoides de um doador anônimo, desde que tal prática conte com a prévia autorização do marido, que passa a ser o progenitor jurídico do nascituro.

Todavia, não há no Ordenamento Jurídico brasileiro qualquer menção à hipótese da filiação que advém da utilização de um útero por substituição. Este caso se diferencia dos demais, pois se tem a presença de duas mães, uma que cede o seu corpo, temporariamente, para gestar o nascituro, e outra que pretendeu e planejou a procriação, participando ou não com seu material genético.

Relevante observar que no Brasil é permitida a utilização da barriga solidária por um casal de homens homossexuais, pelo que não haverá a figura da mãe, mas sim de dois pais que elaboraram e executaram o projeto parental por meio de uma terceira pessoa, tendo esta última se oferecido voluntariamente para gestar em seu ventre o almejado filho.

Vê-se, pois, que a geração e gestação desta criança são situações distintas daquelas em que há a aplicação das técnicas de reprodução humana assistida entre o casal pretendente, sem a necessidade de se valer do corpo de outrem para se concretizar, sendo esta a razão pela qual tal prática gera constantes indagações de ordem ética, moral e, principalmente sobre como se estabelecer à filiação.

Mais do que isso, cabe ainda lembrar que o Código Civil de 2002¹⁴ ressalta de maneira expressa que todo filho gerado

¹⁴ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

dentro do casamento ou da união estável é presumidamente do casal, tenha havido ou não cópula, o que engloba as técnicas de procriação artificial homólogas e heteróloga.

Neste sentido, o próprio Código Civil, em sendo omissivo quanto à gestação por substituição, faz nítida distinção entre os filhos de um mesmo casal, pois não permite que aqueles filhos gestados no ventre de outra mulher sejam considerados descendentes do casal solicitante, mas sim da gestante e de seu marido ou companheiro, o que é uma inverdade jurídica.

Observa-se, ainda, que a legislação brasileira determina a maternidade pela gestação e pelo parto (Art. 7º da Constituição Federal¹⁵ e Art. 242 Código Penal¹⁶), o que também não é uma realidade quando se depara com a utilização de um útero solidário, que tornará mãe aquela que desejou e planejou o projeto procriacional e não aquela que deu à luz um filho.

Diante de tamanha confusão e da omissão legislativa quanto ao tema, os Tribunais brasileiros se encarregaram de colocar fim ao conflito, utilizando, para tanto, a orientação traçada pela doutrina, no sentido de que a definição da filiação não está adstrita apenas ao fator biológico, mas também, e so-

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.

¹⁵ Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

¹⁶ Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

bretudo, ao aspecto socioafetivo¹⁷, que observa e valora os laços afetivos traçados pela criança ao longo de sua vida.

É possível verificar no cenário jurídico brasileiro a constante aproximação da figura da filiação a uma pluralidade de vínculos, muitas vezes coexistentes, e, não raramente, contraditórios, refletidos sobre um mesmo sujeito, sendo estas relações jurídica e socialmente válidas, aceitas e legítimas. Com efeito, os Tribunais pátrios convalidaram recentemente a possibilidade doutrinária de uma criança ter mais de um pai e de uma mãe, a

¹⁷ “AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE REGISTRO. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja apenas a concentração entre as paternidades jurídicas, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desprezo à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a ‘posse de estado de filho’, que é a exteriorização da condição filia, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o ‘estado de filho afetivo’, que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva e todos os seus consectários.” (TJ/RS, Apelação provida por maioria. Apelação cível n. 70008795775, 7ª Câmara de Direito Privado, Relator José Carlos Teixeira Giorgis, 23 de junho de 2004).

“Ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. – Com fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano.” (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Resp. N. 1.000.356 – SP, Rel. Min. Nancy Andriighi, 3º turma, publ. 07/06/2010.)

chamada multiparentalidade¹⁸, que somente ocorre quando os vínculos afetivos são tão evidentes que não podem se sobrepor uns aos outros, tampouco serem juridicamente ignorados ou excluídos, uma vez que retratam a realidade das novas famílias.

¹⁸ “Partindo da premissa de que a identidade pessoal da criança e do adolescente tem ligação direta com sua identidade no grupo familiar e social, tratada por Tânia da Silva Pereira, entende-se que o estabelecimento de seu estado de filiação e em oposição, a fixação da relação jurídica de paternidade da forma adequada é o modo de garantir-lhe dignidade, respeito, convivência familiar condizente, além de ser o modo devido de coloca-lo a salvo de discriminação. A doutrina reconhece à criança e ao adolescente a titularidade de direitos de personalidade, possibilitando até a indenização por danos morais sempre que estes forem lesionados e deve também, reconhecer o direito à fixação de sua filiação de maneira condizente com seu melhor interesse como forma de proteção.” (Maia, Renato. *Filiação Parental e seus efeitos*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 68-69.)

