



A MATERNIDADE NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO HOMÓLOGA

Renan Andrade Campos¹, Celina Rizzo Takeyama²

RESUMO: A gestação por substituição consiste em uma técnica relativamente recente de reprodução humana assistida onde há a cessão do útero de mulher fértil para a gestação de um filho que será gerado a partir de material genético de terceiros. Tal técnica pode consistir em uma concepção homóloga, quando se é utilizado o material genético do próprio casal que deseja a criança, ou heteróloga, onde se é fornecido, total ou parcialmente, material genético por um terceiro estranho ao casal solicitante. Tendo em vista que o direito pátrio não acompanhou as evoluções da medicina no campo reprodutivo, a gestação por substituição não tem previsão legal e, portanto, os conflitos advindos de tal técnica estão sendo solucionados pelo Poder Judiciário com base nos princípios constitucionais, em analogias, princípios gerais do direito, bem como em orientação da Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.013/2013, que, ressalta-se, não tem força de lei, apenas cunho ético. Tal técnica vem se popularizando no Brasil e, em um cenário em que a biotecnologia é deveras importante e propalada na vida das pessoas – sobretudo daquelas que são incapazes de realizar o desejo da paternidade ou maternidade naturalmente – é consequência lógica que os impasses oriundos desse tipo de método aumentem. Diante disto, por intermédio do método bibliográfico, objetiva-se averiguar a quem deve ser atribuída a maternidade da prole na gestação por substituição homóloga: à mãe substituta, que é defendida como a única que tem relação física e psicológica com a criança antes e após o parto e que goza da presunção *mater semper certa est*, ou à mãe solicitante, que, além de ser a cedente do material genético que gerará a criança, foi quem manifestou a vontade a partir da qual iniciou-se o projeto parental de geração daquela criança. Para tanto, são sopesadas as correntes doutrinárias existentes sobre o tema e as disposições constantes da Resolução n. 2.013/2013, do Conselho Federal de Medicina brasileiro, que em muitos casos é utilizada como norte pelos operadores do Direito. Com isto, conclui-se que, na reprodução assistida homóloga, a maternidade deve ser imputada à mulher que cedeu o material genético, pois trata-se de uma filiação biológica não-natural onde a prole e a mãe solicitante têm equivalência de material genético, o que pode ser constatado por mero exame de DNA. A par do critério biológico, a mãe genética manifestou desde o início do projeto parental o elemento volitivo para a utilização da técnica para a geração da criança, responsabilizando-se, já de antemão, com a criação e cuidado do futuro filho. Tais fatos dão aplicabilidade ao princípio da afetividade nas relações familiares e são capazes de constituir o estado de maternidade da mãe solicitante, além de preservar os princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana, erigida a fundamento da República Federativa brasileira (art. 1º, III, CF/88).

PALAVRAS-CHAVE: Filiação; Gestação por substituição; Maternidade; Reprodução humana homóloga.

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988 e a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF/88), iniciou-se um processo de constitucionalização dos direitos, pelo qual todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado sob o viés dos princípios constitucionais, com destaque justamente para o da Dignidade humana.

Tudo isto, como é intuitivo, levou a uma profunda transformação de diversos ramos do Direito, especialmente no Direito de Família, que flexibilizou-se e humanizou-se para acolher as evoluções sociais e adequar-se à nova ordem jurídica instaurada, até mesmo porque a família ainda é base da sociedade e, portanto, deve receber especial proteção do Estado (Art. 226, CF/88).

Nesta linha, uma das proteções conferidas à entidade familiar é a consagração do direito ao livre planejamento familiar, que permite que as pessoas escolham se, como e quando terão filhos, cabendo ao Estado o ônus de propiciar recursos educacionais e científicos que permitam a concretização deste desiderato, desde que ele seja pautado pela paternidade responsável e pela dignidade da pessoa humana (§ 7º do art. 227 da CF/88).

Tal fato ganha importância, porque, apesar de toda evolução social, o desejo de ter filhos consanguíneos continua sendo insito à espécie humana, que, além do aspecto sociocultural, ainda vê na procriação uma forma de perpetuar-se e de immortalizar-se.

Sob este diapasão, ressalta-se que a evolução científico-tecnológica da medicina é causadora de uma atividade cada vez mais intensificada no campo reprodutivo, por intermédio de técnicas de reprodução humana

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR, Paranavai/PR. renanandradecampos@hotmail.com

² Professora dos Cursos de Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR, Paranavai-PR e do Centro Universitário Cesumar – UNICESUMAR, Maringá – PR. celinarizzo@ig.com.br



assistida. Por meio de tais recursos, é possível superar obstáculos concernentes à infertilidade, esterilidade ou impossibilidade biológica de gerar naturalmente uma criança. Ou seja, referidas técnicas podem, em muitos casos, permitir àqueles que não conseguem procriar por meios naturais que realizem um projeto parental, com vínculo biológico ou não.

