

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
ALESSANDRA DOS SANTOS OLIVEIRA**

**CONFLITO POSITIVO DE MATERNIDADE FRENTE À GESTAÇÃO POR
SUBSTITUIÇÃO**

**RUBIATABA/GO
2019**

ALESSANDRA DOS SANTOS OLIVEIRA

**CONFLITO POSITIVO DE MATERNIDADE FRENTE À GESTAÇÃO POR
SUBSTITUIÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor Especialista João Paulo da Silva
Pires.

**RUBIATABA/GO
2019**

ALESSANDRA DOS SANTOS OLIVEIRA

**CONFLITO POSITIVO DE MATERNIDADE FRENTE À GESTAÇÃO POR
SUBSTITUIÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor Especialista João Paulo da Silva
Pires.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM __ / __ / ____

**Especialista João Paulo da Silva Pires.
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Escreva a titulação e o nome completo do Examinador 1
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Escreva a titulação e o nome completo do Examinador 2
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

Dedico esse trabalho a Deus que me conduziu com a sua mão poderosa, à minha família que sempre esteve do meu lado e ao meu amigo Willian dos Santos Marinho por ter me apoiado durante toda essa trajetória.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que me concedeu o dom da vida e me sustentou todos os dias durante a minha jornada acadêmica.

Em segundo, agradeço aos meus pais e toda minha família pelo incentivo e apoio. Ademais, agradeço ao meu professor orientador João Paulo da Silva Pires pela incansável dedicação e confiança dispensadas a mim em todo processo de produção da monografia.

Por fim, estendo meus agradecimentos ao corpo docente, direção e administração desta instituição de ensino, afinal foram vocês que me proporcionaram a possibilidade de expandir o meu conhecimento e concluir mais uma etapa decisiva da minha trajetória.

EPÍGRAFE

"Não deixe à vontade lá fora, quando sua fé for de outro nível, passar por incrível fazendo história".

Duckjay

RESUMO

O objetivo desta monografia é verificar a maneira que será caracterizado o vínculo de maternidade, em hipótese de gestação por substituição. Cumpre ressaltar, que o método empregado nesta pesquisa é o dialético, nessa perspectiva há uma pretensão em apresentar os pontos de vistas divergentes que permeiam em torno do conflito positivo de maternidade e da caracterização do vínculo parental. Diante disso, para a execução da pesquisa dialética serão utilizados livros, artigos científicos e monografias que trazem uma abordagem sobre o assunto. Quanto aos objetivos, aplicar-se-á o método descritivo que é aquele que se fundamenta nas especificações dos dados apresentados com a mínima interferência possível. O método descritivo será desenvolvido nessa pesquisa sob o enfoque bibliográfico e documental onde se fará a leitura de obras doutrinárias, enunciados jurisprudenciais e legislações como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código Civil brasileiro de 2002, bem como da Resolução de Medicina nº. 2.168/2017. No que se refere aos resultados obtidos, verifica-se que é recomendável que as análises que envolvam crianças ou adolescentes sejam pautadas pelo princípio do melhor interesse da criança, devendo esse ser preservado em contraposição ao interesse dos genitores.

Palavras-chave: Maternidade. Gestação por substituição. Melhor interesse da criança.

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to check the way will be characterized the bond of motherhood, in chance of gestation by replacement. Meets point out, that the method used in this research is the dialectic, in this respect there is a claim to present the differing viewpoints that permeate around the positive conflict of motherhood and characterization of the parental bond. In front of this, for the execution of the dialectic research will be used books, scientific articles and monographs that bring an approach on the subject. As for goals, will apply the descriptive method is one that is based on the specifications of the data submitted with the minimum possible interference. The descriptive method will be developed in this research under the bibliographic and documentary approach, where there will doctrinal works, wording in jurisprudence and legislation such as the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, the Civil Code of 2002, as well as the Resolution of Medicine n. 2.168/2017. With regard to the results obtained, it is recommended that analyses involving children or adolescents are based on the principle of the best interests of the child, and should this be preserved against the interest of the genitors.

Keywords: Motherhood. Gestation by Replacement. Best Interests of the Child.

Traduzido por Marise de Melo Lemes, graduada em Letras Modernas com habilitação em Português/Inglês, pela Faculdade de Filosofia do Vale de São Patrício, UniEvangélica, Ceres, Goiás.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART.	Artigo
° C	Grau Celsius
CAISM	Centro de Atenção Integral à Saúde da Mulher
CC	Código Civil
CFM	Conselho Federal de Medicina
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DF	Distrito Federal
DNA	Ácido Desoxirribonucleico
N°	Número
P.	Página
RA	Reprodução Assistida
Rh	Rhesus
TJ	Tribunal de Justiça
UNICAMP	Universidade Estadual de Campinas

LISTA DE SÍMBOLOS

§ - Parágrafo

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	11
2.	ASPECTOS GERAIS CORRELACIONADOS À FILIAÇÃO.	14
2.1	ANÁLISE DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA	15
2.2	ANÁLISE DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA	16
2.2.1	EFEITOS JURÍDICOS DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.....	19
2.2.1.1	PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	23
2.3	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	24
2.3.1	PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	26
2.3.1.1	VÍNCULO DE MATERNIDADE	27
3	BASES TÉCNICAS E JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	30
3.1	REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA	33
3.2	REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA	36
3.2.1	GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO.....	39
4	ANÁLISE JURÍDICA DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO.....	42
4.1	CONFLITO POSITIVO DE MATERNIDADE	43
4.2	ESTUDO DA RESOLUÇÃO DE MEDICINA Nº 2.168/2017.....	45
4.2.1	ANÁLISE DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO SOB A ÓTICA JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA	49
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema os conflitos positivos advindos da gestação por substituição. Através desse estudo, pretende-se averiguar a maneira que será caracterizado o vínculo parental, bem como a solução jurídica viável nas hipóteses de conflito positivo de maternidade.

Impende observar que a problemática da monografia infere-se no sentido de trazer uma resposta plausível para a seguinte indagação: considerando a modernização das técnicas de reprodução humana assistida, no caso de gestação por substituição, sobrevivendo litígio, o vínculo de maternidade subsistirá, em relação à genitora que concedeu o material biológico ou a que gestou?

Nesta perspectiva, analisando as hipóteses possíveis conclui que será considerada genitora aquela que cedeu o material genético, tendo em vista que somente a impossibilidade de gestar não é obstáculo para a constituição da relação de parentesco. Não obstante, existem entendimentos de que mãe é aquela que gestou, vivenciando as etapas da concepção, obtendo laços socioafetivos em relação à criança, pelo fato de ter suportado todos os incômodos advindos da gestação.

Convém ressaltar, que o objetivo geral da pesquisa é verificar como será caracterizado o vínculo de maternidade, em hipótese de gestação por substituição. Nesse sentido, é fundamental a análise dos objetivos específicos, os quais consistem em estudar os aspectos ligados a filiação, abordar as possibilidades técnicas e jurídicas da reprodução humana assistida e averiguar a solução jurídica viável para o conflito positivo de maternidade.

A temática se justifica, pois este trabalho enfatiza a evolução do direito de família no campo que retrata a respeito das técnicas de reprodução humana assistida. Destacando-se nesse ângulo a gestação por substituição popularmente conhecida como “barriga de aluguel”. Dessa maneira, esse estudo servirá de estímulo para a construção de novas investigações, haja vista que este é um assunto que atua não somente no campo teórico mas também no social, pessoal, moral ético e religioso.

No que se refere ao método empregado na produção do trabalho, este é realizado sob o enfoque bibliográfico e documental, efetuados por intermédio da leitura de enunciados jurisprudenciais, da Constituição da República Federativa do Brasil, do Código Civil brasileiro, artigos científicos, monografias e livros escritos por renomados doutrinadores que discutem acerca da gestação por substituição. Cumpre salientar, que as informações serão obtidas em bibliotecas e em recursos informatizados das bases eletrônicas de dados.

Para que haja um resultado satisfatório é necessário respeitar as etapas dos objetivos específicos. Nessa esteira, no primeiro capítulo serão estudados os aspectos gerais correlacionados a filiação. Ademais, serão apresentados os conceitos de filiação biológica e socioafetiva, os efeitos jurídicos da filiação socioafetiva, o vínculo de maternidade e os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e do melhor interesse da criança. Para fundamentar esses tópicos será de suma importância a leitura do capítulo II do Livro Direito Civil Brasileiro de autoria de Carlos Roberto Gonçalves; Ler o capítulo XI da obra Direito Civil escrito por Sílvio de Salvo Venosa; Ler o capítulo VII do livro Curso de Direito Civil escrito por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal; Ler o capítulo I da obra Filiação de autoria de Jorge Shiguemitsu Fujita; Ler os capítulos I e II do livro Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva Efeitos Jurídicos de autoria de Christiano Cassettari; Ler o capítulo II do Código Civil brasileiro; Ler a Constituição da República Federativa do Brasil; Ler o capítulo XXII do Manual de Direito de Famílias escrito por Maria Berenice Dias; Ler a obra princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, escrita por Ricardo Maurício Freire Soares, bem como realizar a análise jurisprudencial dos assuntos supratranscritos.

Quanto às contribuições que este capítulo trará para a resolução da problemática da monografia, acentua-se que é fundamental a compreensão de que o direito de família não constitui uma ciência estática, portanto, o estudo desses itens ocasionará uma visão ampla do assunto, proporcionando uma base concreta para a análise dos capítulos seguintes.

No segundo capítulo, serão verificadas as possibilidades técnicas e jurídicas da reprodução humana assistida. Nesse desígnio, necessário se faz apontar os atributos relativos à reprodução assistida homóloga, heteróloga e a gestação por substituição. Outrossim, pretende-se realizar a leitura do capítulo XI da obra Direito de Família de autoria de Rolf Madaleno; Ler o capítulo II do Código Civil Brasileiro; Ler a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; Ler o capítulo XI da obra Direito Civil escrito por Sílvio de Salvo Venosa; Ler o capítulo XXII da obra Manual de Direito de Famílias escrito por Maria Berenice Dias; Ler o capítulo XX do livro Curso de Direito Civil escrito por Paulo Nader; Ler o capítulo VI do livro Direito de Família de autoria de Flávio Tartuce; Ler o capítulo VII do livro Curso de Direito Civil escrito por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal; Por fim ler o capítulo II do livro Direito Civil Brasileiro de autoria de Carlos Roberto Gonçalves. Por conseguinte, este capítulo tem como finalidade esclarecer as principais técnicas de reprodução humana assistida, destacando-se nesse sentido, a gestação por substituição, ponto

essencial para o desenvolvimento da pesquisa e para o auxílio da solução do conflito positivo de maternidade.

Quanto ao terceiro capítulo, sopesa-se a análise jurídica da gestação por substituição. Diante disso, será elaborada uma abordagem sobre o conflito positivo de maternidade, onde se realizará a leitura de preceitos jurisprudenciais que retratam sobre esse tema, além disso, será efetuada a leitura da Resolução de Medicina nº. 2.168/2017. Destarte, esse subtópico servirá de amparo para o entendimento aprofundado da temática, uma vez que as seções anteriores trouxeram um suporte teórico consistente. Ademais, esse é o momento oportuno para desvendarmos se o vínculo de maternidade subsistirá em relação à genitora que concedeu o material biológico ou a que gestou, sendo assim este tópico não só auxiliará por meio de exemplos práticos a obtermos uma conclusão concreta para a indagação inicialmente apresentada, como trará um fechamento decisivo para o trabalho.

Por fim, como se verá adiante, essa pesquisa tem como intuito delinear informações que contribuirão para preencher as lacunas existentes no ordenamento jurídico, no que concerne a gestação por substituição. É bem verdade que ao passo que a sociedade evolui, é necessária que a ciência jurídica acompanhe essas transformações, trazendo soluções aos casos concretos e proporcionando uma maior segurança frente às celeumas do cotidiano.

2. ASPECTOS GERAIS CORRELACIONADOS À FILIAÇÃO.

O estudo que se inicia por meio desse capítulo tem como intuito apresentar os aspectos gerais correlacionados à filiação. Dessa maneira, pretende-se averiguar as principais mutações que transcorreram no direito de família no decorrer dos anos.

Para tanto, pontua-se que a metodologia empregada para a elaboração desse tópico terá como suporte a pesquisa bibliográfica e documental sobre o assunto, onde serão utilizadas para a fundamentação obras doutrinárias e legislações como a CRFB/1988 e o Código Civil de 2002. Para melhor compreensão da temática em discussão, serão apresentados nas subseções seguintes os conceitos de filiação biológica e socioafetiva, os efeitos jurídicos da filiação socioafetiva, a caracterização do vínculo de maternidade, bem como a importância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e do melhor interesse da criança.