“EMENTA: MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteadado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido.” (Apelação nº 0006422-26.2011.8.26.0286 – 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP – Des. Rel. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. 14.08.2012)

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. DETERMINAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO ATRAVÉS DO EXAME DE DNA. MANUTENÇÃO DO REGISTRO COM A DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE. TEORIA TRIDIMENSIONAL. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica”. (Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70029363918, Oitava Câmara Cível, Relator: Des. Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em 07/05/2009.)

Para os Tribunais pátrios, associar a filiação à socioafetividade tem parecido ser a melhor forma de enquadrar o parentesco de filiação aos reais interesses do menor, pelo que não são poucos os casos em que os magistrados reconhecem a parentalidade do casal solicitante e não da mulher que gestou o nascituro em favor do projeto parental estabelecido por outrem, baseando-se, para tanto, na socioafetividade¹⁹.

Como exemplo, pode-se observar o quanto relatado em entrevista televisiva pelo juiz da comarca de Santa Helena de Goiás, Marcelo Lopes de Jesus, após determinar a inclusão dos nomes dos pais biológicos nas declarações de nascidos vivos das gêmeas geradas no útero da avó, na cidade de Goiânia, em Goiás: “Biologicamente, as crianças nascidas desse evento são filhas dos autores e netas da doadora do útero, não tendo havido a doação do material genético, mas sim a doação temporária do útero, a gestação de substituição”.

Como a Lei n. 6.015/73, responsável por orientar os Registros Públicos no Brasil, é omissa quanto aos casos de gestação por substituição, é imprescindível que os interessados aci-

¹⁹ DJSP. Diário de Justiça do Estado de São Paulo de 22 de Outubro de 2012. Processo 0050236-30-2012 Pedido de Providências Susana Petersen Schetty e outros Registro Civil das Pessoas Naturais do 30º Subdistrito Ibirapuera - VISTOS. Suzana Petersen Schetty e Luiz Renato Jimenez, qualificados na inicial, buscam tutela judicial desta Corregedoria Permanente, objetivando a obtenção de autorização para a lavratura do assento de nascimento de dois filhos biológicos (gêmeos), concebidos por intermédio de procedimento de fecundação artificial homóloga, com transferência de embriões para o útero de Ana Alzira Jimenes de Souza. Os elementos probatórios coligidos nos autos autorizam a formação de convencimento judicial no sentido de infirmar a presunção das DNVs (fls. 36/37), a exemplo do precedente análogo desta Vara (Processo nº 66/00-RC), impondo-se o reconhecimento de que a Sra. Ana processou a gestação, sem, contudo, contribuir com o componente genético. Todo o procedimento técnico está cabalmente detalhado, destacando-se que as partes envolvidas, de forma unívoca, concordaram expressamente com o pleito aqui, legitimamente, reivindicado pelos pais biológicos. Por conseguinte, autorizo a lavratura dos assentos de nascimento, na forma requerida, reputando desnecessário o exame de DNA. Ciência aos requerentes e ao Sr. Oficial. P.R.I.C. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/41626886/djsp-judicial-1a-instancia-capital-22-10-2012-pg-416>>. Acesso em: 07 abr de 2013.

onem o Poder Judiciário para obterem uma sentença autorizativa do registro do filho em nome do casal solicitante e não da mulher que gestou.

É possível concluir, pois, que não há maiores conflitos nas situações em que os Tribunais pátrios são interpelados apenas para regularizarem e viabilizarem os registros de filhos gestados em úteros de substituição, cuja inseminação se deu de maneira homóloga, uma vez que, havendo a concordância de todos os interessados, o Poder Judiciário não tem outro dever senão reconhecer o vínculo biológico existente entre o casal solicitante e a criança gestada por uma terceira mulher, fazendo com que tal realidade fática gere efeitos no mundo jurídico.

Todavia, o mesmo não ocorre quando a criança gestada por outra mulher não tem vínculos biológicos com o casal solicitante, sendo fruto apenas do projeto parental e do desejo procriacional dos envolvidos. Tal situação é bem mais complexa e coloca em dúvida toda construção jurisprudencial acima traçada.