Diversas são as técnicas de reprodução humana assistida utilizadas pelos médicos objetivando que os casais que não podem gerar filhos naturalmente realizem este desejo. Dentre tais técnicas, as principais são a inseminação artificial (IA), a fertilização *in vitro* (FIV) ou Fivete, a reprodução assistida com gametas (GIFT)³, a reprodução assistida com os zigotos (ZIFT)⁴ e, por derradeiro, a gestação por substituição, objeto deste estudo.

A gestação por substituição, maternidade por substituição ou sub-rogação ou, popularmente, “barriga solidária”, consiste em um método onde uma mulher fértil e saudável cede seu útero, gratuitamente, para gerar uma criança a partir do material genético de terceiros que não podem gestar sua prole, mas desejam implementar seu projeto parental.

Ressalta-se que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio a concessão do útero com fins lucrativos, visto que é vedada constitucionalmente a comercialização de órgãos, tecidos ou substâncias humanas (§ 4º do art. 199 da CF/88).⁵

Tal técnica pode consistir em uma concepção homóloga ou heteróloga. Na concepção homóloga, há a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal solicitante da maternidade por substituição sendo que, realizada a fecundação *in vitro*, o zigoto é introduzido no útero da mãe substituta, que levará a gestação a termo.⁶

Já na concepção heteróloga, a fecundação é levada a efeito utilizando-se, total ou parcialmente, de material genético concedido por doador anônimo e após a inseminação *in vitro*, o procedimento segue como na concepção homóloga, de forma que o ovo é implantado no útero da mãe substituta. Ou seja, a concepção heteróloga pode realizar-se com a utilização apenas dos gametas femininos, só dos masculinos ou até mesmo de ambos provenientes de terceiros estranhos ao casal solicitante.

Classicamente, o estado de filiação era estabelecido por meio da ficção jurídica que protegia o matrimônio. Assim sendo, a maternidade era imputada à parturiente e a paternidade, por sua vez, era atribuída ao marido da mesma. Naquela época, existia hierarquia entre os filhos, ou seja, mercedores de afeto, de cuidado e de proteção jurídica plena eram os filhos legítimos, nascidos na constância do casamento, sendo que os filhos espúrios, nascidos fora do casamento, eram figuras secundárias e desmerecedoras de tutela pelo ordenamento jurídico.

Atualmente, com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, inexistem quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, sendo todos os filhos iguais entre si, devendo os genitores lhes propiciar iguais cuidados (§6º do art. 227 da CF/88) e a ordem jurídica a mesma proteção integral.

Com a evolução sociocultural, e, sobretudo, com o advento do exame de DNA, o estado de filiação foi se modificando, sendo que, até pouco tempo atrás, prevaleciam os laços biológicos, independentemente de qualquer outro fator. Ou seja, naquele momento, a maternidade e a paternidade eram imputadas às pessoas que detinham material genético correspondente ao filho, ainda que estes não mantivessem quaisquer laços afetivos com sua prole.

Atualmente, consagra-se um fenômeno no ordenamento jurídico brasileiro denominado de desbiologização das relações paterno-filiais, onde o reconhecimento de filiação também deve levar em consideração a posse do estado de filho, ou seja, a situação fática na qual um indivíduo goza da condição de filho em relação a outrem, independente desta situação condizer com a realidade legal.⁷

Tal evento ressalta a verdade socioafetiva e tem a docilidade para demonstrar que o melhor interesse da criança consiste em participar de sua família socioafetiva, visto que a filiação é uma construção cultural, oriunda da convivência familiar e da afetividade.⁸

Ressalta-se que o critério socioafetivo vigora simultaneamente com a filiação baseada na verdade biológica e, em virtude disto, em cotejo com a evolução técnico científica e a popularização dos métodos de fecundação assistida, diversas são as problemáticas que advém destes tipos de técnicas.

Ao tratar sobre a determinação da filiação e, precipuamente, da maternidade, faz-se necessário definir a presunção legal *mater semper certa est*⁹. Tal presunção milenar consiste em que a maternidade é determinada pela manifestação de sinais físicos inequívocos, que são a gravidez e o parto, e que o pai do seu filho seria seu marido.

No entanto, como mencionado alhures, na gestação por substituição homóloga, o material genético da parturiente não mantém correspondência com o material genético da criança que é gerada em seu útero. A mulher

³ Sigla em inglês para *Gamete Intrafallopian Transfer*.