Levando-se em consideração, as informações anteriormente mencionadas, cumpre observar, preliminarmente, as transformações vivenciadas pelo direito. Algumas décadas anteriores a única maneira aceitável pela sociedade para se constituir uma família era por intermédio do casamento. Com isso vale ressaltar, que este foi um período marcado pelo preconceito e pela discriminação, tendo em vista que até mesmo as legislações existentes se restringiam em catalogar os filhos em legítimos, ilegítimos e legitimados.

Como se pode notar, a situação conjugal dos pais trazia reflexos na identificação dos filhos, pois a sociedade disseminava o lema da necessidade da preservação do núcleo familiar. Desse modo, Dias (2016, p.654) explica que “O nascimento de filho fora do casamento colocava-o em uma situação marginalizada para garantir a paz social do lar formado pelo casamento do pai. Prevaleciam os interesses da instituição matrimônio”.

Contudo, a emergência do aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro, fez com que surgissem normas jurídicas, com o objetivo de assegurar a igualdade entre os filhos. Nesse sentido, tanto a CRFB/1988, quanto o Código Civil de 2002, consagraram inúmeros dispositivos que vedam a caracterização discriminatória no tocante aos filhos gerados fora do casamento, como explica Gonçalves (2017, p.409) “Hoje, todavia, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações”.

No que se refere ao atual conceito de filiação Fujita (2011, p.11) o descreve como: “Um vínculo que une alguém ao fruto de sua reprodução entre os filhos e os pais, pela visão

daqueles. É o elo unindo uma criança e sua mãe, ou uma criança e de seu pai e que é mais ou menos dependente do fato biológico”.

Em outras palavras, embora, seguindo o mesmo entendimento, Tartuce (2017, p.248) afirma que “A filiação pode ser conceituada como sendo a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau”.

Por sua vez, Venosa (2017) ratifica que a filiação é um fato que produz efeitos no âmbito jurídico, reafirmando o entendimento de que ela exprime a relação entre pais e filhos, abarcando, tanto os filhos que foram gerados, quanto àqueles que foram adotados.

Em virtude dessas considerações, denota-se que o avanço da sociedade, o conceito e o significado do termo filiação foram reestruturados. Verifica-se, que o legislador foi empático ao perceber que as normas jurídicas devem estar em consonância com os fenômenos sociais. Nesta perspectiva, observada a relevância do mencionado tema, este capítulo contribuiu para compreensão geral do assunto. Nessa ótica os capítulos que se sucedem têm como objetivo apresentarem peculiaridades que abrangem a filiação biológica e socioafetiva.

2.1. ANÁLISE DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA

No tópico anterior foram discutidos os aspectos gerais correlacionados a filiação desse modo, foi apresentada a evolução histórica do direito de família, assim como o atual conceito de filiação, não contrário a isso, na presente subseção, a análise terá como alicerce o estudo da filiação biológica. Nesse sentido, serão exibidas as noções conceituais do assunto. Cumpre destacar, que para a sedimentação desse tópico serão utilizados como referencial teórico as obras escritas por Maria Berenice Dias e Jorge Shiguemitsu Fujita.

Como se pode notar, a evolução da ciência e da tecnologia genética ocasionou a relativização de inúmeras concepções consolidadas na sociedade. Nesse desígnio, necessário se faz apontar os reflexos que essas mudanças trouxeram no direito de família e principalmente, no reconhecimento da filiação.

Feitas essas considerações iniciais, Fujita (2011, p.11) esclarece que o termo filiação “Tem sua origem etimológica no vocábulo latino *filiatio*, que possui o significado de descendência de pais a filhos”. Diante disso, Fujita (2011, p. 65) ainda complementa que a “Filiação biológica ou natural é a relação que se estabelece por laços de sangue, entre uma pessoa e seu descendente em linha reta do primeiro grau”.

Assim, para Dias (2016) mesmo que haja a comprovação do vínculo constituído pela convivência, isso de forma alguma exclui a possibilidade da investigação e da consolidação do vínculo biológico, tendo em vista que a busca pela paternidade biológica constitui um direito da personalidade.

Para tanto, Fujita (2011, p.65) argumenta que “A filiação resultante da reprodução humana natural ou carnal é aquela que envolve uma relação sexual entre um homem e uma mulher com a conseqüente concepção, pouco importando a sua origem”. Em virtude dessas considerações, o autor deixa claro que pouco importa se essa concepção ocorreu dentro de um matrimônio, ou fora do matrimônio, se a relação era entre noivos, namorados, ou até mesmo “ficantes”, o que interessa nesse caso é a gravidez e o conseqüente nascimento da criança.

Com efeito, pontua-se que para Fujita (2011, p.65) “Esse liame de sangue pode se fazer presente por meio da reprodução natural ou carnal ou pelas várias técnicas de reprodução humana assistida”. Ademais, convém ponderar, que essas técnicas são essenciais para a concretização do sonho de muitas famílias ou mulheres que estão incapacitadas de procriarem por possuírem alguma anomalia.

Como se depreende das lições de Dias (2016) ainda existe impregnado no nosso meio social a busca pela verdade real, no que se refere à filiação biológica. Diante disso, observa-se que com a possibilidade da utilização do exame de DNA, como instrumento comprobatório do vínculo sanguíneo houve uma crescente demanda judicial, na procura dessa possível verdade real.

Embora, ainda haja uma grande valorização dos aspectos biológicos na determinação da filiação, é indiscutível que esta subseção trouxe como principal resultado a compreensão de que a ciência e tecnologia genética suscitaram a ampliação do conceito de filiação biológica. Convém ressaltar, que a filiação obtida por laços sanguíneos não é a única modalidade estudada no direito de família, com base nisso, no tópico que se segue, serão apresentados os principais aspectos ligados a filiação socioafetiva.

2.2. ANÁLISE DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

No capítulo que se introduz, serão apresentados os principais pontos que estão correlacionados a filiação socioafetiva. Diante disso, serão demonstradas por meio de uma averiguação detalhada o seu conceito, bem como as suas características. Para a concretização

desses objetivos serão utilizadas inúmeras obras doutrinárias que construirão um referencial teórico capaz de esclarecer as peculiaridades que envolvem essa temática.

Com efeito, cumpre assinalar que por muito tempo a sociedade nutriu a concepção de que os vínculos biológicos eram preponderantes nas relações de família, nesse prisma Calderón (2017, p.22) afirma: “As diversas concepções históricas de família nem sempre adotaram a afetividade como elemento constituinte do elo entre seus integrantes, visto que a noção do afeto envolve uma visão de pessoa, e da sua subjetividade, que nem sempre esteve presente”.

Dessa maneira, Fujita (2011, p.107) declara que a palavra afeto possui o significado de “Estado ou disposição do espírito, sentimento, afeição, paixão e ternura de uma pessoa para outra”.

Diante dessa perspectiva, na visão de Farias e Rosenvald (2017, p.610) “A filiação socioafetiva não está lastreada no nascimento, (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas”. Os autores ratificam que a filiação socioafetiva configura um tratamento de mão dupla, levando-se em consideração, que atualmente as relações familiares estão fulcradas no afeto.

Desse modo, Dias (2016, p.678) confirma “A filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto”. A autora ainda acrescenta “A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva”.

Como se pode observar, Dias (2016) argumenta que cada situação fática enseja uma solução jurídica diferente, em razão disso a identificação dos vínculos de parentalidade não pode ser buscada exclusivamente no campo genético, tanto a maternidade, quanto a paternidade resultam de uma crença construída pela convivência pai e mãe, aqueles que são capazes de partilhar o amor, carinho e a atenção.

De igual forma, Fujita (2011) declara que a filiação socioafetiva é caracterizada pela relação existente entre pai, mãe e filho, destacando a inexistência de liame sanguíneo. Sobre isso, é possível relatar:

A filiação vem a ser formada com o afeto que vincula pais e filhos, independentemente ou não da sua origem biológica. Pai e mãe se distinguem de genitor e genitora. Isso porque pai e mãe são os que, efetivamente, criam, educam, sustentam e amam, ao passo que genitor e genitora são aqueles que apenas geram indubitavelmente, existem genitores que são pais, mas há outros que não são (FUJITA, 2011, p.110).

Tendo como base as informações retro mencionadas verifica-se que, a ideia de maternidade e paternidade estão ligadas a responsabilidade e ao respeito. Seguindo tal entendimento Fujita (2011, p.111) assevera:

Ser pai, ou mãe, é: prover as suas necessidades vitais, compreender os limites de seu filho; sofrer com os seus reveses; corrigir os seus erros; incentivar, aplaudir e vibrar com as suas vitórias; ensinar-lhe a ser honesto leal e útil ao próximo e à comunidade social. É educá-lo para a vida com amor e muito afeto.

Por conseguinte, certifica-se que atualmente o verdadeiro significado da maternidade e paternidade não está essencialmente associado à verdade biológica. Corroborando desse pensamento Madaleno (2018, p.659) declara que o “livre-desejo de atuar em interação entre pai, mãe e filho do coração, formando verdadeiros laços de afeto, nem sempre estão presentes na filiação biológica”. A propósito, o autor acresce que a verdadeira filiação é aquela construída pela convivência.

Como se há de verificar Madaleno (2018, p.660) ensina que “O real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da natureza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra de um indesejado descuido e da pronta rejeição”. Com base nessas informações o autor evidencia que somente podem ser considerados genitores aqueles que têm o intuito de exercerem as funções de pais.

Assim, Madaleno (2018, p.660) reafirma que “Não pode ser considerado genitor o ascendente biológico da mera concepção, tão só porque forneceu o material genético para o nascimento do filho que nunca desejou criar e pelo qual nunca zelou”. O que se percebe dessa afirmação é que de fato pai e mãe são aqueles que despendem esforços e dedicação na criação dos filhos.

Um fator relevante na discussão da filiação socioafetiva é a posse de estado de filho, Farias e Rosenvald (2017 p.568) destacam “O papel preponderante da posse de estado de filho é conferir juridicidade a uma realidade social, pessoal e afetiva indvidiosa, conferindo, dessa forma, mais direito a vida e mais vida ao direito”.

Considerando o que foi dito vislumbra-se, que a posse de estado de filho constitui requisito essencial para a caracterização e reconhecimento da filiação socioafetiva, como bem elucida Dias (2016, p. 658) “A posse de estado de filho é que gera o vínculo de parentesco e impõe as responsabilidades decorrentes do poder familiar”.

Contudo, Tartuce (2017) declara que para a concretização da posse de estado de filho é necessário que se observe alguns critérios são eles: o tratamento (*tractatus ou tractatio*), a fama (*reputacio*) e por fim o nome (*nomem ou nominatio*).

Cabe salientar que Tartuce (2017) indica que o primeiro requisito, tratamento (*tractatus ou tractatio*) refere-se à noção de que, mediante a sociedade, as partes envolvidas na relação transmite a ideia de um vínculo familiar. Quanto ao segundo pressuposto fama (*reputacio*) diz respeito à publicidade conferida a essa relação perante a sociedade. Destarte, o último requisito nome (*nomem ou nominatio*) consiste na declaração no meio social de que o filho utiliza o nome do pai. Não se pode esquecer que nesse caso não basta a utilização do nome registral.

Demais disso, Fujita (2011) reitera que há um vínculo entre a posse de estado de filho e o princípio da aparência. É importante destacar que essa aparência confere proteção e segurança à relação construída pela convivência, pois o que se analisa nesse caso é a boa-fé, por conseguinte, esta última se exterioriza por intermédio da efetivação do cuidado dos pais em relação aos filhos.

Em atenção a essas ponderações e em análise aos proveitos obtidos por meio desse tópico, conclui que a filiação socioafetiva é um assunto novo no cenário jurídico, contudo, o que se percebe é que essa temática tem alcançado uma enorme repercussão pelo fato de possuir aplicação prática. Isso é tão verdade que continuamente escutamos até mesmo pelo senso comum a expressão de que “pai e mãe, são aqueles que criam”. Desse modo e tendo como base essa frase anteriormente mencionada, na subseção seguinte serão discutidos os efeitos jurídicos advindos do reconhecimento da filiação socioafetiva.