Houve, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, um caso que merece destaque em razão da relevância de seu desenrolar. Com efeito, no Brasil, por meio da Resolução nº 2013 de 2013, do Conselho Federal de Medicina, a gestação por substituição apenas é permitida se for feita por meio da inseminação homóloga ou quando a inseminação heteróloga se procede tendo necessariamente o aporte de material genética da pretensa mãe que, juntamente com seu marido ou companheiro, idealizou o projeto parental.

Ocorre que no mencionado caso de Santa Catarina, o óvulo utilizado na fertilização que deu origem ao embrião implantado na gestante substituta não era da pretensa mãe, mas de doadora anônima, ou seja, não havia qualquer vínculo biológico entre a pretensa mãe e o nascituro. Na decisão catarinense, o juiz sopesou apenas a vontade procriacional da mulher, baseada em um projeto parental que dispensava qualquer identidade

genética entre ela e o filho gerado no ventre de outra, autorizando o registro do rebento em nome dos pretensos genitores e não da gestante substituta²⁰.

Neste contexto, é possível perceber que a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm se posicionado, a nosso ver equivocadamente, no sentido de enquadrar o vínculo de filiação existente entre o casal solicitante e o nascituro na esfera da socioafetividade. Ocorre que segundo Fábio Ulhoa Coelho,

A filiação sócio-afetiva constitui-se pelo relacionamento entre um adulto e uma criança ou adolescente, que, sob o ponto de vista das relações sociais ou emocionais, em tudo se assemelha à de pai ou mãe e seu filho. Se um homem, mesmo sabendo não ser o genitor de criança ou adolescente, trata-o como se fosse seu filho, torna-se pai dele. Do mesmo modo a mulher se torna mãe daquele de quem cuida como filho durante algum tempo.

Neste sentido, cabe enfatizar que, nas palavras de Leite: “os elementos constitutivos da posse de estado são três: nome, trato e fama (ou reputação), ou seja, que o indivíduo tenha sempre o nome do pai ao qual ele pretende pertencer (nomen); que o pai o tenha tratado como seu filho e tenha contribuído, nesta qualidade, para sua manutenção e seu estabelecimento (tratactus); que tenha sido ele reconhecido, constantemente, como tal, na sociedade e pela família (fama).”²¹

A despeito do entendimento de que o casal solicitante da gestação por substituição está amparado pela verdade afetiva, o que de fato deve ser observado é que os vínculos que unem esta criança aos pretensos pais não dependem de uma longa e duradoura relação em que eles se identifiquem social e notoriamente como sendo pais e filhos, tampouco que haja a utilização de um sobrenome para identificação da criança ou que esta última

²⁰ SANTA CATARINA. Vara de Sucessões. Juiz Ferson Cherem III. 8 de agosto de 2010.

²¹ KANTROWITZ B. in LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1995

tenha sido constantemente tratada como rebento do casal.

Em verdade, na gestação por substituição, a maternidade e a paternidade jurídicas são vínculos estabelecidos muito antes da concepção e do nascimento do filho, baseando-se exclusivamente no desejo do casal de se tornarem pais. Neste sentido, apesar de não ter havido qualquer relação sexual, houve um encontro de vontades, por meio do qual os pretensos pais assumiram e se responsabilizaram por uma filiação, independentemente de contribuírem com seu material fecundante ou com seus órgãos reprodutores para tanto. É por este motivo que a gravidez e o parto são menos relevantes para o Direito do que o projeto parental.

Da mesma forma, a existência ou não de afeto do casal solicitante para com o nascituro, depois de iniciada a gestação, já não tem qualquer relevância para afirmar ou cancelar uma filiação que foi efetivada. Assim, mesmo que o casal solicitante se arrependa de ter implantado o embrião em um útero por substituição e não demonstre mais nenhum afeto pelo filho que está por vir, não se pode jamais negar que houve o estabelecimento de uma filiação, ainda que sem afeto.

Importante sopesar que, no Brasil, nem mesmo a um(a) pai/mãe biológico(a) é dado o direito de interromper uma gravidez por ter se arrependido do ato procriacional, quanto menos àqueles pais que desejaram e concretizaram uma gravidez por substituição, ato que demonstra a procura do casal por efetivar o sonho da parentalidade.

Imaginar possível que se desfaça/cancele uma filiação por terem os pais descoberto que o nascituro tem alguma deficiência, incapacidade ou anomalia, ou ainda porque o casal se divorciou ou um deles veio a falecer e o outro não pretende mais criar um filho, é algo imoral e foge completamente da prática da paternidade/maternidade responsável. Todavia, tal fato pode ocorrer e exige que haja efetiva e específica regulação legal sobre este assunto, a evitar o abandono do nascituro e

da mãe substituta por arrependimento do casal solicitante.

