

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES**

**LUCIANA COSTA POLI**

**VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN**

**TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direito de família e sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/  
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Luciana Costa Poli, Valéria Silva Galdino Cardin, Tereza Cristina Monteiro  
Mafra – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-086-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito de família. I.  
Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo  
Horizonte, MG).

CDU: 34



# **XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA**

## **DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES**

---

### **Apresentação**

#### Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos aos leitores o livro, resultante da reunião de artigos do grupo de trabalho de Direito de Família e Sucessões I, selecionados no XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelos Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Universidade Fumec e Escola Superior Dom Helder Câmara com apoio da CAPES e CNPq, com o tema A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI, realizado em Belo Horizonte - MG, entre os dias 11 a 14 de novembro de 2015.

Temos o prazer e o orgulho de prefaciar essa obra que reúne o primoroso e instigante conjunto de trabalhos resultantes de pesquisas e estudos elaborados por pesquisadores de diversas instituições de ensino superior do país, que foram previamente selecionados para apresentação neste grupo de trabalho.

Foram abordados uma pluralidade de temas, cuja acurada análise mostra-se extremamente relevante para a consolidação de respostas eficazes aos problemas atinentes ao direito de família, suscitados pela complexidade da vida social contemporânea, pelo rápido desenvolvimento da ciência e da tecnologia e ainda na busca da sistematização das decisões dos tribunais.

Como o arguto leitor poderá observar, os artigos reunidos traduzem uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos do direito de família, aliados a uma visão crítica e reflexiva da atual da jurisprudência de nossos tribunais. Os textos são enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira, a possibilitar um intercâmbio essencial na busca de soluções para a incompletude e as imperfeições do sistema jurídico brasileiro.

A obra reflete o cuidado dos autores em investigar os contornos principiológicos do direito de família e das sucessões conformando-os aos ditames do Código Civil e da Constituição da República de 1988. São enfrentadas questões intrincadas como adoção por casais homoafetivos, indenização por dano moral no direito de família, dentre tantos outros.

O conjunto de textos ora publicado não tem a pretensão de trazer respostas definitivas às tormentosas questões jurídicas que envolvem o direito de família contemporâneo, mas é inegável que constitui expressivo contributo para levar adiante o trabalho sistemático e desafiador que a comunidade acadêmica brasileira vem empreendendo para dinamizar a compreensão e aplicação do direito de família e de sucessões

As discussões travadas traduziram a necessidade de se verter no ordenamento não apenas a aplicação fria e estéril da lei, mas principalmente as decorrências, implicações ou exigências dos princípios insertos no Texto Constitucional.

Na oportunidade, os Organizadores prestam suas homenagens e agradecimentos a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra, pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos que propiciaram essa obra coletiva de excelência.

O livro é um convite a uma leitura prazerosa de diversos nuances do Direito de Família, apresentado nessa obra com todo o dinamismo que lhe é característico. Denota a obra um amadurecimento acadêmico e o comprometimento com a formação de um pensamento crítico a fomentar uma análise contemporânea do Direito de Família e de Sucessões como importante instrumento de efetiva implantação dos princípios constitucionais que devem orientar o legislador no disciplinamento das vicissitudes que afetam a dinâmica da vida em sociedade.

Há que se reconhecer que a realidade jurídica deve ser socialmente construída, abarcando perspectivas multidimensionais, pluralísticas e de maior sensibilidade, a posicionar a objetividade e a racionalidade em um plano periférico.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo labor dos pesquisadores do direito de família e de sucessões, visando ainda o incentivo a demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

Profa. Dra. Luciana Costa Poli

PUCMINAS

Profa. Dra. Tereza Mafra

Faculdade de Direito Milton Campos

Profa. Dra. Valéria Galdino

Cesumar

**A REPERSONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS EM RAZÃO  
DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA FRENTE À REPRODUÇÃO ARTIFICIAL  
HETERÓLOGA**

**THE REPERSONALIZATION RELATIONSHIP PRIVATE BY REASON OF  
MEMBERSHIP SOCIOAFETIVA FRONT TO REPRODUCTION ARTIFICIAL  
HETEROLOGOUS**

**Riva Sobrado De Freitas  
Patricia Luzia Stieven**

**Resumo**

A repersonalização das relações privadas e, por via reflexa, da família, tema ora posto em discussão, destaca a proteção jurídica da família contemporânea, promovendo grande inquietação no cenário do direito de família. Os clássicos conceitos, fundados ao longo dos tempos, deram espaço para o novo sentido de família e, conseqüentemente, àquele direito tradicional ficou para trás, servindo hoje de referência da instituição familiar do passado. A constitucionalização do direito civil trouxe uma peculiar evolução social e representa um fato consolidado, que deu novos rumos às relações familiares. A verdade biológica, outrora tida como absoluta, traduz-se hoje quase como um mito, visto que analisando a realidade, denota-se que os vínculos da família são estabelecidos pela construção de laços afetivos. Importante, também, para a reflexão do tema é a observância dos princípios da igualdade, da liberdade de escolha e da dignidade humana, nessas novas formas de construção da família, visto que o caráter material fica em segundo plano, dando lugar, então, à valorização pessoal de cada integrante do grupo familiar. As relações privadas, em destaque nesse trabalho, o direito de família, estão, assim, repersonalizadas, principalmente no que diz respeito à filiação, pois a socioafetividade é hoje sim o núcleo de formação familiar.

