

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ISABELA CESCNETI MARTINS NATAL**

**MATERNIDADE SUBSTITUTIVA: UMA ANÁLISE CIVIL E  
CONSTITUCIONAL**

VITÓRIA  
2018

ISABELA CESCNETI MARTINS NATAL

**MATERNIDADE SUBSTITUTIVA: UMA ANÁLISE CIVIL E  
CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para aprovação na disciplina Elaboração de TCC.

Orientadora Professora Doutora Bruna Lyra Duque.

VITÓRIA

2018

## RESUMO

O presente trabalho busca analisar de que modo o artigo 1.597 do Código Civil pode ser interpretado para a compreensão do significado maternidade, considerando a técnica da maternidade substitutiva. Ao estudar esta pela ótica cível - apesar de não haver nenhuma norma específica sobre o tema - percebe-se que há várias questões que entram em conflito, em oposição. Com relação à metodologia da pesquisa, o método que pauta a mesma é a dialética. Assim, é necessário conceituar os tipos mais comuns das técnicas de reprodução assistida, e a relação existente entre elas, e o princípio da afetividade e do melhor interesse do menor. Ademais, trabalha-se a ideia da formação da família como um direito fundamental, e que por isso não há uma única forma de constituí-la. Desse modo, o trabalho explora o tema da maternidade substitutiva, como uma garantia do direito à maternidade e a questão da filiação, dentro da mesma.

Palavras-chave: maternidade substitutiva; princípio da afetividade; técnicas de reprodução assistida; filiação;

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	04
<b>1 O PANORAMA ATUAL O DIREITO DAS “FAMÍLIAS”</b> .....	07
1.1 ESPÉCIES DE FAMÍLIA E RELAÇÕES ATUAIS .....	07
1.2 O PAPEL DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NAS NOVAS CONSTRUÇÕES FAMILIARES .....	10
1.3 A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL .....	15
<b>2 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A FILIAÇÃO AFETIVA</b> .....	19
2.1 CONCEITO E TIPOS .....	19
2.2 MÃE DE SUBSTITUIÇÃO .....	21
<b>3 MATERNIDADE SUBSTITUTIVA</b> .....	25
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	31
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	33

## INTRODUÇÃO

O Código Civil foi cuidadoso quando resolveu regulamentar o tema da filiação, em seu artigo 1.597, dispondo que há três critérios: o decorrente de lei; o biológico e o socioafetivo. Entretanto, o Código Civil não prevê a situação da filiação nos casos de maternidade substitutiva.

Entende-se que o método da reprodução assistida oportuniza os casais ou pessoas solteiras que são inférteis, estéreis ou, por algum motivo possuem dificuldade em engravidar, o direito de ter filhos.

Entre as técnicas de reprodução assistida, existe a maternidade substitutiva, conhecida pelo senso comum como "barriga de aluguel", a qual consiste, basicamente, em uma mulher "emprestar" seu útero para que possa ser gerada uma criança para um casal ou uma pessoa solteira.

Porém, a reprodução assistida possui várias questões polêmicas e delicadas que o direito, sozinho, não é capaz ou encontra dificuldade em solucionar. Além disso, não há lei específica que trate sobre o tema, o que aumenta a instabilidade jurídica nesse campo.

A Resolução nº 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina, regulamenta a reprodução assistida, porém, não possui nenhum tipo de força de lei e, com isso, não há sanção jurídica. Essa norma estabelece restrições à liberdade do uso da técnica de maternidade de substituição.

Desse modo, o objetivo desse trabalho foi analisar de que modo o artigo 1.597 do Código Civil pode ser interpretado para a compreensão do significado maternidade, considerando a técnica da maternidade substitutiva.

Para isso foi preciso analisar como o Código Civil regulamenta e estabelece o vínculo de parentesco natural e civil; compreender as técnicas de reprodução humana assistida: Inseminação Artificial, Fertilização *in vitro* e Maternidade

Substitutiva; e verificar de que maneira o vínculo de parentesco se estabelece na maternidade substitutiva, a partir do Código Civil.

O primeiro capítulo explica a mutação nas relações familiares durante o decorrer dos anos e com o advento da Constituição Federal da República de 1988. Nesse sentido, retrata também os princípios do direito de família, principalmente o da afetividade e da solidariedade, como mola propulsora dos laços familiares. Além disso, trabalha a ideia de que formar uma família é um direito fundamental que pode ser atendido por meio de técnicas de reprodução assistida.

O segundo capítulo elucida que dentre as técnicas de reprodução assistida, existem a inseminação artificial; a fertilização ou fecundação *in vitro*; a transferência de gametas para trompas; a transferência de zigoto para trompas e a maternidade substitutiva. Esclarece a aplicação da Resolução 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina.

O terceiro capítulo trata que diante da possibilidade de reprodução assistida, pai e mãe são aqueles que expressam sua vontade de procriar e constituir família. Com isso, a filiação afetiva descarta a contribuição genética e valoriza a criação pelo afeto e amor.

A metodologia utilizada no trabalho foi a dialética, uma vez que sobre o tema, há várias questões que entram em conflito e que ainda não possuem legislação específica para regulamentá-las. Esse método consiste, basicamente, em oposições de ideias, ou seja, uma tese inicial irá se contradizer com outro argumento. A partir do conflito entre ambos, chega-se a síntese (resultado do confronto), a qual não é uma verdade incontestável, visto que tal método não tem como escopo essa pretensão.<sup>1</sup>

Por fim, a pesquisa foi quantitativa e, com isso, utilizou-se de pesquisas bibliográfica, legislação nacional, doutrina sobre o tema e jurisprudências dos Tribunais

---

<sup>1</sup> MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.72.

Superiores e do Tribunal de Justiça de São Paulo, com lapso temporal de 2010 a 2016.

# 1 O PANORAMA ATUAL DO DIREITO DAS "FAMÍLIAS"

## 1.1 ESPÉCIES DE FAMÍLIA E RELAÇÕES ATUAIS

O Código Civil de 1916 foi escrito no início de um século em que o objetivo era proteger, de todas as formas, o patrimônio. A base da sociedade e o pilar do Estado era uma família patrimonialista, com uma economia preponderantemente agrária e extremamente patriarcal.