Nos casos em que os pais se desinteressam pelo projeto parental após a implantação do embrião no útero de outra mulher, não se pode exigir desta última a responsabilização por uma criança que ela não desejou ter, mas sim concordou em trazer ao mundo para satisfazer um anseio de terceiros.

Neste sentido, é evidente que os avanços científicos e os desafios próprios da realidade social vêm fazendo com que o conceito de filiação se submeta a significativas transformações, o que por si só contribuiu para a evolução jurídica do próprio Direito de Família, uma vez que se ampliou sobremaneira as formas pelas quais os vínculos parentais se estabelecem. Com efeito, a filiação não está mais restrita à verdade biológica ou à socioafetiva, mas é preciso reconhecer a existência de um terceiro vínculo, que se perfaz pela vontade procriacional e é distinto de todos os anteriores.

Isso ocorre porque a responsabilidade parental, o projeto procriacional e a vontade de ser pai e mãe são os aspectos definidores da filiação advinda da gestação por substituição atingida pela inseminação heteróloga, preterindo, portanto, qualquer vínculo socioafetivo, já que mesmo sem ele, a filiação se mantém.

DA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA DA MATÉRIA

Conforme explicitado acima, não há no ordenamento jurídico pátrio, qualquer legislação que regule a filiação advinda da gestação por substituição obtida por meio de uma inseminação heteróloga.

No momento, o Brasil conta apenas com uma regulamentação do Conselho Federal de Medicina (autarquia federal responsável por fiscalizar as práticas médicas), que trata da matéria da gestação por substituição e das técnicas de reprodução

humana assistida com o intuito de disciplinar e orientar a profissão médica. A Resolução n. 2.013, de 2013, do CFM²² não é uma lei, tampouco traz um conceito para a filiação estabelecida por meio da procriação artificial.

Há, todavia, um forte empenho do Congresso Nacional para legislar sobre a matéria, tendo sido elaborado um projeto de Lei, o de número 90, de 1999, que dispõe em seu art. 19 que:

Art. 19. O doador e a genitora substituta, e seus parentes biológicos, não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Procriação Medi-

²²Resolução n. 2.013, de 2013, do CFM: “VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação desubstituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva. 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos. 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. 3 - Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente: - Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade; - relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero; - descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta; - contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; - os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal; - os riscos inerentes à maternidade; - a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente; - a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério; - a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; - se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro”.

camente Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais.

Na mesma seara, o Enunciado nº 129 da Jornada de Direito Civil, propôs uma nova redação ao artigo 1597, do Código Civil, acrescentando o artigo 1597-A, com os seguintes dizeres:

“A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo Único. Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga.”

Observa-se que tais sugestões legislativas não são suficientes para definirem a filiação advinda da gestação por substituição pela prática da inseminação heteróloga. De início, cabe ressaltar que, mesmo já sendo possível o casamento homoafetivo e a utilização das técnicas de reprodução humana medicamente assistida por estes casais, não há nos artigos acima transcritos qualquer referência à possibilidade de haverem dois pais ou duas mães no estabelecimento da filiação.

Com efeito, o Enunciado nº 129 da Jornada de Direito Civil trata da presunção de uma maternidade, desprezando por completo a hipótese de filiação em que existam apenas dois pais, homens estes que planejaram e colocaram em prática o projeto parental, ou ainda, ignorando que possa haver a maternidade sub-rogada em favor de um casal formado por duas outras mulheres, pelo que não existiriam apenas uma mulher que doou temporariamente o útero e outra que planejou a procriação, mas sim duas outras que em conjunto desejaram a maternidade e se tornaram mães de uma mesma criança.

Não fosse apenas por isso, cabe também salientar que uma pessoa sozinha tem o mesmo direito de se valer das técnicas de reprodução humana assistida para concretizar o sonho de ser pai ou mãe, o que também coloca em dúvida as limitadas e tímidas orientações traçadas acima.

Por oportuno, faz-se imperioso ressaltar que a Resolução 2013 de 2013, do CFM, não proíbe em momento algum a apli-

cação das técnicas de procriação humana artificial em pessoas sozinhas (que não são casadas, nem vivem em união estável com outrem), pelo que tal possibilidade já é visualizada em diversos casos no Brasil.