**Palavras-chave:** Repersonalização, Socioafetividade, Filiação, Reprodução humana assistida, Igualdade

**Abstract/Resumen/Résumé**

The repersonalization of private relations and, by reflex pathway, family, theme now up for discussion highlights the legal protection of contemporary family, promoting great concern in family law scenario. The concepts classics, founded over the years, gave way to the new sense of family and hence to that traditional law was backwards, serving today reference of the family institution in the past. The constitutionalisation of civil law brought a peculiar social evolution and is an established fact, which gave new directions to family relationships. The biological fact, once thought to be absolute, translates today almost like a myth, since analyzing reality, it denotes that the family ties are established by building emotional bonds. Also important for the theme of reflection is compliance with the principles of equality, freedom of choice and human dignity, these new forms of family building, since the material

character is in the background, giving way then to personal development of each member of the family group. Private relations, highlighted in this work, the right to family, are thus repersonalized, particularly with regard to membership because socioafetividade today is rather the core of family formation.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Repersonalization, Socioafetividade, Membership, Assisted human reproduction, Equality

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este trabalho tem como objetivo geral definir os reflexos da reprodução artificial heteróloga no Direito de Família, uma vez que as novas técnicas de procriação artificial não se referem mais, tão somente, à biologia e à medicina, mas também ao Direito, ao mundo jurídico do direito de família, superando a instituição tradicional centrada no casamento e nas relações sexuais, para ver uma família baseada no afeto e na vontade de constituir família, de ter filhos, independentemente dos dogmas históricos, gerando, então, grandes e polêmicas situações a serem discutidas.

A reprodução artificial humana desencadeia debates éticos e morais, caindo, conseqüentemente no campo jurídico, fazendo surgir dúvidas e criando casos não imagináveis pelo homem até pouco tempo atrás, que desafiam o Direito Civil, fazendo com que o conceito de filiação seja repensado, devido à evolução da família através dos séculos, da própria reprodução artificial, assim como das legislações pátrias que tratam do direito de família.

A reprodução humana artificial surgiu de uma necessidade vital do homem, qual seja: reproduzir-se, procriar-se, o que às vezes não era possível por problemas de infertilidade tanto do homem quanto da mulher.

Nesse passo, casais (tanto hetero como homossexuais) e mesmo pessoas “sozinhas” que não tinham a possibilidade de ter filhos, frustrando, então, suas vidas, porque viam o desejo e o sonho de ter filhos como impossível, foram salvos por John Hunter, em 1849, que obteve os primeiros êxitos na utilização de técnicas de reprodução artificial, gerando novas opções para as pessoas inférteis que almejavam conceber um filho.

Atualmente há milhares de filhos concebidos por essas técnicas, o que, sem dúvida, solucionou vários casos de infertilidade; porém, toda essa nova realidade carrega consigo novos problemas, uma vez que as questões jurídicas advindas desta evolução estão longe de chegar a uma solução.

Busca-se, assim, verificar a quem deve ser atribuída a paternidade/maternidade no caso de reprodução heteróloga, uma vez que as técnicas artificiais de reprodução humana, sem sombra de dúvida, tiveram um grande avanço, mostrando aos cidadãos do mundo um novo horizonte na área biomédica e jurídica.

Por outro lado, frise-se, que arma poderosa pode o mundo ter nas mãos, se não souber até que ponto pode ir adiante, se essas inúmeras descobertas forem usadas indiscriminadamente, sem levar-se em consideração a ética e os direitos humanos.



## 1 A ORIGEM E A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Ao longo dos tempos várias teorias vieram à baila para desvendar a origem da família. Uma delas diz que os homens primitivos teriam formado grupos promíscuos, onde todas as mulheres pertenciam a todos os homens sem a existência de vínculos civis ou sociais. Há uma segunda teoria que afirma uma organização poliândrica, em que a mulher possuía vários homens.

Com o decorrer dos anos, porém, as tribos foram se fragilizando, pois em razão da mulher ter vários homens sua fecundidade era diminuída, provocando, conseqüentemente, uma prole debilitada e doente.

De outra banda, por um considerável período da história humana foi o patriarcado que reinou entre os homens. Neste tipo de organização social um homem possuía várias mulheres, com as quais tinha muitos filhos. O patriarca era o líder do grupo social, exercendo as condições de sacerdote e juiz, decidindo as contendas de seu meio familiar.

Em outro período surgiu a família monogâmica, onde o homem possuía uma única mulher, tendo como resultado dessa relação uma numerosa prole, porém, o homem continuava mantendo o poder dentro do lar conjugal.

No tocante a evolução histórica da família brasileira, impõe-se observar a família romana e a família canônica.

Na antiga Roma, a família era definida como um conjunto de pessoas sujeitas à autoridade da *patriapotestas*, onde havia um ascendente comum vivo mais velho, independentemente dos vínculos da consanguinidade, na medida em que o *pater familias* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre sua esposa e mulheres casadas de seus descendentes. A família, naquela época, era simultaneamente uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional.

O *pater* era uma pessoa *sui juris*, independente, chefe de seus descendentes, que eram *alieni juris*, sujeitos à autoridade paterna.