Nesse sentido, havia uma hierarquização da família, de modo que o marido era o chefe da família, o centro de todas as decisões, o que detinha as diretrizes e o poder econômico. Por sua vez, a esposa e os filhos estavam sempre abaixo daquele, sendo considerados "inferiores" ao marido e ao pai, respectivamente. A mulher não possuía nenhum poder, nenhuma voz de comando, sendo sempre submissa aos desejos e ordens do marido, uma vez que a sociedade impôs que aquela devia obediência a este.

A principal preocupação do legislador do Código Civil de 1916 era o patrimônio, de modo que a família, o instituto jurídico que sustenta a sociedade, deveria ter também, esse objetivo. Dessa forma, não havia espaço para a construção de laços afetivos entre os membros da família.

É válido ressaltar que somente os filhos havidos dentro do casamento, com a esposa "oficial", eram considerados legítimos. Caso o marido tivesse relações com outras mulheres e por consequência, tivesse outros filhos com as mesmas, estes não eram legítimos, mas chamados de bastardos. Havia, também, uma diferença significativa em relação aos filhos adotivos. Ou seja, não havia igualdade entre os filhos.

Com o matrimônio, a mulher que se tornava esposa, passava a ter inúmeras obrigações, como por exemplo, o dever que foi imposto pela sociedade da época, de conceder filhos ao marido, de preferência filhos homens, para que os mesmos



continuassem com os negócios da família. Por outro lado, o dever do marido era de sustentar a casa, sendo a autoridade máxima.

Dessa forma, caso a esposa tivesse dificuldades para engravidar, sendo estéril e/ou infértil, esse era um motivo para que o marido "a devolvesse", anulando o casamento.

Com a evolução da sociedade, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, e com a entrada da mulher no mercado de trabalho, a concepção de família se transformou à medida que a interpretação de indivíduo mudou. A segunda metade do século XX trouxe novas concepções, como por exemplo, uma maior valorização e exaltação do indivíduo, tanto como pessoa de direitos individuais, como de direitos coletivos.

Com isso, o ordenamento jurídico brasileiro passou a ter como pilar a dignidade da pessoa humana, de forma que o indivíduo passa a ter autonomia e liberdade para construir uma família da forma como quiser, e não mais tendo que se delimitar a uma família formada pelo matrimônio, com vínculos exclusivamente biológicos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe esses novos preceitos, tentando acompanhar as mudanças da sociedade, como por exemplo, o reconhecimento da união estável, da família monoparental, da igualdade na vida conjugal entre homem e mulher e a igualdade entre os filhos:

Foram eliminadas injustificáveis diferenciações e discriminações que não mais combinam com uma sociedade democrática e livre. Houve o resgate do ser humano como sujeito de direito, assegurando-lhe, de forma ampliada, a consciência da cidadania.<sup>2</sup>

A Carta Magna exerceu um papel primordial ao romper com o único modelo de família vigente: a família patriarcal, monogâmica, em que o homem era o centro e

---

<sup>2</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 136.

não havia relações de afetividade e a preocupação da felicidade entre os membros.<sup>3</sup>

Nesse mesmo sentido afirma Rolf Madaleno:

Essa mutação social da família patriarcal para a família celular permite que as prestações vitais de afetividade e realização individual sejam atingidas, perdendo importância a sua áurea sagrada e os tabus deitados sobre a maternidade e paternidade, parecendo interessar mais a formação natural e espontânea da família.<sup>4</sup>

Diante dessa mutação ocasionada a partir da vigência da Carta Política de 1988, a família se transformou de forma que não havia mais uma única forma de constituí-la. A intenção da lei maior foi acompanhar as transformações e as evoluções da sociedade, de forma que agora, a formação da família não mais se condiciona a um único modelo, o qual foi por muito tempo, a família matrimonial.

A Constituição Federal de 1988 é considerada rígida, o que significa que é mais difícil de alterá-la, visando protegê-la de mudanças temerárias e com isso firmando uma estabilidade e segurança jurídica. Porém, ao mesmo tempo essa rigidez tem que permitir que o direito acompanhe as evoluções da sociedade.<sup>5</sup> Visando isso, existem procedimentos formais e informais que permitem essa consonância:

A reforma constitucional é um processo formal de mudança no texto de uma constituição rígida, por meio de uma atuação de certo órgão, mediante certas formalidades, estabelecidos nas próprias constituições para o exercício do poder reformador.<sup>6</sup>

[...] evidenciam-se também modos informais de alteração nas constituições, em que é modificado o conteúdo efetivo do dispositivo constitucional, sem que venha a ser modificada a sua disposição expressa.<sup>7</sup>

[...] a mutação constitucional consiste na alteração do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, sem tocar na letra do texto constitucional.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, Síntese v.4, n.14 (jul./set. 2002), p. 6,7. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em: 19 de março de 2018.

<sup>4</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 41.

<sup>5</sup> PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.97, 99.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> Idem, p.128.

<sup>8</sup> Idem, p.99.

Um dos destaques provenientes dessa mutação familiar, reconhecido pela Constituição e pelo Código Civil de 2002, é a formação da família por meio de técnicas de reprodução assistida, garantindo que pessoas estranhas à relação possam ser responsáveis pela gestação de uma criança, sem que assumam o papel parental de pai ou de mãe, dando ensejo a filiação afetiva, a qual valoriza a criação pelo afeto em detrimento da biológica.<sup>9</sup>

Essa nova estrutura familiar se dá por meio da chamada "filiação socioafetiva", em que o sentimento de afeto, amor, respeito, zelo, prevalece sobre a verdade biológica. A solidariedade como princípio do direito de família é o oxigênio de todas as relações familiares, uma vez que estas se mantêm ambientes de cooperação, compreensão e reciprocidade.<sup>10</sup>

O princípio da solidariedade vai além da justiça comutativa, da igualdade formal, pois projeta os princípios da justiça distributiva e da justiça social. Estabelece que a dignidade de cada um apenas se realiza quando os deveres recíprocos de solidariedade são observados ou aplicados.<sup>11</sup>

O dever de solidariedade está previsto no artigo 3º da Constituição<sup>12</sup> como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, e tem seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Com isso, o direito não pode ser analisado de forma isolada, mas conjuntamente com a sociedade.<sup>13</sup>

## 1.2 O PAPEL DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NAS NOVAS CONSTRUÇÕES FAMILIARES

A partir da evolução da sociedade, as relações familiares foram sendo pautadas no afeto, no amor, na felicidade e na solidariedade mútua. De acordo com Rolf

<sup>9</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.552, 553.