⁴ Sigla em inglês para *Zygote Intrafallopian Transfer*.

⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 379.

⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 375.

⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 217.

⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 199.

⁹ Em tradução livre: a mãe é sempre certa.



que forneceu o material genético, por sua vez, não está gerando a criança, não será a parturiente e, portanto, não goza da presunção *mater semper certa est*.

Diante o exposto, resta a dúvida: a quem deve ser atribuída a maternidade dessa criança, fruto da gestação por substituição homóloga? De quem a criança seria filha? Do laboratório, da cedente do útero ou da fornecedora do material genético que desejou o projeto parental?

É sabido que o avanço da ciência e da medicina, sobretudo no que tange à reprodução humana, impõe que outras diversas áreas evoluam a fim de acompanhar o desenvolvimento científico. Sob este prisma, ressalta-se que a realidade fática, em muitos casos, antecede ao Direito e, por este motivo, a legislação se mostra omissa em relação à regulamentação da técnica de gestação por substituição homóloga, existindo, tão somente, a Resolução 2.013/2013 do CFM que não tem força de lei, podendo ser utilizada tão somente como um ponto de referência, não tendo caráter geral e obrigatório na solução dos conflitos que surgem (Art. 5º, II, CF/88).

Tais lacunas não só podem trazer consequências nefastas aos envolvidos em um problema que tange em relação à uma técnica de reprodução humana assistida, como também constitui uma insegurança jurídica e, principalmente, pode ocasionar desequilíbrio nas relações humanas.

Apesar disto, o Judiciário, quando provocado, não pode se escusar de prestar sua tutela jurisdicional ao caso concreto sob o argumento de que não há lei regulando a matéria, devendo resolver o litígio de forma justa e em consonância com os princípios constitucionais, diante do dever que lhe é imposto pelo art. 5º XXXV, CF/88, que consagra o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário e do acesso à ordem jurídica justa.

Deste modo, ante à lacuna legislativa e à incidência do Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, toda problemática da reprodução humana assistida e dos litígios advindos de tais métodos ficam à mercê do bom senso do Magistrado que, por muitas vezes, pode acabar proferindo decisões injustas e até preconceituosas.

Diante deste quadro, analisa-se, portanto, a quem deve ser atribuída a maternidade na gestação por substituição homóloga, bem como os conflitos inerentes à filiação decorrentes do uso desta técnica, tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança e o reconhecimento pela ordem jurídica da socioafetividade para o estabelecimento de vínculo paterno-filial.

2 MATERIAL E MÉTODOS

Para o deslinde da presente pesquisa, utilizou-se o método bibliográfico com a consulta de obras jurídicas de autores de renome que tratam da reprodução humana assistida e de Direito de Família, bem como da legislação pátria e de Resoluções do Conselho Federal de Medicina. A questão da maternidade na gestação por substituição homóloga foi, portanto, estudada sob a luz da Constituição Federal e dos princípios que esta irradia, sobretudo da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, bem como do reconhecimento da socioafetividade como valor juridicamente relevante e capaz de fundamentar o estabelecimento de vínculo paterno-filial.

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

É cediço que, atualmente, a família é filiocêntrica, ou seja, assenta-se o foco sempre no melhor interesse da prole (Art. 227, *caput*, CF/88), e não mais no patriarca e em seus interesses. Por conseguinte, é evidente que, no âmbito do Direito de Família, as discussões acerca da filiação são latentes, sobretudo com a consagração do princípio da afetividade, que originou a filiação socioafetiva, e com o avanço da medicina na área da reprodução humana assistida, que tem gerado diversos problemas que devem ser resolvidos pelo Poder Judiciário, ainda que inexista regulamentação acerca do assunto.

Antes de adentrar à discussão da maternidade na gestação por substituição homóloga, mister é definir o que é filiação. Acerca do tema, o Código Civil Brasileiro dispõe, em seu artigo 1.593, *caput*, que o “parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem” (Brasil, 2002).

A filiação é o vínculo que existe entre pais e filhos, podendo advir de um parentesco consanguíneo, de uma relação socioafetiva, do instituto da adoção ou, ainda, das técnicas de reprodução humana assistida. Para Paulo Lôbo, a filiação se constitui em uma relação de parentesco entre dois indivíduos, uma das quais nascida da outra, ou relacionada mediante posse do estado de filiação, ou adotada ou por uma técnica de reprodução humana assistida heteróloga.¹⁰

Em que pese a filiação ser classificada didaticamente em uma série de divisões, ressalta-se que, por força do próprio texto constitucional, a filiação é conceito único, não sendo admitidas adjetivações ou discriminações. Foi adotada a doutrina da proteção integral, transformando crianças e adolescente em sujeitos de direito e sendo assegurados aos filhos nascidos da relação de casamento ou não e aos filhos adotivos iguais direitos e qualificações.¹¹

¹⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 199.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 363.