Cumprido destacar que existiam na antiga Roma duas espécies de parentesco: a agnação e a cogação. Aquela vinculava as pessoas que estavam sujeitas ao mesmo *pater*, mesmo quando não fossem consanguíneos, como no caso o filho natural e adotivo do mesmo *pater*, este era o parentesco pelo sangue, que existia entre pessoas que não deviam ser necessariamente agnadas uma da outra, por exemplo, a mulher casada com *manus*, ou seja, a mulher que

ingressou na família marital, submetendo-se não mais a autoridade paterna, o mesmo ocorrendo com o filho emancipado em relação àquele que continuasse sob a *patriapotestas*.

Nesse norte, preleciona Arnaldo Wald:

A evolução da família romana foi no sentido de *restringir* progressivamente a autoridade do “pater”, dando-se maior *autonomia à mulher e aos filhos* e substituindo-se o parentesco agnático pelo cognático. [...] O *pater* perdeu o *ius vitae necisque* (direito de vida e morte) que exercia sobre os filhos e sobre a mulher. (WALD, 2002, p. 10)

Em relação ao casamento, deveria haver *affectio maritalis*, elemento que deveria estar presente não só na celebração do casamento, mas continuar ao longo do casamento, sendo que a falta da *affectio* era causa para a dissolução do vínculo.

De outra banda, quanto à filiação observa-se que em Roma, na fase originária, a admissão do filho na família dependia de um ato de vontade do pai, que poderia reconhecê-lo ou rejeitá-lo; na fase posterior, a admissão do filho na família ocorria sob a regulamentação legal, embora ainda se mantivesse a autonomia da vontade paternal. Assim:

Em Roma, a ‘voz do sangue’ falava muito pouco; o que falava mais alto era a voz do nome de família. Ora, os bastardos tomavam o nome da mãe, e não havia legitimação ou reconhecimento da paternidade; esquecidos pelo pai, os bastardos não desempenhavam nenhum papel social ou político na aristocracia romana. (VEYNE, 2005)

Na família romana, o filho emancipado e a filha casada eram totalmente excluídos da família. O *pater* podia repudiar a esposa uma vez que o casamento existia somente enquanto durasse a vontade de continuar como marido e mulher.

Porém, com o passar dos anos, o poder do *pater familias* foi abrandado, crescendo a importância da família natural, baseada no casamento e nos laços de sangue, atribuindo-se maior valor ao parentesco cognático, em detrimento do parentesco agnático, predominante até então.

No entanto, na Idade Média, embora tenha havido a recepção de muitos institutos provindos do direito romano antigo, as relações de família regeram-se exclusivamente pelo direito canônico, de sorte que entre os séculos X e XV o casamento religioso foi o único conhecido. A Igreja fez do casamento a base de toda a organização familiar, reconhecendo o matrimônio como vínculo indissolúvel entre homem e mulher, do qual resultavam os filhos.

Assim nos ensina Diogo Leite de Campos, referindo:

[...] que a família na idade média não deixou de reproduzir a conformação própria da igreja, já que se fez dela, tal como nos mosteiros medievos, local de culto, dominado pela figura paterna, além de existir uma rígida hierarquia, na qual homens, mulheres e filhos tinham um lugar e espaço pré-determinados. Assim, a família, nesse período - deixando de lado aqui pequenas variações de entendimento entre o direito canônico e a concepção medieval então vigente, que ressaltava que, no casamento, além da vontade dos nubentes, havia uma expressão econômica, enquanto se exigia o assentimento das famílias a que os noivos pertenciam - assume um caráter de verdadeira instituição religiosa, baseada na mútua assistência de seus integrantes, na qual a função procriadora era exclusiva da família fundada no casamento. É no período medieval, dominado pelo direito canônico, que a família assume marcantes características, que seriam vistas ainda séculos mais tarde, criando-se aí a figura dos impedimentos matrimoniais e, em especial, o fenômeno que se pode chamar de categorização dos filhos. (CAMPOS, 1993, p. 27-40)

Logo, embasado na teoria de que o matrimônio era um sacramento e de que só ele dava origem à prole legítima e abençoada sob os olhos de Deus, através da procriação, o direito canônico criou a primeira distinção entre filhos havidos dentro e fora do casamento, que evoluiu, mais tarde, para a tipologia dos naturais e espúrios, adulterinos e incestuosos, outorgando proteção legal apenas aos que eram gerados a partir do casamento religioso.

Considera-se, então, de forma geral, que o referido “conflito” familiar prevaleceu por longo período, influenciando visivelmente a evolução do direito de família de países católicos que receberam os moldes da estruturação legal da família, não só com base no direito canônico, mas também no direito romano, considerados fontes subsidiárias quando o problema não estivesse previsto no ordenamento legal.

No entanto, as transformações mais profundas verificam-se com a Revolução Francesa e com a Revolução Industrial, sendo aquela no setor político e esta no setor social.

Na Revolução Francesa, instituiu-se o casamento civil obrigatório, deixando-se de dar validade ao casamento religioso. A Revolução Industrial provocou o aumento da produção com a utilização das máquinas, substituindo a forma artesanal, que exigia a concentração dos trabalhos em torno do chefe de família, passando a envolver a mulher e os filhos.

Desde então, o trabalho passou a se concentrar nas fábricas, gerando a desagregação do trabalho familiar. Veio, então, a substituição da família comunitária pela família nuclear ou celular.