<sup>10</sup> Idem, p.89.

<sup>11</sup> LOBÔ, Paulo. **Princípio da Solidariedade Familiar**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

<sup>12</sup> Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

<sup>13</sup> DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Ariano Sant'Ana. **A harmonização entre os deveres fundamentais de solidariedade e o espaço da liberdade dos particulares no exercício da autonomia privada**. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a1f0cf94512f963e>>. Acesso em: 18 de abril de 2018.

Madaleno, "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".<sup>14</sup>

A família era constituída unicamente por meio do matrimônio e, como a principal preocupação era o patrimônio, não havia espaço para a construção de afeto, amor, felicidade e sentimentos recíprocos entre os membros.<sup>15</sup>

O princípio da afetividade "revolucionou" o instituto da família, uma vez que agora não se forma uma família somente pelo vínculo biológico. Na verdade, está muito além, de maneira que a relação provém do afeto entre os membros da família, ou seja, esse princípio é tão forte no direito de família, de forma que expande o vínculo afetivo às pessoas que não têm vinculação biológica entre si para constituir família, ocasionando uma diversidade familiar. O que realmente conecta um indivíduo ao outro para formar uma família é o afeto, amor, preocupações e planos em comum.

Com isso, o artigo 1.596 do Código Civil<sup>16</sup> traz como derivação do princípio da afetividade, o princípio da igualdade da filiação, ao afirmar que todos os filhos são iguais, havidos ou não dentro do casamento, não sendo mais diferente o modo como o direito e a sociedade tratavam os filhos que não eram concebidos dentro da relação do matrimônio. Dessa forma, é proibido qualquer tipo de discriminação entre os mesmos, os quais possuem os mesmos direitos e deveres.

Todavia, Rolf Madaleno critica essa "igualdade" estabelecida no artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988<sup>17</sup>, no artigo 1.596 do Código Civil<sup>18</sup> e no artigo 20 do

---

<sup>14</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.94,95.

<sup>15</sup> Idem, p. 6.

<sup>16</sup> Art. 1.596, Código Civil: Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

<sup>17</sup> 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: § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>19</sup>. Embora esses reconheçam a igualdade da filiação, ainda há um preconceito social, no sentido de que essas normas jurídicas mantêm uma classificação de acordo com o caráter matrimonial ou extramatrimonial da filiação.<sup>20</sup>

O princípio da afetividade está previsto no art. 1º, III da Constituição de 1988, de forma implícita, por meio da cláusula geral de tutela da personalidade, sendo o fundamento das famílias socioafetivas:

A nova família foi desencarnada do seu precedente elemento biológico para ceder lugar aos vínculos psicológicos do afeto, consciente a sociedade que, na formação da pessoa humana, os valores como a educação, o afeto e a comunicação contínua guardam muito mais importância do que o elo da hereditariedade.<sup>21</sup>

Todavia, não basta somente o afeto para que se configure uma família. De acordo com o art. 226 da Constituição da República, para que se tenha a formação de uma família, é necessário que se construa entre os membros, além da afetividade (constituída pelo amor, comunhão e identidade), a estabilidade, liberdade, igualdade e publicidade.<sup>22</sup>

Rodrigo da Cunha Pereira exemplifica o art. 1.597, V, do Código Civil<sup>23</sup>, como sendo um caso em que a afetividade é afirmada como um "valor jurídico do ordenamento jurídico brasileiro":

A partir do momento em que foi admitida a presunção de paternidade de filho advindo de reprodução artificial heteróloga - cujo material genético é de terceiro - desprezou-se o vínculo biológico, privilegiando-se, por conseguinte, o afetivo, pois é a autorização do pai que garante a filiação e

---

<sup>18</sup> Art. 1.596, Código Civil: Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

<sup>19</sup> Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

<sup>20</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.495.

<sup>21</sup> Idem, p.6.

<sup>22</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. In: Cunha Pereira, Rodrigo da (coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família - família e cidadania - O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.91.

<sup>23</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

todas as responsabilidades a ela inerentes, inclusive advindas do poder familiar.<sup>24</sup>

A filiação por meio da reprodução assistida é um grande exemplo de que uma família pode ser formada a partir do afeto entre pessoas que não possuem laços sanguíneos.

Entretanto, não se pode afirmar que o vínculo biológico é desprezado em relação ao vínculo socioafetivo, ou vice-versa. O que prevalece, na doutrina e na jurisprudência brasileira, é que não existe família sem afeto, amor, sem planos em comum e sem sentimentos recíprocos, uma vez que são a base desse instituto.

O princípio da afetividade está implícito, também, no artigo 1.593 do Código Civil, ao afirmar que o parentesco pode ser natural ou civil, ou de outra origem, como afirma o Enunciado número 103 da Primeira Jornada de Direito Civil:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho.<sup>25</sup>

Visto isso, a família, em especial a filiação, vai muito além de laços biológicos, no sentido de que a afetividade é o que propulsiona o desenvolvimento de uma família saudável, em que há sentimentos de afeição. Esses fatores juntos são extremamente fundamentais para a construção da personalidade e do caráter de uma criança:

O conceito de família, a definição do que se entende por entidade familiar, o reconhecimento da relação paterno/materno-filial, os institutos da guarda e da visitação, os critérios para estipulação de famílias substitutas, os casos de dever alimentar, enfim, todas as categorias de direito de família serão afetadas pelo princípio da afetividade.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 217.

<sup>25</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 103 da I Jornada de Direito Civil**. Brasília/DF, 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734>>. Acesso em: 19 de março de 2018.

<sup>26</sup> CALDERON, Ricardo Lucas. **O Percorso Construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo: Contexto e Efeitos**. Curitiba. 2011, p. 195. Disponível em:

O princípio da afetividade é o fundamento de muitas jurisprudências para reconhecer como legítima a família socioafetiva. Isso mostra como esse princípio possui força normativa no ordenamento jurídico. Como se observa no REsp. 100.356/SP:

Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar. [...] - Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. - Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. (STJ - REsp:10003565 SP 2007/0252697-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 25/05/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/06/2010)

Nesse sentido, tal princípio, norteador das relações de família, está explícito no art. 1.584, § 5º do Código Civil:

Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.<sup>27</sup>

Esse artigo traz não só o princípio da afetividade, como também, o princípio do melhor interesse da criança, ao dispor que deverá prevalecer no caso concreto a condição mais benéfica à criança.