Tanto o é que, desde a Constituição Federal de 1988, inexistiu no ordenamento jurídico brasileiro filiação legítima, ilegítima, natural, adotiva ou adulterina, conceitos retrógrados que existiam no Código Civil de 1916, que detinha, inclusive, um capítulo dedicado à legitimação da família como um dos efeitos do casamento.

De acordo com Maria Berenice Dias¹², a filiação pode adotar o critério jurídico, biológico ou socioafetivo.¹³

A filiação é jurídica quando, por força de lei, é estabelecida a paternidade por presunção, ainda que esta não corresponda à realidade. Assim, a lei, tentando emprestar estabilidade às famílias, gerou um sistema de filiação por meio de presunções: independentemente da verdade biológica, presume-se que a maternidade é sempre certa, definida pela gestação e pelo parto, e que o marido da mãe é pai de seus filhos. Tal presunção liminar é identificada pela expressão *pater is est quem nuptiae demonstrant*¹⁴.

A filiação é biológica, por sua vez, quando o filho detém a herança genética do genitor, podendo ser natural, caso a concepção tenha advindo de relações sexuais mantidas pelos seus pais, ou não-natural, quando advinda da utilização de técnicas de reprodução humana assistida, *in vitro* ou *in vivo*. Assim sendo, desde que o material genético tenha sido fornecido por quem constará no registro de nascimento como seu pai e mãe, ainda que sua mãe não tenha realizado sua gestação, a filiação classifica-se como biológica.

A filiação socioafetiva, por derradeiro, é fundada nos princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana, segundo os quais pai e mãe são aqueles que exercem tal função, ainda que inexista vínculo biológico entre eles.¹⁵ Portanto, tal filiação advém da relação de afeto paterno-filial que é construída de uma convivência duradoura entre um indivíduo, na posse de filho, e outrem, que age como sendo seu pai ou sua mãe. Nesse caso, não há herança genética entre os envolvidos, sendo que foi o afeto que gerou o estado de filiação, bem como os direitos e obrigações.

De um modo geral, a doutrina classifica os elementos que constituem o estado de filiação em *tractatus*, onde existe um comportamento como se pais e filhos fossem, *nomen*, quando a pessoa porta o nome de família dos pais, e *fama*, que consiste em que o indivíduo é reconhecido como filho pela família e pela comunidade.¹⁶

Assim sendo, este tipo de filiação é oriundo de constatação da existência de uma relação afetiva entre as pessoas que, apesar da realidade biológica ou registral, relacionam-se como “pais” e “filhos”. São os popularmente chamados “filhos de criação”.¹⁷ Ressalta-se que, no Brasil, tal relação, para ser entendida como um vínculo socioafetivo, deve ser mantida por um prazo duradouro.

Insta dizer que, sob a luz do Princípio da Solidariedade, emanado diretamente do texto constitucional (§6º do art. 227 da CF/88), Flávio Tartuce e José Simão lecionam que esta solidariedade não pode se limitar a questões patrimoniais, mas também e, principalmente, deve tratar de questões afetivas e psicológicas, consagrando o princípio da afetividade nas relações familiares.¹⁸

Esta nova espécie de filiação deve ser valorizada pois decorre da vontade que tem a pessoa que se portará como o pai, independentemente do critério biológico, e dedicará amor e cuidado para exercer sua função paternal, ao contrário do que ocorre na filiação biológica que, inclusive, pode advir de um ato acidental que muitas vezes pode culminar em uma criança abrigada pelo Poder Público, vítima de maus-tratos, negligências ou, quem sabe, até mesmo nas barbáries em que menores são violados e até mortos por aqueles que mais deveriam zelar pelo seu bem-estar.

Portanto, mais importante que o critério genético é o elemento volitivo do projeto parental, visto que o próprio conceito de afeto, para a psicanálise, não se confunde com o amor, mas diz respeito à convivência harmoniosa, onde cria-se laços afetivos entre os indivíduos e uma estabilidade emocional para a família.¹⁹

Por conseguinte, tendo em vista que a socioafetividade não se confunde com o sentimento do amor, sendo oposta à indiferença, e não ao ódio, esta gera consequências jurídicas²⁰, atribuindo responsabilidades às partes e, portanto, não autorizando a dissolução dos vínculos nela constituídos. Tanto o é que, inclusive, a contestação da paternidade não pode ser decisão unilateral do pai quando declarou que era seu o filho no registro, em virtude do princípio *venire contra factum proprium*²¹ e sobretudo porque, na dúvida, deve sempre prevalecer a relação de filiação socioafetiva.²²

Sob a luz do Princípio da Paternidade Responsável extraído diretamente do texto constitucional (§ 7º do art. 227 da CF/88), verifica-se que o que atende ao melhor interesse da criança não é que haja, apenas, uma

¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 364.