Atualmente, a família não é mais tão numerosa como a família de antigamente, e o núcleo de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor. O pátrio poder é exercido em benefício da prole como um dever dos pais. Os filhos já

possuem sua autonomia na família, ao passo que a mulher coopera na administração e na economia do lar, com a força do seu trabalho.

As famílias deixaram de ter por objetivo primordial a reprodução e passaram a ser espaço de companheirismo, amor, dedicação e ajuda mútua. Os filhos vêm por opção do casal a complementar esta relação, num ambiente de aconchego, segurança e felicidade.

Portanto, família hoje passa a ser o agrupamento de pessoas afins, cuja finalidade é a realização pessoal de todos, ou seja, a felicidade, respeitando a individualidade de cada um.

Discorrendo acerca destas questões, há que se mencionar o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental de direito constitucional e de direito de família, o qual é fundamento da República Federativa do Brasil, e como tal deve informar todas as relações jurídicas e estas, sob o seu comando, a legislação infraconstitucional.

Nesse prisma, tendo por base a dignidade assegurada à pessoa, resta claro e indubitável que na família a tutela deve ser assegurada não só no curso das relações familiares, devendo o Direito oferecer os instrumentos necessários para impedir que este valor maior para o ser humano venha a sofrer qualquer tipo de violação.

A travessia da família para o novo milênio se faz diante de valores totalmente diferentes, como é natural dos fenômenos de virada de século. A família não é mais essencialmente um núcleo econômico e de reprodução onde sempre esteve instalada a suposta superioridade masculina, ela passou a ser muito mais o espaço para o desenvolvimento do companheirismo, do afeto e, acima de tudo, embora sempre tenha sido assim, e será, o núcleo formador da pessoa e fundante do sujeito.

Mas todas essas transformações não estão fáceis de serem absorvidas, pois a transformação é sempre acompanhada de turbulência. Para os operadores do Direito, as dificuldades parecem ainda maiores do que realmente são. Ordenar juridicamente as relações de afeto e as consequências patrimoniais daí decorrentes é o maior desafio para assegurar e viabilizar a organização social. É nesse sentido que as novas representações sociais da família se formam e o ordenamento jurídico se transforma.

## **2. A PATERNIDADE E A MATERNIDADE SOCIOAFETIVA NA REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA**

A relação de parentesco é qualificada pelo estado de filiação, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados.

Tradicionalmente, no direito de família prevalecia a verdade biológica sobre a verdade

socioafetiva, porém, aquela cedeu espaço a esta, consolidando os direitos da personalidade do filho que se encontra telado entre essas duas verdades.

O estado de filiação, que se caracteriza realmente em função de um estado de pai e/ou mãe consolidado, é aquela relação de afeto que ao longo do tempo vai criando raízes, a ponto de criar uma verdade social que independe da verdade biológica, uma vez que a verdade genética não faz mais parte do cotidiano daquele ser humano, sendo completado somente pelo amor de seus pais socioafetivos.

Ademais, a verdade socioafetiva ocorre quando o filho passa a ser tratado como tal no seio familiar, seja essa família hetero ou homossexual, ou ainda, monoparental, pois a partir do momento em que os pais publicamente tratam um filho como seu, dando toda a assistência material e afetiva necessária ao seu desenvolvimento sadio, não restam dúvidas de que a eles cabe o “título” de pais.

O sangue e o afeto são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de dominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão de vida. (PERLINGIERI apud BRAUNER, 2003, p. 200)

Outrossim, sendo o afeto a base imprescindível para a formação da pessoa, o aspecto socioafetivo do estabelecimento da filiação, baseado no comportamento da família da qual faz parte, uma vez que a incontestável verdade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético.

Nesse norte, cabe dizer que a inseminação artificial heteróloga, prevista no artigo 1.597, inciso V, do Código Civil, em que é utilizado sêmen de outro homem (ou óvulo de outra mulher) para a reprodução, fortalece a tese da socioafetividade, passando aquele que não tem laços genéticos a ser filho mais do que legítimo pelos laços da verdade socioafetiva.

Logo, verifica-se que, quando existe o estado de filho, ainda que se entenda possuir o filho o direito de saber de sua verdadeira origem biológica, os efeitos patrimoniais e registraes se dão em relação ao pai socioafetivo, porquanto pai é aquele que de fato constitui estado de pai, diante do estado de filho estabelecido pelo afeto.

Assim, seja pela legislação, pela doutrina ou pela jurisprudência, em eterna busca de acompanhar os fatos sociais emanados das mudanças sociais advindas dos progressos tecnológicos, a definição de direitos nas relações de afeto vai além do campo sexual, bastando

que o amor forme de fato uma entidade constituída por mútua solidariedade.

Somente para ilustrar, vejamos o que ensina José Carlos Barbosa Moreira:

É mister que imprimamos ao nosso movimento ritmo compatível com o da história de nossa época, para criar um direito mais humano. É muito difícil sabermos o que precisamos fazer para salvar o mundo, mas é relativamente fácil sabermos o que precisamos fazer para cumprir o nosso dever. (MOREIRA, 1993)

Nesse passo, as novas técnicas artificiais de reprodução provocaram um desmoronamento completo nas bases, outrora sólidas, da filiação.