Desse modo, o princípio da afetividade seria como um “guarda-chuvas”, no sentido de que é capaz de abarcar todos, ou quase todos, os princípios do direito de família, os quais têm origem naquele.

O legislador deu um especial tratamento em relação a crianças e adolescentes, uma vez que esses são pessoas que estão construindo a formação da sua personalidade e do seu caráter e que não possuem total capacidade para se defender e cuidar dos seus próprios interesses.

---

<<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf>>. Acesso em: 19 de março de 2018.

<sup>27</sup> BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 19 de março de 2018.

A Constituição Federal da República traz no art. 227, §6<sup>028</sup> e o art. 229<sup>29</sup>, a proteção do melhor interesse da criança e do adolescente, ao preverem que é proibido qualquer tipo de discriminação entre os filhos, e o dever dos pais em assistir, criar e educar os mesmos:

Dessa forma seria inconcebível admitir pudesse qualquer decisão envolvendo os interesses de crianças e adolescentes fazer tábula rasa do princípio dos seus melhores interesses, reputando-se inconstitucional a aplicação circunstancial de qualquer norma ou decisão judicial que desrespeite os interesses prevalentes da criança e do adolescente recepcionados pela Carta Federal.<sup>30</sup>

Visto isso, esse princípio é um dos motivos que determina a posse de estado dos filhos, a qual é originada da relação de afeto, amor, e sentimentos recíprocos entre pais e filhos, uma vez que se procura obter a melhor condição da criança. Ou seja, a posse de estado de filho é determinada pela socioafetividade, quando há a afetividade entre os membros da família.

### 1.3 A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição da República de 1988 determinou como princípio basilar de todo o ordenamento jurídico e do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

Com isso, para proteger esse princípio tão caro ao indivíduo, têm-se os direitos fundamentais, utilizados como um dos meios para garantir essa essência da democracia brasileira. Os direitos fundamentais têm a característica de ser algo inerente a todo ser humano.

---

<sup>28</sup> 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: § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

<sup>29</sup> Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

<sup>30</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.96.



Nesse sentido, a família recebe proteção especial do Estado, uma vez que é vista como uma das bases da sociedade. Com isso, há inúmeras normas protetivas derivadas de direitos fundamentais que asseguram o exercício da constituição, planejamento, estruturação e desenvolvimento da família. "A atual Carta Política Brasileira atribuiu à família responsabilidades vinculadas à promoção da dignidade humana, enquanto princípio, merecendo por parte do poder público, especial atenção."<sup>31</sup>

Diante disso, uma das proteções à família, que a Carta Federal foi cuidadosa em prever, está expressa no artigo 226, §7º, o qual assegura que "o planejamento familiar é de livre decisão do casal, e que é fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável"; e o artigo 227, o qual afirma que é:

"[...] dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, [...] o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, [...], 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."<sup>32</sup>

O artigo 1.565, § 2º do Código Civil, prevê que "o planejamento familiar é de livre decisão do casal [...]"; e a lei 9.263 que regula o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal assegura a todo o cidadão o planejamento familiar. Além disso, o artigo 2º dessa referida norma infraconstitucional, conceitua o planejamento familiar.<sup>33</sup>

Nesse sentido, os direitos à maternidade, à paternidade responsável, à descendência e à filiação estão diretamente relacionados com o planejamento familiar.

Tais normas jurídicas que asseguram a proteção da família são fundamentadas a partir do princípio da dignidade humana, da liberdade, da igualdade e da

<sup>31</sup> TELLES, Bolivar da Silva. **O Direito De Família No Ordenamento Jurídico Na Visão Codificada E Constitucionalizada**. 2011, p. 12, 13. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_1/bolivar\\_telles.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/bolivar_telles.pdf)>. Acesso em: 19 de março de 2018.

<sup>32</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 de março de 2018.

<sup>33</sup> Artigo 2º: Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

solidariedade familiar, previstas implícita ou explicitamente pela Constituição da República.

O princípio da liberdade recai sobre o aspecto que o indivíduo é livre para poder escolher de que maneira irá constituir sua família e o planejamento familiar, de forma que o papel do Estado de intervenção na vida privada da família é somente em propiciar recursos educacionais.<sup>34</sup>

Nessa mesma linha de raciocínio, preleciona Rodrigo da Cunha Pereira:

[...] a Constituição da República procurou unir a liberdade do indivíduo à importância que a família representa para a sociedade e para o Estado. Ao garantir ao indivíduo a liberdade por intermédio do rol de direitos e garantias contidos no art. 5º, bem como de outros princípios, conferiu-lhe a autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, assegurou a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática.<sup>35</sup>

Por sua vez, o princípio da igualdade prevê a equiparação entre o homem e a mulher, dentro do grupo familiar, retirando a ideia de superioridade do homem. Ademais, determinou que todas as formas de constituir família são legítimas e iguais e, com isso, não haverá tratamento desigual entre as diversas formas de família.

No que diz respeito ao princípio da solidariedade familiar, este é um dos pilares para o reconhecimento, perante o direito, das famílias plurais, as quais se baseiam no afeto:

É, portanto, da Constituição da República que se extrai o sustentáculo para a aplicabilidade do princípio da pluralidade de família, uma vez que, em seu preâmbulo, além de instituir o Estado Democrático de Direito, estabeleceu que deve ser assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade. Sobretudo da garantia e da igualdade, sustentados pelo macroprincípio da dignidade, é que se extrai a aceitação da família plural, que vai além daquelas previstas constitucionalmente e, principalmente, diante da falta de previsão legal.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 89.

<sup>35</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 183.

<sup>36</sup> Idem, p. 195.

Assim, uma das formas de realizar o desejo de constituir famílias pode ser atendida por meio de técnicas de reprodução assistida, uma vez que o direito não pode interferir na esfera íntima da pessoa e ditar de que maneira ela terá um filho, pois o projeto parental é individual e constitui conteúdo da personalidade de cada um.