¹³ WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. **Revista brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 14, p. 128-163, jul-set. 2002.

¹⁴ Em tradução livre: pai é aquele que as núpcias demonstram.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 364.

¹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 217.

¹⁷ CHAVES, Adalgisa Wiedemann. A tripla parentalidade (biológica, registral e socioafetiva). **Revista brasileira de direito de família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, p. 143-160, abr.-jun. 1999.

¹⁸ SIMÃO, José Fernando; Tartuce, Flávio. **Direito Civil. Família**. São Paulo: Método, 2010. p. 37-38.

¹⁹ SIMÃO, José Fernando. Afetividade e responsabilidade. **Revista IBDFAM: Família e sucessões**. v. 1. Belo Horizonte, IBDFAM, p. 35-51, jan-fev. 2014

²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 381.

²¹ Em tradução livre: vedação do comportamento contraditório.

²² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 217.



coincidência genética entre eles, mas sim que exista a figura efetiva do pai, que conduzirá a criança à uma vida adulta saudável.

Com a constitucionalização do Direito Civil e uma preocupação cada vez maior com a pessoa humana, foi consagrado no âmbito do Direito de Família que o vínculo de parentesco, atualmente, não deve mais ser imputada tão somente com base na verdade biológica, visto que o parentesco deixou de manter, necessariamente, um ligame de correspondência com o vínculo consanguíneo.

Assim sendo, a nova filiação deve se basear nos três pilares constitucionalmente fixados: a igualdade entre filhos, a desvinculação da filiação do estado civil dos pais e a doutrina da proteção integral da criança/adolescente.²³

Portanto, a desbiologização da paternidade, expressão empregada por João Batista Villela, imprimiu a família como um núcleo social de afetividade e companheirismo, onde os pais e filhos podem ser não biológicos, não consanguíneos e, no entanto, possuir uma filiação psicológica.²⁴

Toda paternidade é, em regra, socioafetiva, sendo que a paternidade socioafetiva é o gênero do qual a paternidade biológica e a não biológica são espécies. O ponto essencial, portanto, é que a filiação não mais depende exclusivamente do vínculo genético entre pais e filhos.

Definida filiação, resta discutir acerca de qual filiação pode ser imputada àquele indivíduo que foi gerado a partir da gestação por substituição homóloga e, por conseguinte, a quem deve ser imputada a maternidade desse filho.

É sabido que a intenção que foi exteriorizada pelos pais solicitantes no sentido de gerar aquela criança em útero substituto está presa a um compromisso que têm para com seu futuro filho: responsabilidade de criá-lo, educá-lo e sustentá-lo. Assim, é a partir deste momento que surge o estado de filiação e, portanto, este não deve ser desconstituído, visto que só foi possível a realização do procedimento em virtude da vontade dos pais solicitantes.

Para Otero, a vontade da paternidade e realizá-la de maneira ética e legal “concretiza, em tempos atuais, um projeto parental idealizado, refletivo, desejado e que, em singela análise, materializará a personalidade dos partícipios do projeto parental, tutelada constitucionalmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana”.²⁵ Para o doutrinador, portanto, a vontade do casal qualifica um projeto parental como elemento estruturante da paternidade e, portanto, são eles os verdadeiros pais da prole, ainda que gerada em útero alheio.

Assim sendo, a filiação também surge quando é estabelecida mediante a vontade procriante que tem os pais solicitantes, vontade tal que é vinculada a atos de afeição e solidariedade e que, por conseguinte, geram consequências jurídicas.

Diante disto, em relação à problemática da maternidade na gestação por substituição, esta pode ser dirimida pela análise do estado de maternidade do qual goza a mãe genitora em virtude do elemento volitivo de iniciar seu projeto parental, visto que a paternidade deve ser imputada a quem age como pai, ou seja, quem dá afeto, protege e, precipuamente, dá início ao projeto parental, o que ratifica que mais importante que os laços sanguíneos são os laços de afeto.²⁶

Além da filiação consanguínea, que decorre de uma verdade biológica, existe o estado de filiação, que advém da estabilidade de laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, sendo este o principal fundamento para a atribuição de paternidade ou maternidade.