2.2.1. EFEITOS JURÍDICOS DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Superada a fase inicial onde foram relatados os principais pontos que regulam a filiação socioafetiva. Oportuno se faz agora a observação dos efeitos jurídicos advindos dessas relações. Diante disso, esse tópico tem como finalidade demonstrar que o vínculo afetivo consolidado e reconhecido traz proteção e responsabilidades aos familiares unidos por laços de afeto. Para elaboração dessa subseção serão utilizadas as obras doutrinárias escritas por: Christiano Cassettari, Jorge Shiguemitsu Fujita, Caio Mário da Silva Pereira e Maria Berenice Dias. Cabe ressaltar, que serão utilizados como base documental o Código Civil de 2002, a Constituição da República Federativa do Brasil, bem como enunciados jurisprudenciais.

Como se sabe, atualmente não há mais dúvidas sobre o fato das relações familiares estarem, primordialmente, fulcradas no afeto. O antigo paradigma da maternidade biológica resta superada, dando lugar ao aspecto afetivo da função maternal, que traz a ideia segundo a qual mãe é aquela que, mesmo sabendo da inexistência de vinculação biológica, depende em favor do filho atitudes de afeto e amor, acompanhando-o durante toda a vida auxiliando-o no seu crescimento. É cabível salientar que o reconhecimento e a caracterização da filiação socioafetiva geram efeitos jurídicos ensejando responsabilidades aos parentes socioafetivos tais como: direito aos alimentos, a guarda de filhos, o direito de visitas e sucessão. Nesse cenário Cassettari (2017, p. 119) assevera:

Assim, temos que, quando um pai ou mãe reconhece uma paternidade ou maternidade socioafetiva, esse filho passará a ter vínculo de parentesco com seus outros parentes. Com isso surgirão os conceitos: avós, bisavós, triavós, tataravós, irmãos, tios, primos, tios-avós socioafetivos, que irão acarretar todos os direitos decorrentes dessa parentalidade. Por exemplo, se o pai ou mãe socioafetivos não tiver condição de pagar pensão alimentícia ao filho, poderão ser chamados os avós. Se a pessoa morre e só deixa um tio socioafetivo vivo, terá esse tio o direito sucessório; e se deixar apenas um irmão socioafetivo vivo, e esse for menor, ele terá direito previdenciário. Isso se faz necessário para que seja atendido o princípio da igualdade e que a declaração de filiação socioafetiva não se torne uma fábrica de pedidos de pensão alimentícia, em que a pessoa busca apenas o bônus, sem querer assumir o ônus.

Como se depreende do exposto há uma relação de direitos e deveres entre pais e filhos. Como bem esclarecido nas subseções iniciais, atualmente existe uma equiparação entre os filhos consanguíneos e socioafetivos. Sobre isso melhor explica Cassettari (2017, p. 80) que declara:

Dessa forma, quando uma paternidade ou maternidade socioafetiva se constitui, essas pessoas estarão unidas pelos laços parentais, que dará ao filho não apenas um pai e/ou uma mãe, mas também avós, bisavós, triavós, tataravós, irmãos, tios, primos, sobrinhos etc. Já os pais também receberão, por exemplo, netos, bisnetos, trinnetos e tataranetos socioafetivos. Isso se dá em relação de igualdade estabelecida nessa parentalidade, que trará, como já dito, as mesmas consequências do parentesco biológico.

Considerando essa noção de igualdade estabelecida entre os filhos biológicos e socioafetivos é que Fujita (2011) preleciona que os pais possuem o dever de garantir não só o sustento, mas também a educação de sua prole. Ademais, ele ainda acrescenta que uma boa estrutura moral e espiritual é essencial para a construção de um indivíduo.

Assim, Fujita (2011) ensina a importância de um vínculo transparente, respaldado pelo respeito, diálogo e amorosidade no seio familiar. Partindo dessa presunção é que se pode confirmar que o reconhecimento da filiação socioafetiva ocasiona efeitos no mundo jurídico.

A guisa de exemplo, pode-se citar o direito aos alimentos, que é considerado uma das garantias constitucionais predispostas no artigo 227 da CRFB/1988, assim vejamos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Em análise do artigo supracitado, vislumbra-se que não é cabível apenas a família o dever de prover assistência à criança, adolescente e ao jovem, esta é uma tarefa de toda a sociedade que deve receber o auxílio do Estado para que se obtenha um resultado satisfatório.

Utilizando-se de outras expressões, contudo seguindo a mesma linha de raciocínio Pereira (2017, p. 619) justifica “Quem não pode prover a sua subsistência, nem por isto é deixado à própria sorte. A sociedade há de propiciar-lhe sobrevivência, através de meios e órgãos estatais ou entidades particulares”.

Diante disso, verifica-se em continuidade que o binômio necessidade e possibilidade são requisitos fundamentais para ensejar a obrigação alimentar, não é à toa que Dias (2016, p. 956) esclarece que “Necessidade e possibilidade são os únicos balizadores a estabelecer o dever alimentar”. Visualiza-se, portanto, que para caracterização da obrigação de prestar alimentos é feita uma análise que abrange tanto aquele que recebe, quanto aquele que terá que concedê-los.

De antemão não se pode esquecer que o CC/2002, também traz previsão relacionada ao direito de alimentos. Diante disso, o artigo 1.695 predispõe esse dispositivo da lei “Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento” (BRASIL, 2002).

O artigo 1.695 deixa claro que para a concessão dos alimentos é primordial que o alimentando seja hipossuficiente, ou seja, não tenha condições de manter o seu sustento. Assim sendo, o vínculo não deixa de existir pelo fato do rompimento da convivência. Dias (2016, p. 648) argumenta que: “De qualquer forma, quando se passa a falar em paternidade alimentar, é de se repensar a obrigação decorrente da paternidade afetiva também do genitor

por afinidade”. Cumpre ressaltar o entendimento consolidado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que no julgamento do agravo de instrumento ficou estabelecido que o agravante não pode exonerar da obrigação de prestar alimentos para a agravada que por 19 (dezenove) anos acreditou ser sua filha. Assim, entendeu o relator Freitas:

[...] Embora o Agravante tenha afirmado que inexistia vínculo de socioafetividade entre ele e a Agravada, não é possível emitir qualquer tipo de juízo a esse respeito, uma vez que não há nos autos processuais instrução probatória que permita ao julgador formar convicção sobre esse ponto. Nessa senda, não há como se posicionar em favor de uma medida drástica como a exoneração imediata dos alimentos, sem antes comprovar com segurança a (in) existência de eventual vínculo socioafetivo entre as partes [...]. (TJ-DF, 2017, on-line).

Diante disso, constata-se que a verdade socioafetiva prevalece em detrimento à verdade biológica, pois o fato do exame de DNA ter comprovado que a agravada não é filha do agravante, isso por si só, não constituiu elemento suficiente para desconstituir o vínculo de parentesco construído por quase duas décadas.

Outro ponto importante na discussão dos efeitos jurídicos advindos da filiação socioafetiva diz respeito à guarda dos filhos. Cassettari (2017) discorre que no que se refere à guarda ela pode ser concedida de forma unilateral ou compartilhada, o autor acresce que o juiz, dependendo do caso concreto, pode decidir a favor dos pais afetivos em desfavor aos biológicos. Um pouco adiante informa que o que diferencia a guarda unilateral da compartilhada, é que nesta última há uma responsabilização conjunta dos genitores.

Atualmente, um assunto que tem ganhado repercussão no cenário jurídico é quanto à regulamentação de visitas aos pais socioafetivos, sobre isso Cassettari (2017, p. 87) aduz:

Assim sendo, verifica-se que tanto o pai quanto a mãe e os avós socioafetivos terão direito de conviver com o filho, podendo visitá-lo regularmente, enquanto houver o exercício do poder familiar. Isso se aplica se a pessoa tiver pai ou mãe socioafetivos e, também, se ambos assim o forem. Não há preferência para o exercício do direito de visita de uma criança ou adolescente em decorrência da parentalidade ser biológica ou afetiva, pois que deve ser atendido é o melhor interesse da criança, lembrando que tal direito é extensivo, também, aos avós, não apenas biológicos, mas também, socioafetivos.

Em detrimento das afirmações anteriormente citadas, depreende-se que o importante de uma relação familiar é garantir o melhor interesse da criança, e muitas das vezes para alcançar esse objetivo é preciso compreender que existem pessoas que não possuem laços sanguíneos, no entanto, estão dispostas a amar como filhos aqueles que não

possuem a sua carga genética. E é essa reciprocidade que faz o termo “família” possuir um significado único, tendo a necessidade de obter um tratamento especial dentro da esfera jurídica.

Por conseguinte, Cassettari (2017) discorre que além do direito aos alimentos, a guarda de filhos e o de visitas, é possível estender o direito de sucessão aos parentes socioafetivos, basta que a relação constituída exteriorize a posse de estado de filho. Ademais, percebe-se, que ao se falar do direito sucessório é necessário que se faça uma observação subjetiva do caso concreto, pois só assim é que se poderá ter uma aplicação prática e efetiva desse instituto.

Diante o exposto, é possível concluir que esta subseção acarretou como resultado uma reflexão mais ampla sobre a matéria discutida, pois foi oportunizado um estudo sobre as consequências ocasionadas pelo reconhecimento da filiação socioafetiva. Com isso foi possível rompermos mais uma vez com antigas concepções alimentadas pelo senso comum. Em assonância com essas lições e certificada a relevância do tema, nos tópicos que se seguem a abordagem terá como foco a averiguação da aplicabilidade dos princípios da afetividade, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

2.2.1.1. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Cumpramos examinar neste passo acerca do princípio da afetividade, nessa direção este capítulo tem como objetivo demonstrar os impactos ocasionados por este princípio no estudo da filiação. Ressalta-se que o referencial teórico deste tópico será construído através de uma investigação bibliográfica.

É plausível verificar que por diversas vezes o termo afeto foi retratado nessa pesquisa, contudo, é de suma relevância que fique claro a relação existente entre o princípio da afetividade e o da dignidade da pessoa humana. Assim, Madaleno (2018, p.145) determina “O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”. Em acréscimo, afirma que o afeto surge da convivência e da liberdade que cada um tem em se afeiçoar ao próximo.

Em consequência, Madaleno (2018, p.145) ainda preceitua sobre o tema do afeto “A sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto; é valor supremo, necessidade ingente, bastando atentar para as demandas que estão surgindo para apurar responsabilidade civil pela ausência do afeto”.

Vislumbra-se, por estas afirmações que atualmente vem crescendo exponencialmente o número de pedidos de indenizações por abandono afetivo e que, inclusive, há diversificados precedentes consolidados tanto no campo jurisprudencial, quanto no doutrinário que retratam sobre essa questão.

Ao ensejo da conclusão deste item, deduz-se que o princípio da afetividade trouxe uma flexibilização no reconhecimento e proteção da filiação, por essas razões, é justificável a declaração de que o afeto ocupa um lugar de destaque na vida do ser humano. Nesta perspectiva, os tribunais já entendem que a negligência dessa observação ocasiona reflexos irreparáveis ao indivíduo que foi abandonado afetivamente, esse argumento se tornou o esteio para a responsabilização civil. Posto isto, no próximo tópico a análise será voltada ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este considerado como um dos mais abrangentes do ordenamento jurídico.

2.3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Atualmente, é indubitável a ideia de que os princípios possuem grande relevância na resolução das lides presentes no seio social. Diante disso, a presente subseção tem como finalidade expor acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, classificado como um dos vetores do direito de família.

Para elaboração desse tópico foram utilizadas as obras doutrinárias escritas por Maria Berenice Dias, Carlos Roberto Gonçalves, Sílvio de Salvo Venosa, Ricardo Maurício Freire Soares, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, bem como foi verificado o artigo 226, § 7º, da CRFB/1988.

Como se absorve dos ensinamentos de Dias (2016) o princípio da dignidade da pessoa humana constitui fundamento basilar do Estado Democrático de Direito, sendo assim o Estado possui o dever de se abster de qualquer conduta que ofenda o mínimo existencial do indivíduo. Para tanto, a doutrinadora ainda ratifica que o princípio da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente ligado aos direitos humanos, não podendo, portanto, ser desconsiderado na análise da determinação da filiação. Em virtude dessas considerações, Farias e Rosenvald (2017, p. 75) afirmam:

Realmente, a não admissibilidade de quaisquer comunidades afetivas (denominadas por alguns de entidades parafamiliares) como núcleos familiares, afastando-as da incidência protetiva do Direito das Famílias, sob o frágil argumento de não estarem explicitamente previstas no art. 226, colidiria a mais não poder com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial, por ser descabida

discriminação de qualquer espécie à opção afetiva de cada cidadão. Por isso, estão admitidas no Direito das Famílias todas as entidades formadas por pessoas humanas e baseadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas, ou não, pelo comando do art. 226 da Carta Maior.