O que se vê, então, é que este cenário inovador e peculiar exige uma legislação mais específica, clara e direta. É preciso definir o conceito de filiação advinda dos casos em que os pretensos pais se valham da gestação por substituição, esclarecendo que o vínculo jurídico estabelecido entre os genitores e o nascituro é de ordem voluntária e está intimamente ligado à vontade procriacional, pelo que, aderindo à alteração projetada no Enunciado 129 da Jornada de Direito Civil, sugerimos a inclusão do artigo 1597-B ao Código Civil brasileiro, com a seguinte redação:

“Artigo 1597-B. Nos casos de utilização da gestação por substituição, cuja implantação do embrião foi precedida de uma inseminação heteróloga, a filiação será estabelecida em favor das pessoas que planejaram a gestação. Caso a projeto parental tenha sido elaborado e executado por uma pessoa sozinha, somente ela será considerada pai ou mãe do nascituro.”

Para tornar ainda mais específico e impassível de dúvida o conceito da filiação oriunda da gestação por substituição que ocorreu a partir de uma inseminação heteróloga, ousamos alterar também o artigo 1593, do mesmo Código Civil, acrescentando as seguintes modificações:

Artigo 1593. O parentesco é natural, voluntário-procriacional ou civil, conforme resulte de consanguinidade, vontade procriacional ou de outra origem.

Parágrafo único: Em tendo ocorrido a utilização da gestação por substituição com a implantação de embrião obtido por inseminação heteróloga, a filiação decorre do projeto parental e do desejo de ser genitor, sendo inadmissível qualquer tipo de arrependimento posterior ao início da gestação.

Neste contexto, duas simples e tímidas alterações legislativas seriam um grande passo para regulamentação da filiação advinda da gestação por substituição através de uma insemina-

ção heteróloga e, apesar de parecerem inócuas, trariam segurança jurídica e exterminariam inúmeras discussões sobre o assunto, promovendo a pacificação social e garantindo mais estabilidade nos relacionamentos entre pais e filhos advindos de um projeto parental baseado exclusivamente na vontade procriacional.

A FILIAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

As controvérsias quanto à definição da filiação advinda de uma gestação por substituição obtida a partir da inseminação heteróloga são comuns no mundo todo. Com efeito, muitos são os Estados que se negam a aceitar tal técnica de procriação artificial, e muitos dos que permitem, negligenciam a elaboração de uma legislação específica sobre a matéria.

Há, genericamente, 03 tipos de sistemas no mundo todo, quais sejam, (1) aqueles países que permitem a gestação sub-rogada sem qualquer restrição; (2) países que a permitem de forma bastante limitada e rigorosa e (3) Estados que negam veementemente a prática, proibindo-a em seus territórios.

Os adeptos ao primeiro grupo são os Estados Unidos, o Canadá, o Reino Unido, Israel, Grécia, Holanda, Índia e Ucrânia. Dentre eles, alguns possuem legislação específica sobre o tema, outros simplesmente permitem a prática, mas não ousaram legisla-la.

Já no segundo grupo estão o Brasil, a Argentina e a China, países que aceitam a gestação sub-rogada, todavia impõem (ainda que por meio de Resoluções Médicas, como é o caso do Brasil) várias limitações ao uso da técnica de procriação humana artificial.

O último grupo é formado por países que condenam e proíbem toda e qualquer forma de utilização de um útero solidário, tendo por representantes a França e a Alemanha, que vedam a prática, e a Espanha, que vai além e prevê expressa-

mente que a mãe é aquela que dá à luz a um filho, eliminando por completo qualquer pretensão no sentido de se estabelecer uma filiação diferente da biológica.

Imperioso ainda observar que os Estados que permitem a prática da gestação por outrem e que regulamentaram os aspectos jurídicos desta em leis específicas ou em codificações civis, são unânimes em reconhecer que a filiação advinda desta técnica de reprodução humana assistida é definida essencialmente pela vontade procriacional dos solicitantes, ou seja, o consentimento dos comitentes é suficiente para torná-los pai e mãe da criança gestada por outrem.

Interessante notar que estes Estados se preocuparam ainda em deixar claro em suas legislações que os doadores do material genético não são, nem jamais serão, pais do rebento. O mesmo não acontece com a gestante substituta, já que sua maternidade deve, na grande maioria dos países, ser contestada judicialmente pelos comitentes, a fim de se transferir a filiação estabelecida pelo parto.

Outro ponto pacífico entre os Estados que legislaram sobre a filiação advinda das técnicas de reprodução humana assistida é de que o doador de gametas não adquire nenhuma relação jurídico-parental com o nascido e não tem nenhum dever ou direito em relação a esta criança.