A inseminação artificial, além dos novos e cruciantes problemas, criou um vocabulário próprio. Fala-se com a maior naturalidade em doadores de sêmen e de óvulos, banco de embriões, mãe de aluguel, substituta ou gestora, embriões congelados, excedentários, criopreservados, fecundação *post mortem*, além de outros termos não menos surpreendentes, deixando perceber como ficam profundamente alterados os conceitos de paternidade e maternidade biológica. (MACHADO, 2005, p. 21)

Nas inseminações artificiais é possível a fertilização homóloga, que é feita com gametas do casal; a fertilização heteróloga, tema deste trabalho monográfico, onde é utilizado um ou mais óvulos e/ou espermatozóides, dependendo do tipo de inseminação/fecundação, pertencente a terceiros; além da barriga de aluguel (mãe de substituição), que é a mulher que “empresta” o seu útero para abrigar por nove meses um embrião fertilizado com gametas de outras pessoas.

O que ocorre nos casos de inseminação/fecundação heteróloga são as controvérsias para definir a maternidade e a paternidade nos casos descritos acima, onde se empregam, na reprodução artificial, óvulos e espermatozóides que não são do casal, onde uma barriga de aluguel gesta o filho do casal e assim por diante.

Logo, para definirmos os direitos e os deveres à paternidade/maternidade nesses casos, devemos lembrar, num primeiro momento, que atualmente a doutrina e a jurisprudência consagram, além da filiação biológica, a filiação afetiva, também chamada de socioafetiva.

O pai ou a mãe, pela atual orientação doutrinária, não são definidos apenas pelos laços biológicos que tenham com o filho e sim pelo querer externado de ser pai ou mãe, ou seja, de assumir, independentemente do vínculo biológico, as responsabilidades e deveres da filiação mediante a demonstração de afeto e de querer bem a criança.

É sabido, que a formação de uma família, assim como, o seu planejamento é livre, conforme preleciona a própria Constituição Federal, em seu artigo 226, §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.

No entanto, caso a natureza roube de um casal o privilégio da prole, estes poderão optar pela adoção de uma criança ou, talvez, se o casal preferir ter um “filho de sangue”, poderá adotar as novas técnicas de reprodução humana artificial, alhures mencionadas, dentre elas a inseminação heteróloga.

A inseminação artificial heteróloga gera dúvidas no tocante à filiação, pois a criança gerada através desta técnica possuirá um pai ou uma mãe biológica diversa daquela que irá lhe registrar e lhe acolher socioafetivamente.

Assim, com o passar dos tempos, não se falará mais em pai ou mãe, mas sim naqueles que exercem as funções de pai ou mãe, em virtude de que a figura dos pais genéticos está, diante das fecundações artificiais, cedendo lugar aos pais socioafetivos.

Na paternidade a máxima de que o filho de mulher casada presume-se de seu marido, “*pater is est, quem nuptiae demonstrat*”, caiu por terra diante das novas técnicas reprodutivas.

Devido às lacunas jurídicas, para não se dizer inexistência de leis que regulem a paternidade por técnicas de reprodução artificial, deve-se analisar a paternidade na inseminação heteróloga, observando as seguintes hipóteses: se a técnica foi consentida na constância de um casamento ou união estável; se a técnica não foi consentida na constância de um casamento ou união estável e por fim se a técnica foi realizada em mulheres solteiras, viúvas, separadas judicialmente ou divorciadas.

A primeira hipótese é a menos controvertida, eis que já é consenso entre os doutrinadores e legislações estrangeiras que o homem, ao consentir na inseminação heteróloga de sua esposa ou companheira, assume a paternidade da criança e em nenhum momento poderá contestá-la.

Desta feita, para que haja a paternidade jurídica oriunda da inseminação heteróloga, faz-se imprescindível o consentimento do cônjuge ou companheiro, inclusive, o Projeto de Lei n. 90/99 impõe o consentimento do marido/companheiro como obrigatório, repetindo o disposto no Código Civil. Senão vejamos:

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** (grifo nosso).

Como se pode ver, o consentimento informado é fundamental para a inseminação de mulheres casadas ou que vivem em união estável, analogicamente.

Nesse norte, estabelece também a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina: “em caso de mulheres casadas ou vivendo em União Estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou companheiro, após processo semelhante de consentimento informado”.

De outra banda, por não se tratarem de normas cogentes, eis que somente éticas, não se pode afastar a ocorrência de inseminação heteróloga em mulher casada ou convivente, sem o consentimento do marido/companheiro, configurando, assim, a segunda hipótese, visto que a mulher, ao se inseminar com sêmen de terceiros, com o desconhecimento de seu marido ou companheiro, comete um ato atentatório ao casamento, como por exemplo, injúria grave e violação ao dever de lealdade. Nesse caso, o marido poderá contestar a paternidade do filho, se já o houver registrado, tendo em vista que foi levado a erro ao registrá-lo.

A doutrina costuma classificar essa técnica de inseminação sem o consentimento do parceiro de “adultério casto”, implicando em grave descumprimento dos deveres conjugais.