Tal estado de filiação consiste em um conjunto de situações que firmam a existência de relação entre pais, ou pai e mãe, e filho. A aparência do estado de filiação demonstra-se pela convivência familiar, bem como pela efetiva concretização pelos pais de seus ônus de guarda, educação e sustento, pelo relacionamento afetivo e pelo comportamento que tem perante à sociedade, agindo como pais e filhos.²⁷

A posse do estado de filiação, portanto, não pode ser contraditada em face de prova genética, visto que ela foi consolidada no tempo e independe da prova biológica. A posse de estado de filho “consolida vínculos que não assentam na realidade natural, impedindo o exercício do direito de impugnar, no interesse do filho contra a relevância jurídica de uma paternidade manifestamente prejudicial”²⁸.

Sob este diapasão, é necessário atentar-se para o fato de que a intenção de dar início a um projeto parental, ainda que se utilizando de uma técnica de reprodução humana assistida, traz consigo abundância de afeto e amor, que facilitará e possibilitará a criação de verdadeiro vínculo entre os pais solicitantes e os filhos advindos destes métodos, o que consagra o princípio do melhor interesse do menor.

²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 364.

²⁴ VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, separata, Belo horizonte, n. 21, maio 1979. p. 404.

²⁵ OTERO, Marcelo Truzzi. **Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança**. Disponível em: <http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf>. Acesso em: 21 de agosto de 2015.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 365.

²⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 217.

²⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 218.



Assim, ainda que, nos casos em que a gestatriz (mãe substituta) se negar a entregar a criança, alegando que a socioafetividade não se concretizou pois não houve uma relação duradoura entre os pais solicitantes e a criança gerada em útero alheio, a maternidade deve ser imputada àquela mãe que realizou o projeto parental e ainda doou o material genético, visto que foi a sua vontade que possibilitou a geração daquela criança e que já houve início de seu estado de maternidade.

Ressalta-se, outrossim, que o critério da socioafetividade a partir do elemento volitivo de dar início ao procedimento de gestação por substituição independente de prova da coincidência de material genético, servindo da mesma forma e com igual peso para poder definir a maternidade na substituição heteróloga.

Portanto, na maternidade de substituição, os sinais físicos inequívocos, quais sejam o parto e a maternidade, não implicam em maternidade da parturiente, visto que a mãe geradora é mero partícipe do projeto parental que foi iniciado e desejado pelos pais solicitantes, tendo eles concorrido com material genético ou não.²⁹

Ademais, sob a luz do melhor interesse da criança, é mais provável que o casal que tanto desejou o filho e que, portanto, tem se preparado para recebê-lo e poder concedê-lo carinho e proteção, instituirá uma relação afetiva com a criança.

Outrossim, conforme já explanado, a afeição tem valor jurídico, visto que cria vínculos entre os pais que realizaram o planejamento familiar e a prole. O princípio do *venire contra factum proprium* deve ser aplicado no âmbito das relações familiares, o que explicita que tais relações estão lotadas de afeto e responsabilidade que os pais solicitantes têm para com a criança que está sendo gerada pela gestação por substituição.

Assim sendo, não existem apenas expectativas de caráter patrimonial que devem ser respeitadas, mas também de caráter existencial, visto que os pais solicitantes firmaram um dever jurídico de comportamento para com a criança que nascerá.

Portanto, sob a luz desse princípio, é desarrazoado desconstituir os vínculos que já foram gerados entre os pais solicitantes e a criança gerada em útero alheio, inclusive obrigações e deveres em relação ao cuidado e criação da prole, somente porque, *exempli gratia*, ao final da gestação, a mãe substituta se nega a cumprir o pactuado com os solicitantes.

Destarte, verifica-se também que, no que tange ao problema da maternidade na gestação por substituição homóloga, este pode ser dirimido também pelo critério biológico, até mesmo porque, de acordo com Farias e Rosenvald, o critério biológico prevalecerá quando ainda não houver vínculo socioafetivo formado.³⁰

Na gestação por substituição homóloga, o casal fornece os gametas a serem introduzidos no útero de outra mulher (DTU – doadora temporária de útero) a fim de que esta possa gestar a criança, ante à impossibilidade da mãe genética de fazê-lo, conforme mencionado alhures.

Sob a luz da presunção *mater semper certa est*, a mãe da criança deveria ser a parturiente, no entanto, como já supracitado, trata-se de uma concepção homóloga, e, portanto, de uma filiação biológica não-natural em relação à doadora do material genético.