Sob essa ótica, constata-se que o ordenamento jurídico tem como papel principal garantir a proteção do núcleo familiar, independentemente da sua origem. Sobre isso, Gonçalves (2017, p. 23) esclarece “O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente”. Com isso verifica-se a real importância desse princípio no amparo e na construção de uma estrutura familiar saudável.

Compreende-se, que essa noção de base familiar saudável não decorre necessariamente de um modelo preestabelecido de família, outrossim, Venosa (2017, p. 24) informa “O Código Civil não traçou um desenho claro dessas famílias, cujas questões ficam a cargo dos tribunais que sempre devem ter em mira a afetividade e a dignidade da pessoa humana”. Desse modo, essas famílias que não são tradicionalmente constituídas merecem respeito e uma efetiva proteção do ordenamento jurídico.

Vale ratificar que a intervenção do Estado na esfera familiar deve ocorrer de maneira limitada, respeitando sempre o planejamento familiar que é de livre iniciativa do casal. Nesse contexto, o artigo 226, § 7º, da CRFB/1988, consagra:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

Em consonância com o acatado, percebe-se que o planejamento familiar possui como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, a par disso Gonçalves (2017, p. 228) assevera “O planejamento familiar envolve aspectos éticos e morais”. Sendo assim, é incabível que as entidades estatais interfiram em aspectos particulares que envolvam a decisão do casal, não obstante, a participação do Estado deve ser voltada à formulação de programas assistenciais que propicie um auxílio na estruturação familiar.

Nesse cenário, Soares (2010) argumenta que o princípio da dignidade da pessoa humana acarretou uma modificação na interpretação e implementação dos direitos

fundamentais, oportunizando o reconhecimento de uma gama de direitos, conferindo uma visão mais justa, pelo simples fato de existirem cláusulas que vedam o retrocesso.

Nesta esteira, conclui-se que inadequado seria não tratar do princípio da dignidade da pessoa humana, até porque atualmente a estrutura jurídica reconhece que nem sempre as normas positivadas são suficientes para a resolução das celeumas existentes no nosso meio social, além disso, denota-se que esse capítulo foi essencial para o entendimento de que as situações de “fato” merecem proteção e respeito. Por tais razões, no tópico seguinte será explanado acerca do princípio do melhor interesse da criança, princípio este fundamental para uma melhor percepção de situações anteriormente desconsideradas pela coletividade.

2.3.1. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Em rápidas pinceladas, este tópico irá delinear a importância de uma observação subjetiva para a determinação do vínculo de maternidade. Para a organização desse título serão utilizados livros de renomados escritores, disponíveis em bibliotecas e em recursos informatizados das bases eletrônicas de dados.

Posta assim a questão, é de se dizer que é recomendável que as análises que envolvam crianças ou adolescentes sejam pautadas pelo princípio do melhor interesse da criança, outrossim, Dias (2016, p. 680) salienta:

O vínculo de filiação socioafetiva, que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil. Se o filho é menor de idade, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se maior, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que não admite um parentesco restrito ou de "segunda classe". O princípio da solidariedade se aplica a ambos os casos.

No caso em tela, infere-se que existem outros princípios que servem de complemento ao princípio do melhor interesse da criança, são eles o princípio da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade, cabe destacar que este último por ser mais amplo é aplicável em um maior número de hipóteses, não se restringindo apenas a um público alvo em específico.

Desse modo, há entendimentos concretos que em situações onde há uma lide instaurada tendo como litigantes pais biológicos e socioafetivos deve prevalecer à decisão que abarcar o melhor interesse da criança, assim Cassettari (2017, p. 38) ensina:

Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico – ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas –, deve o Juiz pautar se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras.

Em conformidade com acatado, vislumbra-se que o magistrado tem como tarefa direcionar as suas decisões aos ditames do melhor interesse da criança. Como se comprova, atualmente é comum serem instauradas disputas judiciais tendo a presença de pais biológicos versus os pais socioafetivos, assim, verificada a complexidade que essas demandas geralmente apresentam, é uníssono o entendimento de que é inviável que o juiz aplique uma fórmula exata na resolução dos casos concretos que lhes são apresentados. Diante disso, tanto o princípio do melhor interesse da criança, bem como os demais princípios que compõem o ordenamento jurídico são essenciais para nortear o magistrado a proferir uma decisão justa e efetiva.

Em virtude dessas considerações, esta subseção foi fundamental para o desfecho do discernimento acerca dos princípios, como foi visto o princípio do melhor interesse da criança possui uma abordagem prática, sendo essencial a sua observação para a conclusão dos casos levados ao judiciário. Por essas razões, a subseção seguinte retratará sobre o vínculo de maternidade, demonstrando assim resultados expressivos para a pesquisa.

2.3.1.1. VÍNCULO DE MATERNIDADE

Encerradas as discussões preliminares onde foram abordados os aspectos gerais correlacionados a filiação, necessário se faz verificar no que consiste o vínculo de maternidade e qual é o seu papel na relação de parentesco. É notável que no decorrer da pesquisa já foram discutidos inúmeros aspectos importantes sobre a caracterização da maternidade.

Denota-se que a metodologia empregada nesse tópico terá como suporte a leitura de obras doutrinárias e a análise do artigo 1.597 do Código Civil brasileiro, a fim de que se adquira um melhor discernimento acerca das particularidades que envolvem o elo constituído entre a genitora e a sua prole.

Historicamente tratando Madaleno (2018) diz que a maternidade alcançou um maior destaque a partir do século XX, como se pode vislumbrar antes desse período não havia

grandes preocupações quanto à determinação da maternidade, até porque ela era fundamentada pela presunção *mater semper certa est* (a mãe sempre é certa).

Com o decorrer dos anos e a consequente evolução da ciência e da tecnologia genética, presunções como estas se tornaram obsoletas, não podendo, portanto, serem consideradas como verdades absolutas.

Contudo, observa-se que ainda é possível evidenciarmos resquícios dessa antiga visão presente nas nossas legislações. A título de exemplo pode-se citar o artigo 1.597 do CC/2002, que preleciona o seguinte:

Art.1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; [...] V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (BRASIL, 2002).

É de se verificar, em análise ao artigo 1.597 que não há previsão expressa da infertilidade proveniente da mulher, o que demonstra a necessidade de uma adequação da legislação, com o objetivo de abarcar um maior número de situações presentes na sociedade.

Diante disso, em busca de um possível consenso acerca da constituição do vínculo de maternidade, Farias e Rosenvald (2017, p. 585) afirmam:

Assim, descortinam-se três diferentes critérios para a determinação da filiação a partir da combinação das suas distintas origens e características: o critério legal ou jurídico, fundado em uma presunção relativa imposta pelo legislador em circunstâncias previamente indicadas no texto legal; O critério biológico centrado na determinação do vínculo genético, contando, contemporaneamente, com a colaboração e certeza científica do exame de DNA; O critério socioafetivo, estabelecido pelo laço de amor e solidariedade que se forma entre determinadas pessoas.

Assim, partindo do pressuposto de que a filiação tem extrema relação com a determinação do vínculo de maternidade, é possível reafirmar o confronto existente entre a caracterização da maternidade decorrente do vínculo genético consolidado pela consanguinidade podendo, portanto, ser provado por meio do exame de DNA. Em contrapartida, inadequado seria esquecer, também da maternidade construída por laços de afeto.

Nesse sentido, deve-se dizer que a partir desse tópico foi possível concluir que o caminho para solucionar o conflito positivo de maternidade já foi traçado, tendo como principal resultado a concepção de que ainda há lacunas no ordenamento jurídico que devem ser sanadas. No entanto, a modernidade possibilitou uma nova oportunidade para que

problemas como estes fossem repensados pelo legislador. Nesse sentido, comprova-se que a investigação principiológica executada anteriormente serviu como alicerce para a constatação de que o vínculo de maternidade será determinado observando a afetividade, a dignidade da pessoa humana e, principalmente, o melhor interesse da criança.

De antemão, encerradas as discussões no que se referem aos aspectos gerais correlacionados à filiação, constata-se os proveitos obtidos. Nessa direção, na próxima seção será iniciada uma nova apuração onde o foco serão as bases técnicas e jurídicas da reprodução humana assistida, capítulo este fundamental para a consolidação do entendimento da reprodução humana assistida homóloga, heteróloga e gestação por substituição.

3. BASES TÉCNICAS E JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A presente seção que se inicia tem como meta realizar o estudo das bases técnicas e jurídicas da reprodução humana assistida. Para concretização desse objetivo serão utilizadas múltiplas obras doutrinárias, bem como serão analisados artigos específicos da Constituição da República Federativa do Brasil e do Código Civil brasileiro.

A título de esclarecimento essa seção apresentará quatro tópicos, onde se discutirá a respeito dos aspectos gerais relativos à reprodução humana assistida, logo em seguida a análise será voltada as particularidades que abarcam a reprodução assistida homóloga, heteróloga e pôr fim a gestação por substituição.

No que tange às possibilidades técnicas e jurídicas da reprodução humana assistida Madaleno (2018, p.700) assinala “As técnicas de reprodução assistida são avanços biotecnológicos criados para contornar os problemas de esterilidade e solucionar alguns de infertilidade”. Nessa esteira argumenta que a partir da década de 1940 ocorreu um avanço na ciência, possibilitando um impulso no campo da inseminação artificial. Em uma abordagem mais ampla, Diniz (2017, p. 715) enfatiza:

As novas técnicas conceptivas, de um lado “solucionam” a esterilidade do casal, que terá seu filho, com interferência de ambos, de um só deles ou de nenhum deles, mas, por outro lado, acarretam graves problemas jurídicos, éticos, sociais, religiosos, psicológicos, médicos e bioéticos.

Dessa maneira, é notório que o assunto em questão proporciona calorosos debates no cenário social e jurídico. Diante disso, Diniz (2017, p.715) ratifica “Gerar um filho não é uma questão de laboratório, mas obra do amor humano”. Posto isto, a doutrinadora adverte que algumas técnicas de reprodução humana assistida, tais como a inseminação artificial heteróloga, a fertilização *in vitro* e a gestação por substituição deveriam ser proibidas, pois podem ocasionar incertezas e conflitos, o que gera consequências para todos os participantes dos referidos procedimentos.

Ademais, Madaleno (2018) informa que os termos infertilidade e esterilidade não possuem o mesmo significado e podem ter origens provenientes do próprio organismo humano ou simplesmente serem decorrentes de problemas psicológicos. Nesse sentido, é fundamental ressaltar que essas anomalias atingem tanto homens quanto mulheres e que as diversas técnicas de reprodução humana assistida propiciam uma nova oportunidade para aqueles que de alguma forma estão impedidos de procriarem.

Por conseguinte, no que diz respeito à inseminação artificial Diniz (2017, p.717) apresenta o seguinte conceito:

Ter-se-á a inseminação artificial quando o casal não puder procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, pseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozoides, obstrução do colo uterino, doença hereditária, etc.

Para tanto, Madaleno (2018) destaca que por intermédio da inseminação artificial é realizada a junção do espermatozoide e do óvulo, não havendo, portanto, a necessidade de ato sexual para que se produzam resultados. Em acréscimo Madaleno (2018, p. 701) ratifica “A inseminação e a fecundação são etapas distintas e, embora seja utilizada a expressão artificial, em realidade a fecundação será sempre um processo da natureza, apenas estimulada pela ciência através de um artifício instrumental para, posteriormente, gerar a fecundação”.

Assim, considerando as informações supracitadas Dias (2016, p. 658) suscita que “A partir do momento em que se tornou possível interferir na reprodução humana, a procriação deixou de ser um fato natural para subjugar-se à vontade do homem”. Denota-se que hoje em dia, tais métodos acarretaram uma maior acessibilidade, inclusive, de casais homoafetivos utilizarem desses procedimentos e realizarem os seus sonhos de se tornarem pais valendo-se de outra via, distinta da adoção.

Muito, embora, haja controvérsias, Dias (2016) ao discorrer sobre o planejamento familiar evidencia que a Constituição Federal traz garantias expressas de que os métodos de reprodução humana assistida é elemento primordial para a concretização do objetivo da filiação, igualmente, afirma que o Estado possui o dever de formular políticas voltadas ao tratamento de esterilidade e reprodução.