## 2 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A FILIAÇÃO AFETIVA

### 2.1 CONCEITO E TIPOS

Desde a antiguidade o ser humano tem a preocupação com a procriação da sua espécie, para dar continuidade a sua linhagem e de seus laços sanguíneos. Dessa forma, a mulher era vista como um objeto de procriação e, se o casal tivesse dificuldades para gerar uma criança, a responsabilidade era exclusivamente da mulher. Ou seja, o homem não era visto como estéril ou infértil e, com isso, a mulher era a responsável também pela degradação familiar.<sup>37</sup>

Entretanto, com o passar dos anos e com a evolução da sociedade, constatou-se que o homem também poderia ter dificuldades para engravidar uma mulher. Com isso, mudou-se a concepção de que esta era o motivo exclusivo do casal não conseguir gerar filhos.

Além da Constituição da República Federativa do Brasil prever em seu art. 226, § 7º<sup>38</sup> o planejamento familiar, há previsão na mesma do dever do Estado de incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. Sendo assim, as técnicas de reprodução assistida são amplamente estimuladas pela Carta Magna.

Tais técnicas foram criadas para tentar ajudar a solucionar esse "impasse", aparentemente sem respostas concretas de infertilidade ou esterilidade entre os casais:

---

<sup>37</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. A Legalização do Contrato de "Barriga de Aluguel", sob a Ótica do Princípio da Autonomia Privada. **Revista Síntese Direito de Família**. N° 89, 2015, p. 76-97. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDF\\_89\\_miolo%5B1%5D.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDF_89_miolo%5B1%5D.pdf)>. Acesso em: 06 abril 2018.

<sup>38</sup> 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.

[...] são qualificadas como sendo um problema orgânico ou psicológico, de origem feminina ou masculina, que impede a procriação, e se o tratamento da esterilidade não for bem-sucedido a reprodução artificial humana tem sido uma alternativa para contornar a impossibilidade de geração de vida pela relação sexual, trazendo, portanto, novas esperanças para aqueles casais sem nenhuma solução para superarem a barreira da infertilidade.<sup>39</sup>

Ademais, outro grande benefício da evolução da biotecnologia e do instituto da família foi a conquista de casais homoafetivos terem filhos usando o gameta de um deles. Assim como as pessoas solteiras que possuem o desejo de constituir uma família sem um companheiro ou uma companheira, podem se valer de tais técnicas.<sup>40</sup>

De acordo com Juliana Frozel de Camargo, citada por Rolf Madaleno, existem inúmeras técnicas de reprodução humana assistida e, dentre elas, as mais usadas são: "a inseminação artificial; a fertilização ou fecundação *in vitro* (FDI); a transferência de gametas para trompas (GIFT); e a transferência de zigoto para trompas (ZIFT)".<sup>41</sup>

Nesse sentido, a inseminação artificial é o ato de inserir o espermatozoide masculino dentro do útero feminino, com técnicas de laboratório. Esse tipo de reprodução assistida tem duas subdivisões: a homóloga, a qual utiliza tanto o óvulo como o espermatozoide do próprio casal; e a heteróloga, que não utiliza o espermatozoide do companheiro, devendo, dessa forma, ser obrigatório o consentimento do mesmo. Aceitando esse procedimento, o companheiro não poderá recusar a paternidade.<sup>42</sup>

A fertilização *in vitro* (FIV) é uma técnica na qual a junção do gameta masculino com o feminino ocorre fora do útero da mulher, por meio de procedimentos laboratoriais. Ou seja, basicamente é a ocorrência da fecundação fora do corpo humano e, a partir da formação do embrião, este será implantado na mulher.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.539,540.

<sup>40</sup> SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de Reprodução Humana Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética. **Revista da EMERJ**. Nº 50, 2010, p. 349. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista50/Revista50\\_348.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf)>. Acesso em: 06 de abril de 2018.

<sup>41</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.541.

<sup>42</sup> Ibidem, p.541, 547, 548.

<sup>43</sup> SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de Reprodução Humana Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética. **Revista da EMERJ**. Nº 50, 2010, p. 351.

Em relação à transferência de gametas e de zigotos para as trompas, ambas são variantes da fertilização *in vitro* (FIV). Na primeira, porém, a fecundação não acontece *in vitro*, mas dentro do corpo da mulher, por meio de um cateter. Já na segunda, a concepção se dá retirando vários óvulos femininos e, com isso, são fecundados *in vitro*, para posteriormente serem introduzidos alguns óvulos nas trompas.<sup>44</sup>

Além dessas técnicas como meios alternativos para a solução da esterilidade e infertilidade, o Conselho Federal de Medicina regulamentou por meio de sua Resolução nº 2.168/2017, a maternidade substitutiva, também chamada de "barriga de aluguel":

[...] consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe.<sup>45</sup>

Apesar dessa técnica de reprodução humana assistida ser uma opção para casais ou solteiros que não podem ter filhos de forma "natural", a maternidade substitutiva possui várias questões polêmicas e delicadas que o direito sozinho não é capaz, ou encontra dificuldades para solucioná-las. Um dos motivos é o fato de não haver norma específica que regule o tema, formando uma lacuna jurídica.

## 2.2 MÃE DE SUBSTITUIÇÃO

Apesar do Brasil não ter legislação específica que regule a maternidade substitutiva, o Código Civil no artigo 1.597 traz os primeiros passos para normatizar tal assunto:

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

---

Disponível em: <  
[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista50/Revista50\\_348.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf)>. Acesso em: 06 de abril de 2018.

<sup>44</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.550.

<sup>45</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.66.

- III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. <sup>46</sup>

Nesse sentido, os "juízes e tribunais se valem para julgar dos costumes, da analogia e dos princípios gerais de direito, e ainda se valem de resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina". <sup>47</sup>

Ao estabelecer a Resolução nº 2.168/2017, o Conselho Federal de Medicina do Brasil a estatuiu como norma deontológica e, por conseguinte, de cumprimento estrito pelos médicos. Porém, não possui força normativa, o que significa que se descumprida não há sanção prevista em lei.