Maria Berenice Dias leciona que, neste caso, inexistente a presunção *mater semper certa est* e, portanto, nas hipóteses de gestação por substituição homóloga, deve-se assegurar o estado de maternidade à mãe genética que vem se preparando para receber a criança, que inclusive doou o material genético.³¹ Otero inclusive declara que se foi o tempo em que a filiação advinha de um sistema de presunções legais.³²

Na filiação biológica não-natural, caso da gestação por substituição homóloga, embora os indivíduos não realizem a fecundação por meio da relação sexual mantida entre si, foram eles que forneceram a herança genética e, por esse motivo, são pai e mãe da prole a ser gerada a partir da técnica de reprodução assistida, o que pode ser corroborado por um simples exame de DNA, que possui pouquíssimas chances de erro.

A Resolução 2.013 de 2013 do Conselho Federal de Medicina resolve que deve existir um contrato entre os pais solicitantes e a doadora temporária do útero estabelecendo claramente a questão da filiação da criança, bem como que deve ser garantida o registro civil da criança pelos pais genéticos.³³

No mesmo sentido, a I Jornada de Direito Civil, de 2002, que discorreu acerca do tema da paternidade e da filiação quanto tratou do tema de reprodução humana assistida. O enunciado 129 da Referida Jornada estabeleceu que

Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético [...]. Pretende-se [...]

²⁹ OTERO, Marcelo Truzzi. **Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança.** Disponível em: <http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf>. Acesso em: 21 de agosto de 2015.

³⁰ Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. **Direito das famílias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 588.

³¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 380.

³² OTERO, Marcelo Truzzi. **Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança.** Disponível em: <http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf>. Acesso em: 21 de agosto de 2015.

³³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.013 de 2013.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2015.



assegurar à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá à mãe-subrogada.

Deste modo, de acordo com a Jornada supracitada, a maternidade será determinada de acordo com o critério biológico, ou seja, será imputada a quem doou o material genético. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, expõe que “os enunciados aprovados constituem um indicativo para a interpretação do Código Civil [...]”³⁴.

Deste modo, apesar do enunciado 129 não ter força de lei, ele pode ser utilizado para guiar os aplicadores do direito na aplicação da lei, a fim de conseguir ilidir possíveis conflitos que surjam entre doadores do material genético e a mãe substituta acerca da filiação do infante.

Neste diapasão, em 1º março de 2011, o juiz Luís Antônio de Abreu Johnson, da Vara de Família de Lajeado, no estado do Rio Grande do Sul, em um caso onde o casal recorreu à técnica de gestação por substituição homóloga, decidiu que, por meio de exame de DNA, a maternidade seria determinada pela origem biológica do infante.³⁵

O juiz, ao julgar o pedido, analisou o melhor interesse da criança e ressaltou a necessidade de tais técnicas serem regulamentadas, bem como que, no caso em epígrafe, tomando por base a verdade biológica, esta coincidia com a verdade socioafetiva da filiação, visto que os pais biológicos da criança estavam se preparando para recebê-la e já tinham manifestado sua vontade de dar início ao projeto parental, o que vai de encontro ao melhor interesse do infante.

Sob este entendimento, a utilização da gestação por substituição quando no procedimento homólogo deverá imputar a maternidade com prevalência do critério biológico, ou seja, o vínculo materno-filial será estabelecido pelo material genético que gerou a criança, o que pode ser constatado, conforme supracitado, mediante realização de exame de DNA, ratificando a similitude dos materiais genéticos do infante e da mãe solicitante.

Não obstante o exposto, é cediço que a maternidade da criança oriunda de uma gestação por substituição homóloga pode ser contestada, visto que existem correntes que adotam que a mãe seria a que gestou e pariu a criança e não quem forneceu o material genético, alegando que somente a parturiente tem relação física e psicológica com a criança durante a gravidez e diretamente após o parto. “A agregação do filho à mãe parturiente possibilita uma determinação segura, imediata da maternidade e com isto também a responsabilidade jurídica pela criança que, especialmente nesta fase da vida, depende de que (pelo menos) um adulto seja responsável pelo seu bem-estar”³⁶.

No entanto, não é possível concordar com tal posicionamento. Conforme foi explanado, não é o parto que cria responsabilidade jurídica entre os pais e seu filho, mas sim o elemento volitivo que dá início ao projeto parental. É a partir dessa vontade que estabelecer-se-á vínculos jurídicos que não devem ser desconstituídos baseados na alegação de que é mais seguro para a criança ser cuidada pela sua parturiente, sobretudo porque a mãe substituta nem desejava a criança, apenas aceitou ser partícipe, de forma solidária e gratuita, para que um casal, que está se preparando para receber aquela criança, pudesse realizar seu projeto parental.