Diante disso, Fujita (2011, p. 65) apresenta noções fundamentais a respeito da reprodução assistida, destacando as distinções entre as técnicas homóloga e heteróloga, senão, vejamos:

A filiação oriunda da reprodução assistida não tem como base a cópula carnal, mas, sim, um “conjunto de técnicas que têm como fim provocar a gestação mediante a substituição ou a facilitação de alguma etapa que se mostre deficiente no processo reprodutivo”. Ela poderá ser homóloga (materiais genéticos dos cônjuges ou companheiros) e heteróloga (material genético de terceiro).

Além do mais, Venosa (2017, p.249) anuncia “A inseminação artificial permite fecundar uma mulher fora da relação sexual. O sêmen é recolhido e mantido ou não por tempo mais ou menos longo, o qual, sendo introduzido no órgão sexual da mulher, a fecunda”. Com

isso, constata-se a relevância da análise da paternidade nessas hipóteses, considerando que o sêmen pode ser fornecido pelo companheiro da mulher ou por terceiro.

Em virtude dessas considerações, Dias (2016) destaca que as técnicas de reprodução humana assistida trouxeram a possibilidade para as denominadas “mulheres sozinhas” se constituírem mães, contudo, existem discussões no que diz respeito ao fato da criança não obter a participação efetiva de um suposto pai, não obstante, cabe ressaltar que essa visão é considerada preconceituosa, tendo em vista que o próprio ordenamento jurídico reconhece o direito de igualdade e o planejamento familiar livre de interferências desse gênero. Ademais, não há comprovações de que a família monoparental acarrete prejuízos, sendo assim, o importante nesse caso é que seja observado e respeitado sempre o princípio do melhor interesse da criança.

Com efeito, Madaleno (2018, p. 714) complementando as declarações anteriormente citadas anuncia:

O desejo de formar família pode ser atendido com o uso das técnicas de reprodução assistida, sendo certo que o Direito não pode interferir na esfera mais íntima da pessoa para ditar de que forma ela terá um filho, pois o projeto parental é individual e compõe o conteúdo da personalidade de cada um, e o artigo 227 da Carta Federal é o berço dos direitos fundamentais do menor, ao lhe assegurar, através da família, da sociedade e do Estado, dentre vários outros, o direito à convivência familiar, além de colocar a criança e o adolescente a salvo de toda forma de negligência, discriminação, crueldade ou de opressão.

Corroborando do mesmo entendimento Gagliano e Filho (2017, p. 1080) afirmam “o avanço científico das técnicas de reprodução humana assistida, cuidou-se também de imprimir dignidade constitucional aos denominados núcleos monoparentais, formados por qualquer dos pais e sua prole”. Assim, depreende que a família monoparental pode ser construída tanto pela mãe que decide criar um filho (a), sem participação da figura masculina, quanto de um pai que decide cuidar de um filho (a), sem a colaboração de uma companheira.

Dessa maneira, Farias e Rosenvald (2017, p. 540) declaram:

A evolução da engenharia genética e das técnicas de reprodução medicamente assistida somada à presença marcante do afeto em determinadas relações permitem enxergar um novo conceito para o parentesco. Múltiplo. Aberto. Sem limitações ou preconceitos.

Infere-se, nesse sentido, que a inclusão das técnicas de reprodução humana assistida, ocasionou uma ampliação do conceito de parentesco, nesse propósito, a afetividade possui reflexos significativos na construção de uma nova percepção, livre de discriminações.

Embora, seja notória a vedação de interferências no sentido de coibir a utilização de tais técnicas, Venosa (2017, p. 253) obtempera “A lei deverá restringir a reprodução assistida unicamente para situações permitidas nela, casos de infertilidade e quando todos os tratamentos possíveis para a reprodução natural tenham-se frustrado”. Diante disso, entende-se que esses procedimentos se constituem medidas excepcionais, devendo ser utilizados somente quando todas as vias naturais forem esgotadas.

Contudo, mesmo que haja o entendimento de que o ordenamento jurídico deverá estabelecer as diretrizes que a reprodução humana assistida será pautada, Venosa (2017, p. 248) previne “Advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade”. Assim, verificada a amplitude que essas questões alcançam, é perceptível que as nossas legislações são insuficientes e lacunosas, sendo, portanto, necessário que ocorra uma normatização dessas situações que estão cada vez mais presentes no nosso cotidiano.

Em consonância com o acatado Madaleno (2018, p. 702) confirma:

Realmente, a abordagem acerca da reprodução assistida no Código Civil é superficial, só sendo referida por decorrência da filiação conjugal presumida, e a normatização da matéria deve ser estabelecida por leis especiais, porque são constantes e dinâmicas as mudanças nessa seara de infindas descobertas no campo da engenharia genética, não comportando sejam reguladas em códigos, cuja maior característica é justamente a estabilidade das leis.

Por tais razões, é que o principal resultado alcançado no estudo desse item é de que a sociedade, bem como a ciência tem caminhado em busca de romper com as antigas “verdades absolutas” que foram nutridas durante várias décadas, todavia, as legislações, então vigentes estão aquém dessas mudanças, demonstrando uma frágil base jurídica na discussão das técnicas de reprodução humana assistida. Nesse desígnio, no tópico seguinte a análise estará voltada aos principais aspectos correlacionados a reprodução assistida homóloga.

3.1. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA

A discussão que se inicia nessa subseção tem como finalidade relatar acerca dos principais pontos que abarcam a reprodução assistida homóloga. Quanto à estrutura metodológica aplicada nesse tópico serão utilizadas as obras escritas por Sílvio de Salvo

Venosa, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Jorge Shiguemitsu Fujita, Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno, Paulo Nader, Maria Helena Diniz e por fim Caio Mário da Silva Pereira.

Superada as noções iniciais onde foram demonstradas a maneira da elaboração deste título, o próximo passo será expor o conceito de reprodução humana assistida homóloga. Nesse sentido, de acordo com Venosa (2017, p. 249) “Denomina-se homóloga a inseminação proveniente do sêmen do marido ou do companheiro”. Ato contínuo, Farias e Rosenvald (2017, p. 593) afirmam “A fertilização assistida homóloga é caracterizada pela intervenção médica, facilitando casais que têm dificuldade em engravidar e levar a gravidez a termo. Trabalha-se com o material genético do próprio casal, não gerando maiores dificuldades”.

Em rápidas pinceladas Fujita (2011, p. 65) ratifica “A fecundação será homóloga, se utilizados o óvulo do cônjuge virago e o sêmen do cônjuge varão”.

Ademais, Dias (2016, p. 670) acrescenta “Chama-se de concepção homóloga a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação *in vitro*, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo”.

Em atenção às afirmações supratranscritas é possível constatar que a técnica artificial homóloga tem como principal característica a utilização do material biológico do próprio casal. Nesse propósito, Madaleno (2018, p. 703) reitera “A inseminação artificial homóloga utiliza o sêmen do próprio marido e o óvulo da mulher, à margem da relação sexual, mas com a ajuda instrumental”. Assim, não há grandes questionamentos pela sociedade no tocante a utilização dessa técnica, sendo ela fundamental para fortalecer os laços familiares daqueles que inicialmente estavam impossibilitados de procriarem por possuírem alguma disfunção. Nesta perspectiva, Nader (2016, p. 458) tece as seguintes considerações: “A fecundação artificial homóloga não provoca, em regra, questionamentos de natureza ética ou jurídica, pois são coincidentes as paternidades biológica, jurídica e socioafetiva”.

Na mesma direção, contudo, com uma visão um pouco distinta Diniz (2017, p. 718) preleciona “Em regra, a inseminação artificial homóloga não fere princípios jurídicos, embora possa acarretar alguns problemas ético-jurídicos, apesar de ter o filho os componentes genéticos do marido e da mulher”.

Além disso, Dias (2016) apresenta declarações anunciando que via de regra na inseminação artificial homóloga não é preciso que o companheiro autorize o procedimento. Dessa forma, será ele responsável de todas as incumbências provenientes do poder familiar.

Embora, se diga que não há grandes controvérsias envolvendo a inseminação homóloga, é possível afirmar que existem algumas questões sendo debatidas por apresentarem certo grau de complexidade, à guisa de exemplo podemos citar as hipóteses de fertilização e inseminação *in vitro post mortem*. Conforme explica Dias (2016, p. 671) “O vínculo de paternidade se estabelece ainda que falecido o genitor”. Nesse sentido, cumpre destacar que é necessária a autorização prévia e expressa do cônjuge para que se utilize desse procedimento após a sua morte, pois essa autorização enseja o direito tanto ao reconhecimento da paternidade, como o direito sucessório. Desta forma, Madaleno (2018, p. 704) explana acerca do assunto da seguinte maneira:

Consequentemente, a possibilidade de a viúva proceder à inseminação artificial homóloga após a morte do marido, prevista no inciso III do artigo 1.597, só poderá ser levada a efeito se já constar de autorização expressa deixada pelo esposo sucedido em documento de consentimento de precedente posse da clínica, centros ou serviços especializados na aplicação de técnicas de reprodução assistida, ou se em vida o marido assim se expressou por testamento ou documento autêntico.

Como se extrai do texto citado o legislador compreendendo os efeitos jurídicos decorrentes da inseminação artificial homóloga após a morte, estabeleceu como parâmetro a formalização expressa do consentimento do companheiro, sendo assim, somente com a autorização prévia do falecido, é que a viúva poderá se valer de tal técnica. Nessa senda compartilhando do mesmo entendimento, Pereira (2017, p. 382) explica:

Consideram-se filhos os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido (inciso III do art. 1.597). Neste caso o óvulo e o sêmen pertencem ao marido e à mulher. Este procedimento pressupõe o consentimento de ambos. Deve-se admitir, no entanto, a presunção de paternidade do marido falecido, se utilizado o material genético do falecido e estando a mulher na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido.

É possível deduzir que o direito sucessório também é assunto controvertido no âmbito da inseminação homóloga, em razão disso Farias e Rosenvald (2017, p. 598) são categóricos ao aduzirem:

Se já havia concepção laboratorial, quando do falecimento do genitor, o filho terá direito sucessório, uma vez que o artigo 1.798 é de clareza solar ao afirmar que a capacidade para suceder é reconhecida em favor de quem nasceu ou foi concebido. Ora, não havendo diferenciação entre a concepção uterina ou laboratorial, é forçoso concluir que ambas estão abarcadas, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos (que é princípio de inclusão). A outro giro, se não havia concepção, ou seja, em se tratando apenas de sêmen congelado, sem que tenha ocorrido a concepção laboratorial, não há que se falar em direito sucessório, exatamente pelo princípio da isonomia porque as situações são absolutamente

distintas e igualmente substanciais consiste em tratar desigualmente quem está em situação desigual.

Posta assim a questão, é de se dizer que o princípio da igualdade será observado na análise do direito sucessório. Cumpre ressaltar, que este direito somente será aplicado nas situações em que se iniciou a concepção. Para tanto, o fato de existirem sêmens congelados não garante que sejam estabelecidas analogicamente as garantias que são direcionadas aqueles que já foram concebidos.

Outra questão de igual complexidade refere-se aos embriões excedentários. Diante disso, Dias (2016, p. 670) explica “Os embriões concebidos por manipulação genética, e que não foram implantados, são chamados de embriões excedentários”. Partindo-se desse pressuposto, conclui-se que no momento em que é executado o procedimento de fertilização são gerados um grande número de embriões, a fim de que seja levada a termo a concepção, acontece que nem todos esses embriões são utilizados, sendo congelados até que seja definido o seu destino.

Na mesma direção, considerando os atuais debates relacionados ao direito da personalidade Dias (2016) argumenta sobre a possibilidade dos embriões excedentários serem equiparados aos nascituros, outrossim, caso isso ocorra serão estabelecidos a ambos os mesmos direitos e garantias.

Sintetizando os resultados alcançados no estudo dessa subseção, constata-se que a reprodução humana assistida homóloga é uma técnica aceita por grande parte da sociedade, sendo empregada quando as vias naturais serem esgotadas e mesmo assim não for alcançado o resultado satisfatório. Por conseguinte, visualiza-se diversificadas situações que são debatidas não só no campo jurídico, mas também no ético e religioso. Assim, o capítulo que se sucede retratará acerca da reprodução assistida heteróloga.

3.2. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA

Dado o exposto no tópico anterior foi possível verificar os principais aspectos correlacionados a reprodução humana assistida homóloga. Não obstante a isso, a subseção que se introduz tem como finalidade abordar relativamente sobre o conceito, bem como as características da reprodução assistida heteróloga, assim é de extrema importância que sejam utilizados não apenas livros para embasar o estudo, mas também um suporte documental respaldado na análise da Resolução nº. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.