É neste contexto de tantos conflitos e anseios que os Estados que ainda não legislaram sobre o tema já vêm se posicionando em entendimentos jurisprudenciais sobre a necessidade de fazê-lo, como é o caso do Paraguai, no acórdão abaixo transcrito:

“o caso em discussão ultrapassa a normativa jurídica existente em nosso país, já que o Paraguai carece ainda de uma legislação que regule a filiação derivada das novas técnicas de reprodução assistidas.(...) É indubitável que nossa legislação deve ser adequada aos tempos que correm, onde existe uma nova forma de filiação *que tem sua fonte* no que a doutrina denominou ‘vontade procriacional’, que não é outra coisa que o *consentimento informado, outorgado na forma li-*

*vre por aquelas pessoas que se submetem às técnicas de reprodução assistida, expressando sua decisão de ser pais com independência do vínculo biológico*²³

Observa-se, pois, que há uma tendência no direito comparado de se buscar uma codificação ou legislação capaz de aclarar e especificar definitivamente a filiação estabelecida a partir da reprodução artificial, primando pelo vínculo de parentesco concretizado a partir do consentimento e da vontade procriacional dos comitentes, em detrimento de qualquer outro vínculo (biológico ou socioafetivo), até mesmo porque todos os outros podem ser substituídos (doadores de gametas e gestantes substitutas, por exemplo), enquanto a vontade de se tornar pai/mãe é a única imprescindível para que a geração e o nascimento do bebê de fato ocorram.

CONCLUSÃO

Como detalhadamente explicitado nas linhas acima, o Direito de Família tem passado por inúmeras transformações, especialmente depois do advento das técnicas de reprodução humana medicamente assistida, que propiciaram uma verdadeira revolução procriacional e jurídica, capaz de redefinir conceitos outrora estáticos, tais como maternidade, paternidade e filiação.

Com efeito, no decorrer do levantamento bibliográfico empreendido neste trabalho acadêmico, pôde-se perceber que mãe não é mais aquela que dá a luz um filho, pai não é mais aquele que aporta o seu material genético e fecunda uma mulher e que filho não é quem traz em seu DNA as características fenotípicas de seus antecedentes.

Neste contexto, se os parentes já não são mais aquelas pessoas que se identificam por uma semelhança genética, qual o elemento caracterizador e definidor dos laços que formam

²³ Apelação julgada pelo Tribunal do Paraguai – D. A. B. s/ impugnação da paternidade. Primeira instância. Sentença publicada em 28 de maio de 2013.

uma família? O que realmente define a filiação? Questões como estas são comuns em uma sociedade transformada pela ciência, pela biotecnologia, enfim, pela revolução procriacional.

É evidente que os avanços científicos e os desafios próprios da realidade social vêm fazendo com que o conceito de filiação se submeta a significativas transformações, o que por si só contribuiu para a evolução jurídica do próprio Direito de Família, uma vez que se ampliou sobremaneira as formas pelas quais os vínculos parentais se estabelecem. Com efeito, a filiação não está mais restrita à verdade biológica ou à socioafetiva, mas é preciso reconhecer a existência de um terceiro vínculo, que se perfaz pela vontade procriacional e é distinto de todos os anteriores.

Neste contexto, não há como negar que o Direito de Família sofreu relevantes transformações em seu núcleo estrutural, pois pai, mãe e filho, figuras tão elementares do projeto parental, já não são mais definidos pelo simples aporte de material genético ou pelo carinho e afeto concretizados ao longo dos tempos, pela convivência familiar.

Deste modo, restou demonstrado neste artigo jurídico que nas gestações por substituição atingidas através de inseminação heteróloga, os comitentes se tornam pais antes mesmo de conviverem muitos anos com os bebês que vão nascer. Eles se tornam pais pelo desejo de tê-lo, por terem buscado a realização do projeto parental, por terem alimentado o sonho da parentalidade e por terem possibilitado – não por uma relação sexual, mas pela junção de suas vontades – que ocorresse uma gravidez e que o filho viesse ao mundo.

Assim sendo, a responsabilidade parental, o projeto procriacional e a vontade de ser pai e mãe são hoje os aspectos fundamentais e definidores da filiação advinda da gestação por substituição atingida pela inseminação heteróloga, preterindo, portanto, qualquer vínculo socioafetivo, já que mesmo sem ele,

a filiação se mantém, sendo inclusive negado aos comitentes o direito de arrependimento depois de implantado o embrião no útero solidário.

Dessa forma, não há como negar a tendência contemporânea da filiação se apresentar sob as mais variadas formas e em seus mais diferentes aspectos, principalmente porque a procriação em si se redefiniu com o surgimento da reprodução humana medicamente assistida.