Ademais, ainda que haja consagração da socioafetividade nas relações paterno-filiais, é cediço que o vínculo de consanguinidade é importante. Tanto o é que o direito de conhecer a origem genética é um direito de personalidade e preceito fundamental: um direito individual e personalíssimo, que se vincula ao direito de filiação.³⁷

Portanto, estabelecer a filiação materna em virtude tão somente do parto não seria a justificativa adequada. Basta pensar que a gestatriz (cedente do útero), quando aceitou realizar o procedimento, não tinha a intenção de assumir a maternidade, ainda que esteja vinculada ao processo de gestação, mas tão-somente, auxiliar a mãe solicitante a solucionar o seu problema de impossibilidade de engravidar/gestar, bem como não há ligame genético entre ela e a criança.

Por derradeiro, ante à existência da controvérsia, resta a lição de Maria Berenice Dias, que alega caber “ao direito identificar o vínculo de parentesco entre o pai e filho como sendo o que confere a este a posse de estado de filho e ao genitor as responsabilidades decorrentes do poder familiar”³⁸, devendo sempre a análise do caso concreto estar em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

4. CONCLUSÃO

³⁴ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJP, 2005. p. 10.

³⁵ ConJur – Pais biológicos registram filho de útero emprestado. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-08/filho-utero-emprestado-registrado-pais-biologicos>>. Acesso em 18 de agosto de 2015.

³⁶ LÓBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 206.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 370.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 364.



A complexidade do tema em cotejo com as diversas problemáticas que surgem em decorrência da lacuna legislativa impede que ele seja esgotado em poucas palavras. No entanto, o operador do direito não pode se mostrar omissos aos problemas que advêm das técnicas de reprodução humana assistida, sobretudo no silêncio do legislador.

Com a evolução da medicina e da ciência na área de reprodução humana, inúmeras são as problemáticas advindas de tais técnicas e, sob esse diapasão, ressalta-se que o sistema de filiação que é adotado atualmente pelo Código Civil Brasileiro não é adequado para dirimir as questões provenientes da reprodução artificial.

No presente estudo, verificou-se que a problemática acerca da maternidade decorrente da gestação por substituição homóloga pode ser sanada pela análise do ato de vontade da mãe solicitante, que traz consigo uma carga de afeto e responsabilidade e qualifica o projeto parental, criando vínculos e responsabilidades jurídicas entre os pais solicitantes e o futuro filho que não devem ser desconstituídos. Tais vínculos propiciam o melhor ambiente para a criação de laços entre a criança e a mulher que, além de ser sua mãe biológica, planejou sua vinda ao mundo, o que consagra o princípio da afetividade nas relações familiares e facilita a criação de laços socioafetivos.

Ademais, o problema também pode ser dirimido pela filiação biológica, tendo em vista que as técnicas de reprodução homóloga tratam de uma filiação biológica não-natural, valendo-se da constatação de equivalência de material genético entre a prole e a mãe biológica, mesma solução adotada pela Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina.

No entanto, ressalta-se que tal solução não deve ser aplicada a todas as situações indistintamente, visto que o caso concreto pode apresentar peculiaridades que, se aplicada a regra geral, pode gerar injustiças muitas vezes irreparáveis.

Diante o exposto, ainda que tardiamente, os aplicadores do direito buscam a adequação às novas realidades diante da evolução da medicina no campo da reprodução humana, até mesmo porque é uma utopia querer que todos os fatos da vida tenham uma correspondente previsão normativa, visto que a realidade antecede ao direito.

No entanto, para evitar julgamentos totalmente opostos acerca do mesmo assunto e poder assegurar aos cidadãos segurança jurídica no que tange ao âmbito da reprodução humana assistida, há a necessidade da regulamentação da questão da filiação na gestação por substituição homóloga, bem como de todas as outras técnicas de reprodução assistida, a fim de evitar injustiças e propiciar que todas as famílias possam realizar o desejo de terem o arranjo social que almejam, desde que respeitados os princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. A tripla parentalidade (biológica, registral e socioafetiva). **Revista brasileira de direito de família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, p. 143-160, abr.-jun. 1999.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.013 de 2013**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OTERO, Marcelo Truzzi. **Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança**. Disponível em: <http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf>. Acesso em: 21 de agosto de 2015.

SIMÃO, José Fernando. Afetividade e responsabilidade. **Revista IBDFAM: Família e sucessões**. v. 1. Belo Horizonte, IBDFAM, p. 35-51, jan-fev. 2014.

SIMÃO, José Fernando; Tartuce, Flávio. **Direito Civil. Família**. São Paulo: Método, 2010.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da faculdade de direito da universidade federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 21, p. 401-419, maio 1979.

Anais Eletrônico

IX EPCC – Encontro Internacional de Produção Científica UniCesumar

Nov. 2015, n. 9, p. 4-8

ISBN 978-85-8084-996-7



WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. **Revista brasileira de Direito/ de Família**. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 14, p. 128-163, jul-set. 2002.