Levando em conta os esclarecimentos preliminares, no que se refere às noções conceituais Dias (2016, p. 673) anuncia “A fecundação artificial heteróloga ocorre quando o marido ou o companheiro manifestam expressa concordância que sua mulher se submeta ao procedimento reprodutivo com a utilização de sêmen doado por terceira pessoa”.

Partindo desse pressuposto, Madaleno (2018, p. 709) expõe a seguinte definição: “é heteróloga a inseminação artificial quando utiliza o sêmen de um doador que não o marido ou o companheiro, sendo imprescindível o expresso consentimento do parceiro”.

Oportunamente, Venosa (2017, p. 252) acrescenta “A inseminação heteróloga é aquela cujo sêmen é de um doador que não o marido. Aplica-se principalmente nos casos de esterilidade do marido, incompatibilidade do fator Rh, moléstias graves transmissíveis pelo marido”. Salienta-se, que há bancos de esperma destinados para a concretização desse procedimento, demais disso, não se pode ter conhecimento da identidade dos doadores.

No tocante à divulgação dos doadores Dias (2016, p. 673) assevera “É obrigatória a manutenção do sigilo sobre a identidade dos doadores e dos receptores”.

Corroborando do mesmo pensamento Madaleno (2018, p. 709) ensina:

O esperma do doador é, de regra, armazenado em banco de sêmen, passando por rotineira verificação de sua qualidade, havendo sigilo sobre a identidade do doador, mas fornecidos os da dos respeitantes ao seu porte físico, suas características morfológicas, como o grupo sanguíneo, cor da pele, dos cabelos e dos olhos, cujas informações são cruciais aos donatários.

Dessa maneira, é notável que a análise das características morfológicas do doador é de significativa importância, pois deve haver compatibilidade com a receptora. Nesta direção, o inciso IV, item 7, da Resolução nº. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina elucida “A escolha das doadoras de oócitos é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que a doadora tenha a maior semelhança fenotípica com a receptora”.

Seguindo esse contexto Cassettari (2017, p. 43) reafirma:

Com relação aos doadores, a resolução determina que eles não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, e para isso será mantido sigilo, obrigatoriamente, sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores, mas, em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador. As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

Em relação ao consentimento Dias (2016, p. 673) deixa claro “O consentimento não precisa ser por escrito, só necessita ser prévio”. Ademais, informa a impossibilidade da retratação do consentimento após a implantação do óvulo. Referente ao procedimento Cassettari (2017, p. 42) afirma:

O banco de sêmen é um serviço integrado a grupos de reprodução assistida, que permite a preservação do sêmen humano congelado para ser utilizado para futuras gestações. Nele, o sêmen é mantido por tempo indefinido, congelado em nitrogênio líquido (196° C negativos) para utilização em inseminação artificial ou outras técnicas de fertilização assistida para se conseguir gravidez.

Em seguida, Cassettari (2017) informa que por intermédio da masturbação serão colhidos os espermatozoides. Concluída a coleta e depois de analisados os espermatozoides, serão congelados e mantidos a temperatura de 196° C negativos. Além do mais, Cassettari (2017, p. 42) ainda apresenta a referida declaração “O sêmen congelado, tanto de pacientes como aqueles que fazem doação, é utilizado para inseminação artificial ou para fertilização “*in vitro*”. Nesse sentido, o médico observará o ciclo menstrual da paciente, a fim de que constate o momento oportuno para concretizar o objetivo da gravidez.

Não se pode perder de vista, que há duas modalidades de banco de sêmen, com efeito, Cassettari (2017, p. 42) os distingue:

O banco de sêmen terapêutico mantém congelado sêmen de homens que vão se submeter a tratamentos que podem colocar em risco sua fertilidade, como a quimio ou a radioterapia, vasectomia, algumas cirurgias, entre outros. Já o banco de sêmen de doadores anônimos mantém espermas de homens que voluntariamente doaram seus gametas para casais cujo marido apresenta infertilidade que não pode ser tratada ou doença hereditária conhecida, como, por exemplo, hemofilia.

Verifica-se que a primeira categoria de banco de sêmen é destinada aos homens que irão realizar algum tratamento que possa ocasionar a sua infertilidade. Em outra direção, a segunda modalidade trata-se de sêmen ofertado por doadores anônimos, com fito de que futuramente sejam utilizados por homens inférteis.

De antemão, Cassettari (2017) informa os critérios observados na doação do sêmen. Dessa maneira, o doador deve ter faixa etária de 18 a 45 anos de idade, não pode possuir na família histórico de doenças hereditárias, além de manterem o sigilo, eles ainda serão submetidos a inúmeras avaliações e exames.

É importante ressaltar que após a manifestação do consentimento o esposo ou companheiro não terá o direito de negar a paternidade, como bem esclarece Cassettari (2017)

nesses casos é reconhecida a filiação socioafetiva, o que impossibilita uma futura impugnação do reconhecimento da paternidade.

Por tais razões, conclui-se que essa subseção trouxe como resultado o conhecimento de mais uma técnica de reprodução humana assistida, diferente da primeira técnica exposta no tópico anterior, que para concretização do procedimento é necessário a utilização do próprio material genético do casal, para a efetivação da técnica heteróloga é preciso que utilize o material genético de um terceiro. Considerando essas informações, no tópico que se segue a abordagem será sobre a gestação por substituição.

3.2.1. GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

O assunto que será debatido nessa subseção tem como foco principal relatar sobre a gestação por substituição, popularmente conhecida como “barriga de aluguel”. Diante disso, para que haja um resultado satisfatório, a fim de que se obtenha o máximo possível de informações acerca do assunto será utilizado um arcabouço doutrinário amplo, bem como será realizado o estudo de legislações específicas.

De antemão, iniciando a discussão da temática Dias (2016, p.675) apresenta a seguinte definição: “Gestação por conta de outrem, maternidade por substituição ou por sub-rogação são expressões que nada mais significam do que a conhecida barriga de aluguel”. Cumpre advertir, que o termo “barriga de aluguel”, é amplamente criticado pelo ordenamento jurídico, tendo em vista que a CRFB/1988 veda expressamente a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, veja-se:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. [...] § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o inciso VII, item 2, da Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina deixa claro “A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”. Na mesma direção, Madaleno (2018, p.713) declara sobre o assunto “A doação de óvulos no Brasil não pode envolver fins lucrativos, tanto que as doadoras assinam termo de consentimento em que aceitam a doação sem finalidade lucrativa, reconhecendo a obrigatoriedade do anonimato”.

Em outra perspectiva, Madaleno (2018) declara que há duas espécies de mães de substituição, sendo elas a mãe portadora e a mãe de substituição. Quanto à genitora portadora o doutrinador a define como aquela que concede seu útero, já a mãe de substituição é aquela que pode ceder tanto o útero, quanto seus óvulos. Sendo assim, a cedente deverá abrir mão dos seus direitos maternos e conseqüentemente entregar a criança logo após dar à luz.

Atualmente, a Resolução nº. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina é responsável por apontar as diretrizes que deverão ser respeitadas para a utilização desse procedimento. Ademais, o inciso VII, item 1, declara:

A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau-mãe/filha; segundo grau – avó/irmã; terceiro grau –tia/sobrinha; quarto grau –prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Federal de Medicina (BRASIL, 2017).

Como se observa é necessário que a cedente temporária do útero possua um vínculo de parentesco com um dos parceiros, até o quarto grau, contudo, Madaleno (2018) explica que alguns conselhos regionais de medicina, têm adotado um entendimento mais flexível, inclusive, permitindo que amigas próximas cedam o seu útero temporariamente. Para tanto, Tartuce (2017, p.262) complementa:

Nas hipóteses de doação voluntária de gametas ou de gestação por substituição, deverão ser também apresentados: a) termo de consentimento prévio, por instrumento público, do doador ou doadora, autorizando, expressamente, que o de quem convive em união estável com o doador ou doadora, autorizando, expressamente, a realização registro de nascimento da criança a ser concebida se dê em nome de outrem; b) termo de aprovação prévia, por instrumento público, do cônjuge ou do procedimento de reprodução assistida; e c) termo de consentimento, por instrumento público, do cônjuge ou do companheiro da beneficiária ou receptora da reprodução assistida, autorizando expressamente a realização do procedimento.

Ainda sobre os requisitos essenciais para a permissão da utilização da gestação por substituição, Farias e Rosenvald (2017) reiteram:

É possível extrair os requisitos exigidos para a gestação em útero alheio: i) a maternidade por substituição deverá efetuar-se entre parentes até o quarto grau (mãe e filha, avô e neta, irmãs, primas), devendo os demais casos ser submetidos à prévia anuência do Conselho Federal de Medicina; ii) a cessão de útero terá, imperativamente, caráter gratuito,³ vedada a remuneração pelo ato (afastando-se, assim, os nebulosos exemplos de aluguel do corpo humano); e iii) que tenha finalidade médica a sua aplicação, ou seja, somente é permitida a utilização da técnica por pessoas que, realmente, não podem gestar, afastados os casos em que a mulher não quer ficar grávida por questões estéticas, por exemplo.

Em última análise, compreende-se que esse tópico trouxe informações importantíssimas para o desenvolvimento da pesquisa, como por exemplo, a avaliação da Resolução nº. 2168/2017. Dessa maneira, a abordagem seguinte será conclusiva na determinação do vínculo de maternidade, oportunamente será dissertado relativamente sobre a análise jurídica da gestação por substituição e o conflito positivo de maternidade.

4. ANÁLISE JURÍDICA DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

É inegável que a análise jurídica da gestação por substituição e demais técnicas de reprodução humana assistida é um tema bastante controvertido. Cumpre ressaltar, que para confecção desse tópico será utilizada a obra escrita por Rolf Madaleno e a Resolução de Medicina do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017.

Não obstante, a evidente evolução da ciência e da tecnologia genética, verifica-se que o atual ordenamento jurídico brasileiro é omissivo quanto aos paradigmas que estão correlacionados as atuais técnicas de reprodução humana assistida, uma vez que não há uma legislação específica que aborda a maneira que será aplicada tais técnicas, bem como estabelece a solução jurídica viável no caso de conflito positivo de maternidade (MADALENO, 2018).

Destaca-se, que a ausência de normas específicas regulando o assunto anteriormente mencionado ocasiona inseguranças jurídicas. Para tanto, é importante destacar que para amenizar os efeitos das lacunas existentes são utilizados instrumentos normativos como o Código Civil de 2002, a Resolução de Medicina nº. 2.168/2017, assim como entendimentos consolidados nos tribunais por intermédio de súmulas e jurisprudências. Sobre isso, Madaleno (2018, p. 702) esclarece:

Realmente, a abordagem acerca da reprodução assistida no Código Civil é superficial, só sendo referida por decorrência da filiação conjugal presumida, e a normatização da matéria deve ser estabelecida por leis especiais, porque são constantes e dinâmicas as mudanças nessa seara de infindas descobertas no campo da engenharia genética, não comportando sejam reguladas em códigos, cuja maior característica é justamente a estabilidade das leis.

Considerando essas afirmações, constata-se que ainda estão impregnadas no seio social as obsoletas presunções tanto de maternidade, quanto de paternidade, o que constitui retrocesso frente o avanço das técnicas de reprodução humana assistida. Ademais, é importante pontuar que atualmente a Resolução de Medicina nº. 2.168/2017 é responsável por identificar os padrões éticos e procedimentais que serão observados na aplicação das referidas técnicas. Assim, a título de esclarecimento Madaleno (2018, p. 704) assevera:

Embora ainda escassa qualquer regulamentação brasileira sobre a reprodução assistida, o temário está disciplinado pela Resolução n. 2.168, do Conselho Federal de Medicina, de 21 de setembro de 2017, e publicada no Diário Oficial da União, de 10 de novembro de 2017, revogada a Resolução CFM n. 2.121/2015, sendo a atual Resolução n. 2.168/2017 a única fonte normativa, constando do terceiro item de seu 5º inciso que devem os pacientes expressar sua vontade, por escrito, quanto ao

destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

No que diz respeito à importância da Resolução n. 2.168/2017, vislumbra-se que ela apresenta diversos tópicos que buscam esclarecer o que deverá ser observado para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, especialmente a gestação por substituição. A título de exemplo pode-se citar as seções que retratam sobre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, pacientes de RA, as clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA, doação de gametas ou embriões, criopreservação de gametas ou embriões, diagnóstico genético pré-implantacional de embriões, gestação de substituição e por fim reprodução assistida *post-mortem*.