Segundo entendimento de José Roberto Moreira Filho:

[...] nesse caso, se a mulher casada se submeter a uma fertilização com sêmen do doador (heteróloga), sem o consentimento do marido, a paternidade não poderá lhe ser imputada e constituirá até mesmo causa de dissolução do vínculo matrimonial e de ação negatória de paternidade cumulada com anulação do registro de nascimento, se houver sido feita enganadamente. [...] além da falta do querer ser pai, ou seja, da filiação socioafetiva, há a presença da fraude e da deliberada intenção de levar em erro. (MOREIRA FILHO, 2002)

Desse modo, ainda que marido ou companheiro, não lhe será computada a paternidade do filho havido de sua mulher por técnica de inseminação heteróloga quando não houver seu consentimento, cabendo, inclusive, ação negatória de paternidade neste sentido, em que pese tal procedimento redundar num inegável prejuízo à criança concebida, que se verá à mercê de uma paternidade inexistente, pela igualmente impossibilidade de se estabelecer vínculo com o doador do material genético.



O nosso Código Civil apresenta somente um artigo pertinente às técnicas de reprodução assistida, ou seja, como muitos dizem “o Novo Código Civil já nasceu velho”. O referido artigo é o 1.597, já citado anteriormente, onde diferentemente do Conselho Federal de Medicina, o Código Civil não faz referência aos filhos havidos na união estável, visto que o referido artigo trata especificamente do casamento.

Entende-se, porém, que o consentimento do parceiro, também, irá gerar reconhecimento incontestável da paternidade, visto que ao dar seu consentimento, o companheiro reconhece a paternidade da criança, tendo plena consciência que não será seu pai biológico. Dessa forma, como são casos análogos, consentindo o marido/companheiro na fecundação, fica determinada a filiação tanto jurídica como afetiva, mesmo não sendo pai biológico.

Outrossim, eventual consentimento poderá a qualquer momento ser revogado, desde que ainda não operada a fecundação.

Já na terceira hipótese, a mulher que recorre a um banco de sêmen e se fertiliza com o intuito de formar uma família monoparental, não é possível atribuir-se ao doador qualquer vínculo de filiação. Ainda que não exista lei específica, por analogia, usa-se o instituto da adoção em relação à doação do sêmen. A criança somente será registrada em nome da mãe, mas poderá no futuro requerer o reconhecimento de seu vínculo de filiação biológica, sem que isto acarrete ao doador quaisquer obrigações ou direitos relativos à criança, uma vez que, ao doar seu sêmen, ele abdica voluntariamente de sua paternidade, da mesma forma que o faz, mal-comparando, quem entrega uma criança para adoção.

Existe, também, a fecundação *in vitro* heteróloga pela doação de embrião, ou seja, a criança nasce de uma fecundação *in vitro* de óvulos e espermatozoides doados ao casal, e o embrião resultante é colocado no útero, que só fica vinculado ao casal pela gestação e afetividade.

Como visto anteriormente, o novo Código Civil, no art. 1597, refere-se à inseminação artificial heteróloga, porém, analogicamente, tudo leva a crer que o legislador teve a intenção de referir-se também à fecundação *in vitro* heteróloga, causando certa confusão, visto que se tratam de técnicas diferentes, podendo levar à conclusão de que esta técnica não restou tipificada no novo códex.

No tocante à maternidade há, da mesma forma, a fecundação *in vitro* heteróloga pela doação de óvulos, ou seja, a criança nasce após a fecundação *in vitro* pelo espermatozóide do marido em um óvulo doado e implantado no útero da mulher, ou ainda, pela chamada barriga de aluguel.

Logo, podemos ver através dos tempos e da evolução dos métodos de reprodução humana artificial, que a máxima *matersemper certa est* restou literalmente abalada, visto que hoje a maternidade pode se dar biologicamente ou gestacionalmente, tendo apenas entre as partes laços afetivos.

Antigamente, não havia dúvidas quanto à maternidade, por não haver como fecundar o óvulo fora do útero materno ou transplantá-lo em outra pessoa, tendo-se como certo que a mãe era aquela que estivesse grávida e “carregando” o futuro bebê em seu ventre.

Já, atualmente, aquela certeza em relação à maternidade mostra-se abalada, tendo em vista que a mãe pode ser a que esteja com o filho em seu ventre, pode ser a que forneceu o óvulo para fecundação ou ainda a que recebeu o óvulo de uma terceira pessoa e que contratou a barriga de substituição para gestá-lo (mãe socioafetiva).

O ordenamento pátrio consagra a ideia de que a mãe é a que teve a criança em seu ventre os nove meses e, após, deu à luz. Portanto, se a mãe doadora do óvulo for inseminada com sêmen de seu marido ou de terceiro, e ela própria gestar o filho, não restam dúvidas de que será declarada a mãe da criança, pois tem consigo todos os pressupostos da maternidade seja o genético, o socioafetivo ou o gestacional.

Porém, a maior dificuldade encontrada para se “decidir” quem é a mãe do vindouro filho é quando a “mãe gestante” é diferente da “mãe biológica” ou da “mãe socioafetiva”.

Nesses casos, poderá ocorrer o conflito negativo ou positivo da maternidade. O conflito positivo ocorre quando várias mães reivindicam para si a maternidade da criança, e o conflito negativo ocorre quando nenhuma das mães quer assumir a maternidade da criança.

A doutrina e o entendimento mundial nesse sentido é de que é de se atribuir a maternidade à mãe que gestou a criança, podendo ser modificada quando ficar evidente que a mãe gestante, por não ser mãe biológica, não tiver condições de cuidar da criança, entregando-se a criança à mãe que melhor atender aos seus interesses, seja a mãe biológica ou a mãe socioafetiva.