De acordo com essa Resolução, a maternidade substitutiva irá ocorrer "desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira". A idade máxima das candidatas à gestação por técnicas de RA é de 50 anos. <sup>48</sup>

Um dos requisitos para a realização da cessão do útero, como para as outras técnicas de reprodução humana assistida, é o consentimento livre da mulher que irá "emprestar" seu útero para implantar embriões de terceiros. Tal escolha deverá ser obrigatoriamente feita por meio de um formulário por escrito, o qual será uma conclusão acordada bilateralmente entre os integrantes envolvidos nas técnicas de reprodução humana assistida. <sup>49</sup>

A cessão temporária do útero pode ser realizada com ou sem a contribuição do material genético da mulher receptora. A modalidade em que esta "empresta" seu

<sup>46</sup> BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 19 de março de 2018.

<sup>47</sup> RODRIGUES, Denise Dayane Mathias. **Maternidade de Substituição**: aspectos éticos e jurídicos, 2007, p.403. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/denise\\_dayane\\_mathias\\_rodrighes.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/denise_dayane_mathias_rodrighes.pdf)>. Acesso em: 04 abril 2018.

<sup>48</sup> BRASIL. Diário Oficial da União. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017**. Brasília/DF, 10 de novembro de 2017. Seção I, p. 93. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 04 de abril de 2018.

<sup>49</sup> Ibidem.

útero para que o feto se desenvolva é chamada de "mãe portadora", ou seja, somente há os embriões do casal doador.<sup>50</sup>

A segunda modalidade, a qual há a doação tanto do útero quanto do óvulo da receptora, é chamada de "mãe de substituição". Essa será inseminada pelo espermatozoide do marido ou companheiro da mulher infértil, a qual não será a mãe biológica, mas a mãe afetiva.<sup>51</sup>

Tanto a mãe portadora, quanto a substituta assumem o compromisso de dar à luz à criança e, em seguida, entrega ao casal que assumirá a filiação da mesma, de forma que a mãe a qual cedeu seu útero renuncia aos seus direitos maternos.<sup>52</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê, em seu artigo 199, § 4º, a vedação a qualquer tipo de comercialização e venda de órgãos e tecidos, de forma que a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, também proibiu o caráter lucrativo ou comercial da cessão temporária do útero, de modo que só poderá ser realizado de forma gratuita:

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 [...]<sup>53</sup>

Tal Resolução também determina que a cessão temporária do útero deva pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (mãe e filha, avó e neta, irmãs, primas). Os demais casos estão condicionados à autorização do Conselho Federal de Medicina.<sup>54</sup>

Visto algumas das técnicas da reprodução assistida, um dos pontos de maior discussão é a questão da filiação. Diante disso, o que prevalece nesses casos, não é a filiação biológica, mas sim a afetiva, uma vez que pai e mãe serão aqueles que

---

<sup>50</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.550.

<sup>51</sup> *Ibidem*. p. 550-551.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> BRASIL. Diário Oficial da União. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017**. Brasília/DF, 10 de novembro de 2017. Seção I, p. 93. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 04 de abril de 2018..



tiveram o desejo de ter um filho, porém por questões alheias à vontade do casal, não foram capazes de terem descendentes de forma tradicional:

Construído o vínculo da parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade. Pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai, desempenha a função de pai. É uma espécie de adoção de fato. É aquele que ao dar abrigo, carinho, educação, amor ao filho, expõe o foro mínimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos.<sup>55</sup>

Sendo assim, casais ou pessoas solteiras que têm essa intenção de construir uma família com filhos, mas não conseguem de forma natural, podem recorrer à maternidade substitutiva.

---

<sup>55</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.402.

### 3 MATERNIDADE SUBSTITUTIVA

O direito de família é constituído de elementos que são extremamente íntimos e personalíssimos, que o Estado deve regulamentar com o fim de garantir que a família se construa de forma a observar todos os direitos e garantias fundamentais. Todavia, há um limite para a atuação do mesmo.<sup>56</sup>

O Estado não pode regulamentar a ponto de interferir na privacidade do indivíduo, de forma a legitimar um modo de manifestação e construção familiar, em detrimento de outra.<sup>57</sup>

O Direito tem como um dos seus fins normatizar os diferentes modos de vida social, uma vez que a sociedade está em constantes mudanças e o mesmo precisa acompanhar esse ritmo para garantir que os direitos fundamentais sejam aplicados em todos os casos:

O distanciamento da realidade faz mal ao jurista. Seu objeto de atenção está em permanente mutação. Com impressionante celeridade, os problemas sociais se transformam e as leis, como respostas que são a esses problemas, se alteram. Com uma única norma, o legislador pode fazer desmoronar todo um edifício de conceitos jurídicos, tomando obsoletas páginas e mais páginas de classificações.<sup>58</sup>

Diante do desenvolvimento da sociedade, compreende-se que não há mais, como havia até poucos anos, uma única forma de constituir família. Da mesma forma que não há mais diferenciações entre filhos havidos dentro ou fora do casamento, os quais eram considerados legítimos e ilegítimos, respectivamente.

Ao mesmo tempo em que há várias formas de famílias, há também vários sentidos para a filiação:

Com isso, o termo filiação apresenta um sentido plural, rico em variações e nuances, caracterizado por um verdadeiro mosaico de possibilidades, que vão desde a origem genética até a convivência cotidiana, digna do estabelecimento de uma relação firme e inabalável. São os múltiplos e

---

<sup>56</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Família e Liberdade: Direito Pessoal e Direito Patrimonial de Família. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 56, p. 298, out/dez. 2013.

<sup>57</sup> Idem, p.298, 300.

<sup>58</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013, p.220.

variados meios de estabelecer a relação paterno-filial.<sup>59</sup>

Uma das consequências da admissão desses vários sentidos é a vedação de distinções pejorativas dos filhos. A Constituição de 1988, em seu artigo 227, § 6º, e o artigo 1.596 do Código Civil<sup>60</sup>, regulamentou a isonomia no tratamento jurídico entre os descendentes.