Por tais razões, conclui que é necessário a elaboração de uma legislação especial para regulamentar esses pontos controvertidos. Nesse sentido, essa subseção trouxe como resultado a reflexão de que ainda não evoluímos o suficiente no tocante a apresentar respostas concretas aos casos que são submetidos à apreciação do poder judiciário. Considerando essas informações, é que se torna necessário uma análise detalhada do conflito positivo de maternidade, com o enfoque no estudo da Resolução de Medicina n. 2.168/2017 e precedentes jurisprudenciais.

4.1. CONFLITO POSITIVO DE MATERNIDADE

A abordagem que se inicia na presente subseção tem como enfoque o estudo do conflito positivo de maternidade. Desse modo, esse tópico foi elaborado utilizando como instrumentos de investigações a obra o estado atual de biodireito escrita por Maria Helena Diniz e o trabalho de conclusão de curso da acadêmica Monaise Carteri Coradi.

É cabível destacar que com a consolidação das técnicas de reprodução humana assistida no seio social, a presunção *mater semper certa est* (a mãe sempre é certa) foi relativizada, tendo em vista que por intermédio das técnicas de reprodução humana assistida, especialmente, a gestação por substituição, é possível que a maternidade subsista em relação à genitora que concedeu o material biológico ou a que gestou. Diante disso, Diniz (2017, p. 740) argumenta:

Na fecundação na proveta, a criança poderá ter duas mães: uma institucional e outra genética; dois pais, o institucional, que será o marido de sua mãe, que anui na fertilização *in vitro cum semine alieno*, e o genético, ou seja, o doador do elemento viril fertilizante, que não terá responsabilidade jurídica pelo ser que gerou.

Compreendendo a relevância das questões suscitadas, bem como os pontos controvertidos que essa temática possui Diniz (2017) apresenta alguns questionamentos como, por exemplo, se seria viável a formulação de uma nova definição de maternidade e paternidade? Se mediante a dificuldade na determinação da maternidade na fertilização *in vitro*, na hipótese em que o óvulo for de uma doadora, quem será a mãe, a doadora ou a mulher em que cujo útero foi introduzido o óvulo de outra? Frente a esses apontamentos questiona-se no caso de gestação por substituição, sobrevivendo o litígio, o vínculo de maternidade subsistirá em relação à genitora que concedeu o material biológico ou a que gestou? A quem o poder judiciário deverá conceder a guarda da criança? Ademais, Diniz (2017, p.471) indaga “O que teria mais valor: o conteúdo genético transmitido ao filho ou o vínculo afetivo criado entre gestante e o feto”?

Nesse sentido, Coradi (2014, p. 46) em seu trabalho de conclusão de curso que tem como título conflito positivo de maternidade frente à gravidez de substituição transcreve considerações significativas:

O entendimento e a solução dada pela doutrina quanto ao conflito positivo de maternidade é divergente. Há quem entenda que mãe seria aquela que gestou e deu à luz, em razão da presunção *mater semper certa est*. E, de acordo com tal entendimento, preceitua Denise Rodrigues que “mãe é a que dá a luz independentemente de que técnica de reprodução esta tenha se valido”, ainda, conclui “que o termo substituição é utilizado erroneamente, pois quem gerou é a verdadeira mãe e só haverá substituição após a entrega do bebê a mãe que o criará” (RODRIGUES, 2008, p.409, *apud* CORADI, 2014, p. 46).

Em continuidade Diniz (2017, p. 741) anuncia “O Código Civil búlgaro (art.31), a Lei espanhola n.14/2006, art.10.2, a Lei inglesa e o Código Civil suíço (art.251, 1) entendem que a mãe é a que deu a luz, pois a filiação dos nascidos por gestação por substituição deve ser determinada pelo parto”.

Em direção adversa Diniz (2017, p. 741) informa “Nos Estados Unidos, um juiz entregou a criança ao casal encomendante, porque tinha mais condições de criá-la”. Além disso, cumpre assinalar que nesse país não é vedada a utilização da “barriga de aluguel”, desde que haja o consentimento das partes firmado por meio de um acordo que deverá ser submetido ao poder judiciário. Assim, Coradi (2014, p. 46) alude em trabalho acadêmico:

O desejo de ter um filho e os laços de afeto construídos são mais importantes que a simples descendência. O vínculo do amor é o mais importante e significativo na vida de qualquer pessoa, principalmente de uma criança. Esta lição acha-se consignada desde a antiguidade, na Bíblia. O astuto Rei Salomão, para dirimir o litígio entre

duas mulheres que diziam ser mães de uma criança não se serviu de nenhum critério que necessitasse a análise da natureza biológica da criança, ou da discussão de quem gerou, mas sim, na circunstância de amar e servir (TEIXEIRA, 2005, p.319, *apud*,) CORADI, 2014, p. 46).

Em virtude dessas considerações, em que se demonstra a relevância do afeto em detrimento ao vínculo biológico Diniz (2017, p. 741) opina da seguinte maneira:

Deverá o legislador optar pela prevalência da presunção da paternidade e da maternidade em prol do casal que idealizou o nascimento; o filho, aos olhos da lei, dele será, mesmo que o material genético não seja seu, pouco importando que tenha sido ou não gerado no útero da esposa ou se ela forneceu o óvulo, fecundado pelo sêmen do marido ou de terceiro e gestado no ventre de outra mulher.

Ao ensejo da conclusão desse item, constata-se que para Diniz (2017) a paternidade e a maternidade será atribuída para aqueles que optaram e quiseram o nascimento da criança.

Posto isto, na subseção posterior será realizado o estudo da Resolução de Medicina nº. 2.168/2017, documento este que trará contribuições significativas para a pesquisa, pelo fato de ser o único instrumento normativo que apresenta os aspectos éticos e procedimentais das técnicas de reprodução humana assistida, especialmente a gestação por substituição.

4.2. ESTUDO DA RESOLUÇÃO DE MEDICINA Nº 2.168/2017

A subseção que se inicia tem como objetivo realizar o estudo da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017. Desta forma, serão expostos alguns dos princípios gerais, pacientes das técnicas de RA, referentes às clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA, doação de gametas ou embriões, criopreservação de gametas ou embriões, diagnóstico genético pré-implantacional de embriões, sobre a gestação por substituição e por fim reprodução assistida *post-mortem*.

Cumpra observar, preliminarmente, os pontos relevantes dos princípios gerais, desse modo, o inciso I, item 1, da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, informa “As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”.

Verifica-se que o processo de procriação por intermédio das técnicas de reprodução humana assistida carrega na sua essência condições que devem ser respeitadas, assim o § 1º, do inciso I, da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017

preleciona “A idade máxima das candidatas à gestação por técnicas de RA é de 50 anos”. Ademais, o item 6 do mesmo inciso deixa claro “É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana”.

Por conseguinte, o inciso I, item 4, da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, expõe aspectos relevantes sobre o consentimento. Para tanto, destaca-se:

O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida (BRASIL, 2017).

Em atenção ao item 4, inciso I, infere-se que para um bom desempenho na aplicação das técnicas de reprodução humana assistida, é necessário compreender a importância dos aspectos biológicos, jurídicos e éticos. Quanto aos pacientes das técnicas de RA, o inciso II, item 1, da Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.168/2017, declara:

Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA, desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente (BRASIL, 2017).

Vislumbra-se que além, do consentimento é preciso que todos os participantes de tais procedimentos estejam cientes da legislação em vigor. Diante disso, no que se refere às clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA, a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.168/2017, esclarece:

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, pela coleta, pelo manuseio, pela conservação, pela distribuição, pela transferência e pelo descarte de material biológico humano dos pacientes das técnicas de RA (BRASIL, 2017).

Sendo assim, nota-se que as clínicas e centros possuem a responsabilidade de garantirem que todo o procedimento seja realizado com segurança. Acrescente-se ainda, o disposto no inciso IV, item 1 da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017

“A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”. Demais disso, o item 2 assevera “Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. Para tanto, o item 4, contido no inciso IV, retrata sobre o sigilo da identidade dos doadores e receptores de embriões, senão, vejamos:

Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do (a) doador (a) (BRASIL, 2017).

Em se tratando da criopreservação de gametas ou embriões, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, predispõe:

No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los (BRASIL, 2017).

Diante disso, há no cenário social, ético, religioso e jurídico, calorosos debates sobre o descarte dos embriões criopreservados, sobre isso a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, no item 4, inciso V, pontua que “Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes”. Ademais, o item 5, do mesmo inciso ainda prescreve “Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados”.

Tendo como referência o diagnóstico genético pré-implantacional de embriões, o inciso VI, do item 1, da Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.168/2017, aborda:

As técnicas de RA podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s) devidamente documentada em consentimento informado livre e esclarecido específico (BRASIL, 2017).

Denota-se que o consentimento dos pacientes deve ser devidamente documentado, a fim de que haja uma maior efetividade e segurança na aplicação das técnicas de reprodução humana assistida. Nesse sentido, a resolução anteriormente mencionada discorre sobre a gestação por substituição, sendo assim, o inciso VII, da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, informa:

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra indique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira (BRASIL, 2017).

Como se depreende, para submissão do processo de gestação por substituição há limitações específicas, ou seja, a doadora genética deve possuir alguma anomalia fisiológica que a impeça de gestar, ademais, esse procedimento também poderá ser aplicado nas hipóteses de união homoafetiva, ou pessoas solteiras. Por conseguinte, o item 1, predisposto no inciso VII, da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, estabelece os seguintes critérios:

A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau- mãe/filha; segundo grau- avó/irmã; terceiro grau-tia/sobrinha; quarto grau-prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina (BRASIL, 2017).

Observa-se que o critério do parentesco em situações especiais pode ser relativizado, desde que o Conselho Federal de Medicina autorize. Em última análise no que diz respeito à gestação por substituição, o inciso VII, item 3.5, esclarece que é essencial que ocorra o “Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez”.

Por último, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, pontua sobre a reprodução assistida *post-mortem*, dispondo que “É permitida a reprodução assistida *Post mortem* desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

Encerrado o estudo da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, é possível concluir que este documento trouxe para a pesquisa como resultado as principais diretrizes éticas, jurídicas e procedimentais que deverão ser respeitadas na implementação das técnicas de reprodução humana assistida. Diante disso, no tópico seguinte será realizada uma análise jurisprudencial e doutrinária, a fim de que mediante o estudo de casos concretos se possa efetivamente chegar a uma conclusão acerca da determinação do vínculo de maternidade, considerando as divergências existentes no campo doutrinário e as lacunas legislativas no ordenamento jurídico.

4.2.1. ANÁLISE DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO SOB A ÓTICA JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA

No presente tópico será realizada a análise da gestação por substituição sob uma ótica jurisprudencial e doutrinária. Cumpre sublinhar que a finalidade é demonstrar através de casos concretos como os tribunais têm reagido diante o conflito positivo de maternidade. Para a elaboração da subseção serão utilizados enunciados jurisprudenciais e livros redigidos por renomados juristas, tais como Maria Helena Diniz e Christiano Cassettari.

Inicialmente, a investigação surge com a verificação dos principais pontos apresentados nos autos nº. 2009.0010.4323, pelo juiz auxiliar de corregedoria José Marcelo Tossi Silva em parecer jurídico endereçado ao Egrégio Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, em que o desembargador Antônio Carlos Munhoz Soares aprovou o parecer do juiz auxiliar de corregedoria, negando provimento ao recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo, em que se discutia a imputação da maternidade e da paternidade aos fornecedores de materiais genéticos empregados para fertilização *in vitro* e inseminação artificial. Conforme se depreende nos autos em epígrafe, o casal Hélio Ferreira da Cunha Júnior e Sandra Regina Locatelli, movidos pelo desejo de procriarem, não obstante impossibilitados de utilizarem as vias comuns para concretização de tal objetivo, haja vista Sandra Regina possuir uma anomalia fisiológica que a impede de gestar, sendo assim, o referido casal recorreu à cunhada de Hélio Ferreira da Cunha Júnior, para que ela cedesse temporariamente seu útero, com o fito de viabilizar o desenvolvimento do embrião. Nesse sentido, ficou estabelecido que logo após o período de gestação, Mônica Emi Tsuruda, deveria entregar a criança ao casal, abdicando-se do direito de assumir a maternidade. Acontece que mesmo havendo a declaração expressa de que ela não possuía o desejo de assumir a maternidade, o Centro de Atenção à Saúde da Mulher – CAISM, Unicamp, expediu a declaração de nascido vivo identificando a cunhada de Hélio, como genitora, considerando o fato de que foi ela que deu a luz à criança. Diante disso, no que se refere ao possível conflito de maternidade o Ministério Público do Estado de São Paulo destaca:

[...] O recorrente alega, em suma, que a maternidade é presumida pela gestação, sendo mãe aquela que pariu a criança. Afirma que o contrato celebrado entre os envolvidos, intermediado por médicos do Centro de Reprodução Humana de Campinas, ligado à Faculdade de Medicina da Unicamp, não supera o princípio da maternidade certa pela gestação e parto [...]. (TJ-SP, 2010, p.01, on-line). (BRASIL, 2010).