Em relação à substituição de útero, também chamada de barriga de aluguel, é certo que não há legislação que a regule ou que a proíba, sendo ela apenas tratada pela resolução 1358/92 do CFM e por alguns projetos de lei, como refere Maria Cláudia Crespo Brauner:

[...] retomam boa parte das recomendações contidas na resolução Normativa 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina. O último deles, Projeto de Lei 90, de 1999, de autoria do senador Lúcio Alcântara, recebeu um substitutivo da parte do Senador Roberto Requião e parece ser aquele que terá mais possibilidade de prosperar e tornar-se lei, embora tenha adotado uma posição bastante restritiva quando proíbe o congelamento de embriões e a prática da

redução embrionária. Os projetos foram, finalmente, apensados e seguem, lentamente sua tramitação, sendo objeto de revisões e alterações, sem que o debate atinja as diversas camadas da sociedade e, principalmente, os destinatários da lei [...]. (BRAUNER, 2003, p. 24)

Pelo ordenamento jurídico, veda-se qualquer contrato que envolva bem indisponível, como é o caso da vida humana, sendo que os contratos de “locação” ou substituição de útero não têm eficácia jurídica.

Porém, atualmente cresce na doutrina pátria um entendimento de que a mãe biológica, no caso de barriga de aluguel (mãe de substituição), é a que merece a maternidade da criança, pois entendem que a mãe de substituição é apenas a hospedeira daquele ser gerado sem a contribuição de suas células germinativas.

Corroborando nesse sentido, quanto à filiação socioafetiva, entende-se que independentemente da origem biológica ou da gestação, a mãe será aquela que assumiu e levou adiante o sonho da maternidade ao recorrer até mesmo a estranhos para que sua vontade fosse satisfeita.

Portanto, a doadora do óvulo não poderá reivindicar a maternidade em decorrência do sigilo exigido pelos laboratórios, e porque, no momento da doação, renunciou à maternidade voluntariamente, mal-comparando, com a mãe que entrega seu filho para a adoção e, conseqüentemente, renuncia ao seu direito de filiação.

Assim é o entendimento de TychoBrahe Fernandes, vejamos:

Ante a possibilidade de um conflito de maternidade, é fundamental estabelecer juridicamente que a maternidade deverá cair sempre naquela que será a mãe socioafetiva, até porque o projeto de maternidade partiu dela ao escrever o seu direito constitucional do planejamento familiar. (FERNANDES, 2000)

A solução dos impasses relativos à disputa ou imposição da maternidade deve variar em cada caso concreto diante das peculiaridades levantadas, mas a tendência é a de que o julgador deve sempre ter em mente quem primeiro externou a vontade relativa à inseminação e, também, o melhor interesse da criança.

Corroborando esse entendimento, Guilherme Calmon Nogueira Gama entende que:

O Direito de Família sofreu direta repercussão dos avanços tecnológicos na área de reprodução humana, mormente envolvendo as fontes da paternidade, maternidade e filiação, e todas essas transformações permitiram a ocorrência de um importante fenômeno, denominado “desbiologização”, ou seja, a substituição do elemento carnal pelo elemento biológico ou psicológico. (GAMA, 2000)

Ainda, vejamos o entendimento de Luiz Roberto de Assumpção quanto à paternidade nos dias de hoje, o que se pode aplicar, também, analogicamente, à maternidade:

[...] a paternidade no início do milênio, não é o vínculo biológico o determinante da união entre pais e filhos [...], uma vez que é suplantado pelo elo socioafetivo que se pode estabelecer entre ambos, este sim compatível com a noção de família como núcleo de afetividade e realização pessoal de todos os seus membros. (ASSUMPÇÃO, 2004, p. 210)

Como visto, tanto nos casos de paternidade como nos casos de maternidade, a filiação socioafetiva prepondera sobre a biológica. A doutrina tem entendido que, nos casos de inseminação (entenda-se, também, a fecundação *in vitro*) heteróloga, para se definir o parentesco deverão ser considerados somente o pai ou a mãe socioafetiva, desconsiderando-se a paternidade ou maternidade biológica, mal-comparando, novamente, com a adoção, dando prioridade àqueles que projetaram a vida da criança.

Contudo, em que pese preponderar a filiação socioafetiva, não há que se insurgir acerca da problemática que as técnicas suscitadas para a procriação ocasionam no que pertine a um conflito de direito e valores: um conflito entre o direito à liberdade de procriar, associado aos direitos de livre desenvolvimento, de reserva de intimidade da vida familiar e de cura da esterilidade, e por outro lado, o valor da integridade da instituição familiar, associado à inalienabilidade da vida, à dignidade da pessoa e aos direitos dos filhos.

Portanto, cabe aos operadores do direito, mediante o bom senso, ajustar o sistema jurídico à dinâmica social, é fundamental que o julgador atente, prudentemente, ao caso posto em lide, para o fim de analisar a verdade socioafetiva, na medida em que o valor de verdade das sentenças dependa, principalmente, dos fatos e não somente do direito.

## CONCLUSÃO

Conclui-se, que o presente trabalho teve o mérito de evidenciar questões de suma importância, vindo a trazer possíveis soluções para as contendas surgidas pelas técnicas de reprodução humana artificial.

Percebeu-se que a família através dos tempos foi tomando contornos diferentes, deixando de lado o patriarcado para ser uma família centrada no afeto e no viver-bem.