Assim, a filiação biológica; a jurídica, imposta pela lei (adoção) e a filiação socioafetiva, derivada da convivência, já não são mais suficientes para definirem todas as formas de estabelecimento de vínculo paterno-filial. É preciso lançar mão de um vínculo anterior ao nascimento do filho para explicar aquele parentesco que se define unicamente pela vontade procriacional e não depende de aporte de material genético, nem de afeto duradouro.

Nesse novo contexto jurídico e social, procriar não está mais vinculado à sexualidade. Por esta razão, o vínculo jurídico paterno-filial estabelecido através da inseminação artificial heteróloga deve ser definido pela filiação voluntária-procriacional e não pela filiação socioafetiva, que a nosso ver é insuficiente para conceituar um parentesco que teve origem muito antes da concepção do nascituro.

Ocorre que, concomitantemente com o avanço biotecnológico detalhado neste estudo acadêmico, foi se criando uma enorme lacuna jurídica, pois os ordenamentos mundiais, especialmente o ordenamento jurídico brasileiro, não acompanharam tal progresso e simplesmente têm se omitindo quanto à necessidade de legislarem sobre os aspectos jurídicos da reprodução humana assistida.

Neste diapasão, a relevância deste estudo acadêmico está justamente em alertar sobre os perigos existentes na omissão legislativa sobre o tema, pelo que, sugeriu-se aqui duas simples e tímidas alterações legislativas nos artigos 1593 e 1597 do

Código Civil brasileiro para iniciar a regulamentação da filiação advinda da gestação por substituição através de uma inseminação heteróloga. Vê-se que, apesar de parecerem inócuas, tais alterações legais trariam segurança jurídica e exterminariam inúmeras discussões sobre o assunto, promovendo a pacificação social e garantindo mais estabilidade nos relacionamentos entre pais e filhos advindos de um projeto parental baseado exclusivamente na vontade procriacional.

Espera-se, pois, que os Estados, em especial o brasileiro, conscientizem-se sobre a premência em regulamentar a filiação advinda da gestação por substituição obtida através da inseminação artificial heteróloga, uma vez que esta nova forma de família – em que pais e filhos estabeleceram vínculos indissolúveis de parentesco a partir da implantação do embrião no útero solidário, ou seja, antes mesmo do nascimento do feto – clama por dignidade, por reconhecimento de direitos e por amparo legal.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Laura Dutra de. A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição - principais aspectos nos Direitos Português e Brasileiro. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008, 145 p.

_____. Renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a

- maternidade de substituição - principais aspectos no Direito Português e Brasileiro. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, IBDFAM, Magister, v. 11, ago./set. 2009, p. 93-104.
- ASCENSÃO, José Oliveira. A Lei nº 32/06, sobre a procriação medicamente assistida. Disponível em: <<http://www.apdi.pt/apdi/doutrina/lei%2032-06%20pma.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2010.
- Apelação nº 0006422-26.2011.8.26.0286 – 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP – Des. Rel. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. 14.08.2012.
- Apelação cível n. 70008795775, 7ª Câmara de Direito Privado do TJRS, Relator José Carlos Teixeira Giorgis, 23 de junho de 2004.
- Apelação Cível Nº 70029363918, 8ª Câmara Cível do TJRS, Relator: Des. Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em 07/05/2009.
- Apelação julgada pelo Tribunal do Paraguai – D. A. B. s/ impugnação da paternidade. Primeira instância. Sentença publicada em 28 de maio de 2013.
- ARIÉS, Philippe. História Social da Criança e da Família. Traduzido por Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1978.
- BARBOSA, Águida Arruda. Direito de Família;/ livro didático/ Águida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira: design institucional Carmem Maria Cipriani Pandini, Karla Leonora, Dahse Nunes, Flavia Lumi Matuzzawa – Palhoça: UnisulVirtual, 2005
- BARBOSA, Heloísa Helena. A filiação em face da Inseminação artificial e da fertilização in vitro /Heloísa Helena Barbosa Rio de Janeiro:Renovar,1993.
- BIBLIA SAGRADA. Antigo e Novo Testamento. Traduzida em português segundo a Vulgata Latina pelo Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Vol. 1. Livros do Brasil