Em seguida, relata ainda sobre a importância da preservação do melhor interesse da criança, bem como a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana, que de acordo com o que está disposto nos autos nº. 2009.0010.4323, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo serão garantidos com a lavratura de assento de nascimento. Nesse sentido, o Ministério Público do Estado de São Paulo assevera:

[...] Considera que a lavratura do assento de nascimento na forma pretendida não possibilitará o futuro conhecimento, pela criança, de sua real origem, porque ocultará a verdadeira maternidade. Além disso, não existe regulamentação legal para a prática pretendida pelos recorridos, o que impõe maiores cautelas e impede, por sua vez, a presunção de paternidade e maternidade tão só pelas declarações apresentadas pelos interessados, nas quais se inclui a do médico responsável pela fertilização e pela inseminação [...] (TJ-SP, 2010, p.02, on-line). (BRASIL, 2010)

Assim, tendo como base as informações anteriormente mencionadas, as quais demonstram que tanto a maternidade, quanto a paternidade, não devem ser presumidas apenas pelas declarações prestadas pelos interessados, o Ministério Público do Estado de São Paulo, no processo nº. 2009.0010.4323, argumenta sobre uma possível ilegalidade no procedimento de manipulação genética. Nesse contexto:

[...] Tece comentários sobre a possibilidade de manipulação genética vedada ou ilegal. Afirma, por fim, que a genitora que deu à luz não tem parentesco com os supostos pais biológicos o que contraria a resolução do Conselho Federal de Medicina destinada a impedir a comercialização do útero [...] (TJ-SP, 2010, p.02, on-line). (BRASIL, 2010).

Não obstante, a apresentação do recurso pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer pelo não provimento do recurso. Nesse paradigma, em análise aos autos nº. 2009.0010.4323 o juiz auxiliar Silva argumentou:

[...] Fundado na inexistência de vedação legal para o procedimento adotado na fertilização e inseminação artificiais, na natureza relativa das presunções de paternidade e maternidade decorrentes da lei, e no melhor interesse da criança, determinou a lavratura do assento de nascimento com consignação de que é filha de seus pais biológicos, ou seja, fornecedores dos materiais genéticos utilizados na fertilização *in vitro*, com arquivamento do procedimento pelo Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais para fornecimento, aos interessados, de certidão relativa ao seu conteúdo, mediante prévia autorização judicial [...] (TJ-SP, 2010, p.03, on-line). (BRASIL, 2010).

Ademais, acrescente-se ainda que a documentação acostada nos autos foi fundamental para a posterior decisão do desembargador Antônio Carlos Munhoz Soares, o qual aprovou o parecer do Juiz auxiliar da corregedoria, negando, portanto, provimento ao

recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo. Registre-se ainda, que no presente caso o que prevaleceu foi à maternidade vinculada ao material genético concedido pelo casal solicitante do procedimento.

É inegável que para a solução do conflito positivo de maternidade é necessário que cada caso em específico seja apreciado de maneira subjetiva, como visto no julgado anterior, a maternidade e paternidade foram determinados pelo critério genético, no entanto, há casos que o critério socioafetivo é que irá prevalecer.

Assim, utilizando esse argumento como fundamento o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, no julgamento de apelação cível alicerçou entendimento voltado à consolidação dos laços socioafetivos. Nessa direção a relatora Reis entendeu:

[...] Superada tal premissa, qual seja, de que a relação jurídica, consolidada sobre laços socioafetivos prevalece sobre a ligação genética, é preciso esclarecer que a posse do estado de filho decorre de vínculo afetivo, apoiado no tratamento e cuidado dispensado, nas responsabilidades assumidas, na relação de confiança estabelecida, e excede o âmbito familiar, conferindo aparência de filiação para toda a comunidade, situação que interfere na formação da personalidade [...] (TJ-GO, 2019, p.04 on-line). (BRASIL, 2019).

É notório que o aspecto socioafetivo não pode ser desconsiderado no momento da determinação da maternidade. Nessa acepção Diniz (2017, p. 741) de maneira categórica revela a sua opinião sobre qual é a decisão adequada nas hipóteses de conflito de maternidade, senão, vejamos:

Julgamos que **deverá o legislador optar pela prevalência da presunção da paternidade e da maternidade em prol do casal que idealizou o nascimento**; o filho, aos olhos da lei, dele será, mesmo que o material genético não seja seu, pouco importando que tenha sido ou não gerado no útero da esposa ou se ela forneceu o óvulo, fecundado pelo sêmen do marido ou de terceiro e gestado no ventre de outra mulher (grifo nosso).

Por tais razões, verifica-se que não há um precedente específico para o magistrado se pautar no momento de proferir sua decisão sobre quem será considerada mãe da criança. Sendo assim, observando a atual estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, partimos do pressuposto que genitora será aquela que garantir o melhor interesse da criança. Com base nisto, Cassettari (2017, p. 38) ratifica:

Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico – ampliado pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas –, **deve o Juiz pautar se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo**

dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras (grifo nosso).

Na mesma direção o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, no julgamento do agravo de instrumento, ressaltou a importância do princípio do melhor interesse da criança. Nesta esteira, verifica-se a concepção do relator Rosa:

[...] Em proêmio, vale considerar que a regulamentação do direito de visitas, assim como todas as questões que envolvem menores, deve prestigiar primordialmente o interesse da criança (art. 227, caput, da Constituição Federal), já que a convivência familiar assegura não só a formação de laços afetivos, como contribui ainda para a formação físico-psicológica do infante [...] (TJ-GO, 2019, p.03, on-line). (BRASIL, 2019).

Em atenção às informações expostas, verifica-se que este capítulo contribuiu para o resultado da monografia, demonstrando os pontos que devem ser observados para a solução do conflito positivo de maternidade. Sendo assim, foi possível constatar que o ordenamento jurídico brasileiro ainda possui deficiências no campo normativo, não sendo possível aferir uma resposta objetiva para o conflito positivo de maternidade por ausência de uma lei específica que regule o caso. Ademais, constata-se ainda a relevância de uma análise principiológica em questões subjetivas como a que foi apresentada no trabalho. Diante disso, tendo como base o estudo da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, bem como o estudo da gestação por substituição, sob uma ótica doutrinária e jurisprudencial, conclui-se que o magistrado fará uma análise minuciosa, a fim de identificar qual genitora garantirá o melhor interesse da criança.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, vislumbra-se que os capítulos construídos no decorrer da pesquisa foram decisivos para a solução da problemática inicialmente apresentada.

Nessa direção, no primeiro capítulo a abordagem esteve centralizada nos aspectos gerais correlacionados à filiação, demonstrando as transformações vivenciadas pelo direito de família ao longo dos anos. Destaca-se que a evolução da ciência e da tecnologia genética ocasionaram a ampliação do conceito de filiação biológica, todavia, inadequado seria esquecer a importância da filiação socioafetiva na análise da determinação da maternidade, uma vez que o vínculo afetivo consolidado e reconhecido traz proteção e responsabilidades aos familiares unidos por laços de afeto.

No segundo capítulo, a discussão foi sobre as bases técnicas e jurídicas da reprodução humana assistida, neste momento foram explanados os conceitos e as principais características da reprodução assistida homóloga, heteróloga e gestação por substituição.

Por conseguinte, no terceiro capítulo o estudo esteve voltado para análise jurídica da gestação por substituição, sendo apresentadas informações significativas sobre o conflito positivo de maternidade, trazendo à baila novamente a indagação que ocasionou a pesquisa, qual seja, considerando a modernização das técnicas de reprodução humana assistida, no caso de gestação por substituição, sobrevindo litígio, o vínculo de maternidade subsistirá em relação à genitora que concedeu o material biológico ou à que gestou?

Diante disso, no que se refere às possibilidades técnicas e jurídicas da reprodução humana assistida, especialmente a gestação por substituição, popularmente conhecida como “barrida de aluguel”, verifica-se que hodiernamente não há mais dúvidas de que as relações familiares estão fulcradas no afeto. O obsoleto padrão da maternidade biológica resta superado, dando lugar ao aspecto afetivo da função maternal, que traz a ideia segundo a qual mãe é aquela que, mesmo sabendo da inexistência de vinculação biológica, despende em favor do filho (a) atitudes de afeto, carinho e amor, acompanhando durante toda a vida e auxiliando no seu crescimento. Por outro lado, a filiação socioafetiva não exclui a filiação biológica, pois esta constitui direito da personalidade.

Dessa forma, em análise ao conflito positivo de maternidade e tendo como base uma investigação minuciosa doutrinária, jurisprudencial e da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, foi possível constatar que a melhor solução jurídica no caso de advir conflito positivo de maternidade é conceder a tutela aquela genitora que conseguir comprovar que garantirá o melhor interesse da criança.

Nesse sentido, conforme entendimento majoritário é recomendável que as análises que envolvam crianças ou adolescentes sejam pautadas pelo princípio do melhor interesse da criança, devendo este ser preservado em contraposição ao interesse dos genitores.

Cumprir observar que a garantia do melhor interesse da criança e do adolescente, está diretamente ligado aos princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana, sendo assim, é indubitável que tanto as crianças, quanto os adolescentes são partes vulneráveis na relação jurídica, cabendo ao Estado garantir a sua proteção. Contudo, é importante ressaltar que não há um padrão específico que apresente a definição do que seria esse melhor interesse, comportando, portanto, uma postura ativa e subjetiva do magistrado, que deverá proferir uma decisão que busque assegurar que o infante, obtenha uma estrutura familiar saudável, que garanta os seus direitos e que contribua para a sua construção enquanto indivíduo.

É relevante destacar que alguns obstáculos surgiram no decorrer da confecção do trabalho, tais como, a ausência de enunciados jurisprudenciais, bem como obras doutrinárias atualizadas que retratassem sobre o assunto, contudo, verifica-se que, frente à complexidade das questões suscitadas foi possível alcançar um resultado juridicamente aceitável e condizente com a atual estrutura do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: <mailto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 de mai. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 de mai. 2019.

BRASIL. **Resolução CFM nº. 2.168/2017**. Brasília-DF em 21/09/2017. Diário Oficial da União D.O.U. Publicado em 10/11/2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 14 de mai. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF. **Agravo de Instrumento nº 0714944-04.2017.8.07.0000**, da 1ª Turma Cível. Relator: Roberto Freitas. Acórdão em 14 de março de 2019. Publicado em 14 de março de 2019. Disponível em:<<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574384233/7149440420178070000-df-0714944-0420178070000/inteiro-teor-574384292?ref=serp>>. Acesso em: 16 de mai.2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Agravo de Instrumento nº 5545179.56.2018.8.09.0000**, da 1ª Câmara Cível. Relator: Maurício Porfírio Rosa. Acórdão em 19 de março de 2019. Publicado em 22 de março de 2019. Disponível em:<https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=92350776&hash=327547700345764523075489842234343728419&CodigoVerificacao=true> Acesso em: 16 de mai.2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Apelação Cível nº 0230165.75.2015.8.09.0040**, da 6ª Câmara Cível. Relatora: Sandra Regina Teodoro Reis. Acórdão em 26 de fevereiro de 2019. Publicado em 26 de fevereiro de 2019. Disponível em:<<https://tjgo.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712681715/apelacaoapl2301657520158090040/inteiro-teor-712681716?ref=serp>>. Acesso em: 28 de mai.2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Parecer Jurídico nº 2009.104.323**. Corregedor Geral da Justiça: Antônio Carlos Munhoz Soares. Parecer em 19 de março de 2010. Publicado em 25 de março de 2010. Disponível em:<<http://www.tjsp.jus.br/cc0/obterArquivo.do?cdParecer=1672>>. Acesso em: 17 de mai.2019.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CORADI, Monaise Carteri. **Conflito Positivo de Maternidade Frente à Gravidez de Substituição**.Disponível em:http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/498/1/PF2014Monaise_Carteri_Coradi.pdf>. Acesso em 17 mai.2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

- DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: direito de família. Volume V**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de Direito Civil: direito de família**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: em busca do direito justo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.