Acompanhada pelas transformações do século, esta família, também teve que se adaptar (ou, ainda, está se adaptando) com as evoluções das inovações na área da procriação artificial, onde a relação pais e filhos teve que ser repensada.

Vieram à baila, então, as modificações no tocante a filiação, onde a verdade biológica restou abalada, uma vez que pelas várias técnicas de procriação artificial é possível que uma criança nasça de uma barriga de aluguel, da doação de óvulos e/ou espermatozóides por pessoas anônimas, talvez tenha somente pais afetivos, talvez tenha dois pais ou duas mães e assim por diante.

Restou mais do que claro, porém, apesar das controvérsias jurídicas, que tanto a paternidade como a maternidade socioafetiva prepondera sobre a biológica, em função de que os casos de inseminação/fecundação heteróloga se comparam com a adoção, onde os doadores abrem mão do parentesco com a futura criança, devendo ser considerados somente o pai ou a mãe socioafetiva, desconsiderando-se a paternidade ou maternidade biológica, dando prioridade àqueles que projetaram a vida da criança.

Assim, a criança nascida dessas técnicas de reprodução artificial terá a possibilidade de saber sua identidade genética, todavia, sem que se desconstitua a família afetiva, produzindo apenas efeitos no que diz respeito ao conhecimento da origem genética, pois os efeitos jurídicos estão restritos aos impedimentos matrimoniais, impossibilidade de adoção do próprio filho biológico, proibição de reconhecimento voluntário ou mesmo forçado para fins de criação de direitos e deveres recíprocos.

A par de tudo isso, percebe-se a necessidade da criação de lei específica para os casos de reprodução humana artificial, pois somente as normas jurídicas podem regulamentar essas inovações técnico-científicas abalizadas pela bioética, o que até o presente momento, ainda, não ocorreu, uma vez que este tema é fresco no meio jurídico, tendo apenas alguns Projetos de Lei em andamento no ordenamento pátrio.

Portanto, conclui-se que é patente a necessidade de os juristas e os legisladores pátrios, andarem mais depressa, para não serem “atropelados” pela ciência, o que, de certo modo já está ocorrendo, considerando que o Conselho Federal de Medicina já possui uma Resolução sobre o assunto, enquanto o nosso ordenamento jurídico possui apenas um artigo de lei.

Por conseguinte, haverá a necessidade de um consenso ético mínimo entre os diversos ramos do saber humano, bem como na legislação dos diversos estados, talvez, no “decorrer da carruagem”, os países cheguem, quiçá, a um Tratado (acordo ou convenção) Internacional sobre o assunto, para que se possa regular a reprodução humana artificial de uma forma homogênea.

Dessa feita, o trabalho desenvolvido desfecha repercussões imediatas no Direito Civil, relativas, principalmente à filiação, suscitando questões que refletem a grave e imensa dimensão da procriação artificial, uma matéria longe de ser regulada pelo nosso ordenamento jurídico, porém, que diz respeito direto à vida do homem, à sua essência, seu começo e seu fim, tendo, como no presente trabalho, apenas a humilde intenção de dar uma pequena contribuição ao mundo jurídico quanto aos reflexos da reprodução artificial heteróloga no Direito Civil.

## REFERÊNCIAS

A evolução da reprodução assistida. **Terra**. Disponível em: <[http://www.terra.com.br/istoe/1805/medicina/1805\\_um\\_e\\_bom\\_tres\\_e\\_demais\\_pop\\_05.htm](http://www.terra.com.br/istoe/1805/medicina/1805_um_e_bom_tres_e_demais_pop_05.htm)>. Acesso em: 09 nov. 2008.

ALDROVANI, Andréia. Et al. **A Reprodução Humana Assistida e as relações de parentesco**. Prática Jurídica, Brasília, 31.10.2002, Consulex, n. 07.

ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 200p.

ASSUMPCÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BIOÉTICA e Reprodução Humana. Disponível em: <[http://www.providafamilia.org.br/site/secoes\\_detalhes.php?sc=49&id=127](http://www.providafamilia.org.br/site/secoes_detalhes.php?sc=49&id=127)> Acesso em: 02 de novembro de 2008.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 38 ed., 2006.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Direitos de família e do menor: inovações e tendências**. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 19. ed., v. 5, 2004.

Estatuto da criança e do adolescente. Porto Alegre: Calabria, 2001, 136p.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1992.

FERNADES, TychoBrahe. **A reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito: aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, 288p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e reprodução assistida sob a perspectiva do Direito Comparado**. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direito de Família, 2000.

KOLATA, Gina. **Clone: os caminhos para Dolly**. [Clone: the road to Dolly and the path ahead]. Tradução: Ronaldo Sérgio De Biasi. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1998. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2005, 156p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Justiça no Limiar do Novo Século**. Revista de Processo, 1993.

Novo Código Civil comentado. Coordenador Ricardo Fiuza et al. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, 173p.

PIVA, Maristela. **Em nome do filho: aspectos psicológicos da infertilidade na vida conjugal**. Passo Fundo: Universitária, 2002, 94p.

SAPKO, Vera Lúcia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida**. Curitiba: Juruá, 2005, 186p.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Os direitos humanos do concebido**. Análise biojurídica das técnicas de reprodução assistida. Porto Alegre: Síntese Publicações, 2002, CD-ROM n. 40. Produzida por Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfico Ltda.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **A criminalidade genética**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WALD, Arnold. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2002.