- S.A, Rio de Janeiro, 1962.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. [L'età dei Diritti]. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 4ª reimpressão, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992.
- BODIN, Jean. Os Seis Livros da República: Livro Primeiro. Trad. José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011. p. 101
- BRAUNER, Maria Claudia. Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: contribuição para o debate no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>>. Acesso em: 10 out. 2009.
- CABAU, Anne e SERNARCLENS, Myriam. Aspectos psicológicos da infertilidade, Insler e Lunifeld, Ed. Manole, São Paulo, 1988;
- CARELLI, Gabriela. Tudo por um filho. Revista Veja. Ed. Abril, edição 1699, ano 34, maio/2001.
- CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Villela. "Reprodução Assistida. Regulação Possível? Quem controla o quê e como?" Revista do Conselho Federal da Medicina, Abril/2000, p. 8-9.
- COULANGES, Numa Denis Fustel de. A cidade antiga. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/41626886/djsp-judicial-1a-instancia-capital-22-10-2012-pg-416>>. Acesso em: 07 abr de 2013.
- FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 298.
- FACHINI, Luiz Edson (coord.), comentários á Lei nº 8.560/92. Averiguação Oficiosa e investigação de paternidade. Curitiba: Gênese, 1995. In: BRAUNER, Maria Crespo. O direito de família: descobrindo novos caminhos. São Le-

- opoldo: Edição da Autora, 2001.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1996.
- FERNANDES, Tycho Brahe. "A Reprodução Assistida em face da Bioética e do Biodireito: Aspectos do direito de família e do direito das sucessões.", Ed. Diploma Legal: Florianópolis, SC, 2000.
- FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*, Antonio Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991;
- FIÚZA, César. *Direito Civil: curso completo / César Fiúza – 6 ed. Ver. Atual, de acordo com o Código Civil de 2002 – Belo Horizonte, Del Rey, 2003*
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. "Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado." *Revista Brasileira de Direito de Família* nº. 5, abril/maio/junho/2000.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Reprodução assistida heteróloga sob a ótica do Novo Código Civil*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.. 5, n. 19, p. 43, ago-set. 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito de Família*, volume 2/ Carlos Roberto Gonçalves – 10 ed. Atual de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002) – São Paulo: Saraiva, 2005 – (Coleção sinopses jurídicas)
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em evolução*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 8, abr-jun. 1999.
- KANTROWITZ B. in LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. Ed. *Revista dos Tribunais*, SP, 1995.

- LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento. Curitiba: Juruá, 1991.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. "Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.", Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1995.
- LEITE, Gisele. "Clonagem e demais manipulações modernas em face do direito". www.jus.com.br, em 9/5/2002.
- MAIA, Renato. Filiação Parental e seus efeitos. São Paulo: SRS Editora, 2008.
- MEDEIROS, Noé. Lições de Direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997.
- MENDES, Christine Keler de Lima. Mães Substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, IBDFAM, Síntese, n. 0, out./nov. 2007. p. 34-56.
- NOGUEIRA, Jenny Magnani. A Instituição da Família em A Cidade Antiga.
- OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. Reprodução assistida: até onde podemos chegar?: compreendendo a ética e a lei / Deborah Ciocci Alvarez de Oliveira, Edson Borges Jr.- São Paulo: Gaia, 2000.
- OLIVEIRA, Neiva Flávia de. "A Evolução da Pesquisa Genética e o novo conceito de família: Limites Bioéticos." Revista dos Tribunais nº. 777, julho/2000.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 05, jan-fev-mar. 2003.
- PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Problemas Atuais de Bioética. 3ª edição, Editora Loyola, São Paulo, 1991.
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. Partenidade: Aspectos jurídicos

- e técnicos de inseminação artificial. Doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RAFFUL, Ana Cristina. "A Reprodução Artificial e os direitos de personalidade.", Ed. Themis, SP, 2000.
- RESOLUÇÃO 2013/2013 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.
- RIZZARDO, Arnaldo. "Fecundação Artificial." Revista *Ajuris* nº. 52, RS, 1991.
- RUSSO, José. As Sociedades Afetivas e Sua Evolução. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.7, n. 32, p. 43, out - nov. 2005.
- SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. "O Direito "in vitro": Da bioética ao biodireito.", 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2000.
- SANTA CATARINA. Vara de Sucessões. Juiz Ferson Cherem III. 8 de agosto de 2010.
- SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo / José Afonso da Silva-23ª ed. Revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional nº. 42) – São Paulo: Malheiros, 2003.
- Superior Tribunal de Justiça. Resp. N. 1.000.356 – SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3º turma, publ. 07/06/2010.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito Positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: Carlos Maria Romeo Casabona e Juliane Fernandes Queiroz (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações técnico-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 309-322.
- VENOSA, Silvio de Salvo. "A reprodução assistida e seus aspectos legais.", www.valoronline.com.br, 23/3/2002 ano 3 nº. 474.
- VILLELA, João Batista. Desbiologização da paternidade, Revista *Forense* nº. 71.
- WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELTER, Pedro Belmiro. Igualdade entre filiação biológica e socioafetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 31.