Sendo assim, pelo princípio da igualdade entre os filhos, esses havidos de métodos de reprodução assistida, possuem os mesmos direitos e deveres dos filhos concebidos pelo casal. Com essa proteção, o legislador visa o melhor interesse da criança, uma vez que fundamenta também no princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, o Código Civil de 2002 prevê três critérios para determinar a filiação, a partir do artigo 1.597<sup>61</sup>. No critério legal, o legislador fixa algumas situações em que por meio de lei há a presunção da filiação; o critério biológico impõe que mãe e pai são aqueles os quais geraram a criança, tendo compatibilidade no DNA; e por último, no critério socioafetivo, a filiação se estabelece não por lei e muito menos por ter vínculos biológicos, mas por ter relações recíprocas de afeto, amor e solidariedade.<sup>62</sup>

Entre esses critérios não há hierarquia, ou seja, não há um que seja superior ou inferior ao outro. O que ocorre é uma melhor adequação de um critério em detrimento do outro, diante de um caso concreto.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2018. 10º ed. V.6. p. 600.

<sup>60</sup> Artigo 227, § 6º e artigo 1.596 do Código Civil: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

<sup>61</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

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

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

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

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

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

<sup>62</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2018. 10º ed. V.6. p. 600.

<sup>63</sup> Ibidem.

À luz do critério legal, é presumido que mãe é aquela que gera e dá à luz a criança. Caso a mãe esteja dentro de uma relação conjugal, o matrimônio também é presumido, existindo a relação sexual entre o casal. Assim, é interpretado que o homem que faz parte desse relacionamento, é pai da criança.<sup>64</sup>

Essa presunção legal decorre dos adágios do Direito Romano: *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (o pai é aquele indicado pelas núpcias, pelo casamento) e *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa).

O segundo critério, o biológico, fundamenta-se no laço sanguíneo entre pais e filhos, ou seja, a maternidade e a paternidade são determinadas com base na carga genética compatível com a do filho.

Para que se reconheça a relação de filiação, é necessário que se mantenha entre pai e filho ou mãe e filho, afeto, amor, solidariedade e planos em comuns.

Nesse sentido, há o critério afetivo, em que o reconhecimento da paternidade e da maternidade se dá a partir do momento em que ambos cumprem com os seus papéis na vida do seu filho, educando-o, amando-o e nutrindo sentimentos uns pelos outros. Logo, esse vínculo é construído no cotidiano e, com isso, desmistifica-se a ideia de que somente é pai ou mãe quem tem compatibilidade sanguínea:

A filiação socioafetiva não está lastrada 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. Socioafetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoa, de fato, são pai e filho.<sup>65</sup>

Todavia, é válido ressaltar que o reconhecimento da paternidade socioafetiva não invalida o reconhecimento da biológica. Para que haja a validade da socioafetividade é necessário um conjunto probatório maior do que na parentalidade sanguínea.

---

<sup>64</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2018. 10<sup>o</sup> ed. V.6., p. 601.

<sup>65</sup> Idem, p.625.

A filiação na maternidade substitutiva é um exemplo de socioafetividade, em que por questões alheias as suas vontades, o casal não consegue ter filhos de forma natural, então recorrem ao útero de substituição.

Quando o casal somente precisar de um útero para que o embrião se desenvolva e seja gestado, a mulher que abrigará o mesmo será chamada de mãe portadora. Por outro lado, quando apenas um dos cônjuges contribuir com sua herança genética, nesse caso, a mulher que aceitar a se submeter a esse tipo de reprodução humana assistida, será a mãe de substituição, pois além de ceder seu útero, doará seus óvulos.

Haverá paternidade ou maternidade por afeto quando o pai ou a mãe não contribuírem com seus materiais genéticos. Na situação em que só um colaborar com sua genética, é possível vislumbrar o vínculo biológico deste com a criança, enquanto o outro terá vínculo afetivo. Visto isso, não há mais que se falar que a presunção legal é absoluta:

Sob o ponto de vista filiatório, não se pode deixar de notar que, apesar da falta de disciplina legal expressa, a gestação em útero alheio implica em relativização da presunção *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa, indicada pelo parto), derrubando, identicamente, a incidência da presunção *pater is est* (segundo a qual o pai do filho de uma mulher é o seu marido).<sup>66</sup>

Diante da possibilidade de reprodução humana assistida, não se pode atribuir a maternidade da mesma forma que seria caso fosse uma gestação convencional. Nesses casos, pai e mãe são aqueles que expressam sua vontade de procriar e tomar as medidas necessárias para que seus desejos parentais sejam concretizados, no caso, por meio da ajuda de uma mãe substituta. Sem esse ânimo, essa reprodução humana assistida seria inválida.<sup>67</sup>

Existem inúmeras questões polêmicas sobre a maternidade substitutiva que ainda não foram solucionadas, principalmente porque não há lei que regulamenta o tema. Um dos pontos que têm muita discussão é em relação à filiação.

---

<sup>66</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2018. 10<sup>o</sup> ed. V.6, p. 586.

<sup>67</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.553.

Para estabelecer a filiação, nos casos controvertidos de cessão temporária do útero, não basta só identificar o vínculo biológico ou socioafetivo. É necessário que o pai e/ou a mãe, tenham a intenção de assumir a função paterna ou materna, de forma a dar as melhores condições possíveis para que a criança construa sua personalidade.<sup>68</sup>

Com isso, fundamentando-se no princípio do melhor interesse da criança, passou-se a admitir a multiparentalidade, em que uma pessoa pode ter, simultaneamente, mais de um pai e/ou mãe.<sup>69</sup>

A dupla paternidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, quando, no caso concreto for provado além da convivência simultânea, o sentimento recíproco de filiação de mais de um pai e/ou mãe, possibilitando ao indivíduo a garantia das famílias e dos vínculos:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais. (STF, Ac. Tribunal Pleno, RE 898.060/SC, Repercussão Geral 622, Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 22.9.16)

Esse raciocínio se baseia no fato de que os critérios de filiação são diferentes e, dessa forma, não há que se falar em exclusão de um quando se tem o reconhecimento do outro.<sup>70</sup>

Muito embora não seja o caso de se atribuir sempre a maternidade afetiva para a mãe substituta, há casos específicos em que será viável, quando os pais que expressaram seu desejo de ter um filho, concordarem que aquela, além de ter cedido seu útero e seus óvulos para gerar a criança, desenvolva um vínculo afetivo maternal com a mesma.

A jurisprudência vem admitindo a multiparentalidade em caso excepcional, devido o reconhecimento da convivência simultânea. De acordo com precedente do Tribunal

---

<sup>68</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 552.

<sup>69</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2018. 10<sup>o</sup> ed. V.6. p. 631.

<sup>70</sup> Ibidem.

de Justiça de São Paulo, terá que ser provado “a convivência longa e estável, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que não se trata de parentes”, mas sim de relação de mãe/pai e filho. (TJ/SP, Ac. Unân. 1ª Câmara de Direito Privado, Ap. Cív. 6422-26.2011.8.26.0286 – Comarca de Itu, rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. 15.8.12)

Ademais, essa ideia é também respaldada nas diversas formas de constituir famílias, de maneira que a Constituição Federal concedeu tratamento igualitário às mesmas. Assim, diante de um caso concreto de maternidade substitutiva, por exemplo, em que as partes comprovem que a criança possui convivência simultânea afetiva, tanto com os pais que tiveram o desejo de tê-la, quanto com a mãe de substituição, tratando todos como pais, há grandes probabilidades que um juiz reconheça a multiparentalidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito tem como um de seus escopos regulamentar as condutas sociais. Para isso, é preciso que aquele evolua concomitantemente com estas.

O contexto em que o Código Civil de 1916 cresceu era de uma sociedade extremamente machista, patriarcal e matrimonial, em que o foco estava no patrimônio, de modo que a família era formada com esse mesmo fim.

Assim, não havia espaço para o afeto e amor entre os entes familiares. A mulher era vista como inferior ao homem, devendo-lhe obediência. Havia diferenciação no tratamento entre os filhos havidos dentro e fora do casamento.

Porém, com a evolução da sociedade, a mulher conquistou aos poucos seu lugar no mercado de trabalho e as relações familiares começaram a se modificar ao longo do tempo, de modo que não havia mais uma única forma de constituir família.

A entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 consolidou as várias mudanças ocorridas na sociedade, como por exemplo, o reconhecimento da união homoafetiva, e a família monoparental.

Um dos destaques dessas mutações foi o reconhecimento da formação de família por meio das técnicas de reprodução assistida. Dentre elas, encontra-se a maternidade substitutiva.

Um dos requisitos para a realização da cessão temporária do útero, é que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética. Vale ressaltar que a vontade de ter um filho por parte do casal ou de um solteiro é requisito primordial e determinante para que a maternidade substitutiva aconteça.

Diante disso, a filiação nesse caso será de quem desde o início tinha o sonho em se tornar pai ou mãe, prevalecendo assim, a afetividade em detrimento do vínculo biológico.



Todavia, em casos muito raros e específicos, pode-se considerar a multiparentalidade se os pais socioafetivos da criança concordarem que esta estabeleça o mesmo vínculo materno com a mãe que cedeu o útero.

Pode-se perceber na construção do primeiro capítulo que o princípio da afetividade inovou nas relações familiares, as quais, antes, não tinham a preocupação de estabelecer sentimentos recíprocos de afeto. Tal princípio é a base da filiação socioafetiva, em que não há vínculo biológico, mas a construção de laços de amor e a vontade de instituir uma família.

Em relação ao segundo capítulo, é possível constatar que existem várias formas de constituir uma família, dentre elas, está presente as reproduções assistidas, as quais são uma das formas que o ser humano encontrou de tentar solucionar os casos de fertilidade ou esterilidade. Além disso, outro grande benefício dessas técnicas foi a oportunidade de dar mais uma opção à casais homossexuais de terem filhos. Ainda retratou-se que não há lei para a maternidade substitutiva, a qual somente é prevista na Resolução nº 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina do Brasil.

Por último, no terceiro capítulo foi realizada uma análise da maternidade substitutiva de forma que dentre os três critérios de filiação, estabelecidos pelo Código Civil, aquela possui características da filiação socioafetiva, em que se privilegia o afeto para a construção de uma família. Assim, houve a desconstrução da presunção *mater semper certa est* como algo absoluto.

Dessa forma, conclui-se que a formação de uma família vai muito além de laços sanguíneos, ou por estar previsto em lei. O fato que determina uma família são os sentimentos recíprocos que os entes formam de afeto, amor, cuidado, solidariedade, com objetivo de construir uma família.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, Síntese v.4, n.14 (jul./set. 2002), p. 5-10. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em: 19 de março de 2018.

BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 19 de março de 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 103 da I Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734>>. Acesso em: 19 de março de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 de março de 2018.

BRASIL. Diário Oficial da União. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017**. Brasília/DF, 10 de novembro de 2017. Seção I, p. 93. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 04 de abril de 2018.

CALDERON, Ricardo Lucas. **O Percorso Construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo: Contexto e Efeitos**. Curitiba. 2011. <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf>>. Acesso em: 19 de março de 2018.

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

DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Ariano Sant'Ana. **A harmonização entre os deveres fundamentais de solidariedade e o espaço da liberdade dos particulares no exercício da autonomia privada**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a1f0cf94512f963e>>. Acesso em: 18 de abril de 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**.

Salvador: JusPodivm, 2018. 10<sup>o</sup> ed. V.6.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus.** In: Cunha Pereira, Rodrigo da (coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família - família e cidadania - O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LOBÔ, Paulo. **Princípio da Solidariedade Familiar.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p.72.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Família e Liberdade: Direito Pessoal e Direito Patrimonial de Família. **Revista de Direito Privado.** São Paulo, n. 56, out/dez. 2013.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação Constitucional.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Denise Dayane Mathias. **Maternidade de Substituição: aspectos éticos e jurídicos,** 2007, p.403. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/denise\\_dayane\\_mathias\\_rodrigues.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/denise_dayane_mathias_rodrigues.pdf)>. Acesso em: 04 abril 2018.

SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de Reprodução Humana Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética. **Revista da EMERJ.** Nº 50, 2010, p. 349. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista50/Revista50\\_348.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf)>. Acesso em: 06 de abril de 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

TELLES, Bolivar da Silva. **O Direito De Família No Ordenamento Jurídico Na Visão Codificada E Constitucionalizada**. 2011, p. 12, 13. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_1/bolivar\\_telles.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/bolivar_telles.pdf)>. Acesso em: 19 de março de 2018.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. A Legalização do Contrato de “Barriga de Aluguel”, sob a Ótica do Princípio da Autonomia Privada. **Revista Síntese Direito de Família**. Nº 89, 2015, p. 76-97. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDF\\_89\\_miolo%5B1%5D.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDF_89_miolo%5B1%5D.pdf)>. Acesso em: 06 abril 2018.