

AS RELAÇÕES DE PARENTALIDADE DECORRENTES DA GRAVIDEZ EM SUBSTITUIÇÃO

Marcelo Otavio Camargo Ramos¹

RESUMO: O presente trabalho analisará as consequências jurídicas da gravidez em substituição e seu papel na formação de relações de parentesco. Para tanto, verificar-se-á natureza jurídica do instituto bem como o atual arcabouço legal incidente sobre ele. Por fim, pretende-se responder se há relação de parentalidade entre a comissionante da gravidez em substituição e a criança nascida de tal gravidez.

Palavras-chave: Parentesco. Parentalidade. Gravidez em substituição.

INTRODUÇÃO

O parentesco entre as pessoas é um vínculo afetivo, social e jurídico que liga as pessoas umas às outras e determina uma série de implicações sociais relevantes na vida das pessoas. Desde os primórdios os laços de parentesco estão na base das organizações sociais, desde as organizações sociais mais primitivas até as mais avançadas,

Os vínculos de parentesco foram construídos ao longo da história, em diversos contextos sociais específicos, de formas diversas. Há, todavia, um elemento comum na maioria das sociedades, qual seja, o elemento biológico. Assim, na maior parte das sociedades é possível observar a relação biológica ou sanguínea entre as pessoas como sendo um critério relevante na determinação do parentesco entre elas. Comumente, inclusive, se observa que a maior proximidade biológica tem usualmente significado a ocorrência de vínculos de parentesco mais sólidos e mais estreitos, ao passo que a maior distância biológica e sanguínea, a seu turno, enseja vínculos de parentesco de menor intensidade.

Entre os diversos vínculos de parentesco que as mais distintas sociedades em diversas ocasiões históricas criaram está o vínculo de parentalidade. Presente na maioria das sociedades, trata-se de um dos mais importantes vínculos de parentesco que pode vincular as pessoas, sendo inclusive a fonte de outros vínculos de parentesco dele decorrente. Nos parentescos definidos pela legislação brasileira vigente como colaterais, a relação de parentesco que se tem com os irmãos, por exemplo, é derivada da relação de parentalidade que se tem com os pais, que são os

¹Mestrando em Direito Processual Penal, graduado em Direito, especialista em Direito Civil, Especialista em Direito Constitucional.

mesmo pais dos irmãos. No campo dos parentescos em linha reta, igualmente se pode perceber que a relação com avôs e avós, e com os ascendentes destes, deriva da relação de parentalidade que se tem com os pais, sendo que o mesmo se observa em relação aos descendentes em linha reta.

O parentesco entre filhos e pais é um fenômeno de enorme relevância social, tanto no âmbito particular, como no familiar, e também na esfera pública. Este vínculo, socialmente construído, porém com certo grau de condicionamento natural, tem servido, historicamente, para determinar ou ao menos influenciar significativamente, uma ampla gama de fatores que apresentam enorme importância na vida dos indivíduos e na conformação das sociedades, como o afeto familiar, as obrigações de respeito e obediência, a posição social, a transferência de prestígio e poder econômico ou político, ora pela herança de um trono, ora por uma participação acionária.

A construção social deste vínculo é dinâmica, de forma que sua construção se pode dar de forma distinta em cada época e em cada sociedade. Embora seja historicamente uma correlação predominante, não há uma necessária correspondência entre o vínculo sociológico de parentesco entre filhos e pais e o vínculo objetivamente descrito de forma biológica. Em outras palavras, nem sempre coincidirá o vínculo sociológico entre pais e filhos com o fornecimento de material genético ou a gestação, como define a biologia.

Com o conceito biológico de paternidade/maternidade, e com o vínculo sociológico de parentesco, coexiste ainda um terceiro, o vínculo jurídico entre pais e filhos. Este consiste na relação jurídica existente entre pai e/ou mãe e seus filhos, da qual resultam uma série de direitos e deveres recíprocos.

Curioso notar que embora haja um bom grau de clareza na enunciação dos deveres e direitos que derivam da relação existente entre pai e/ou mãe e seus filhos, não há tanta clareza assim na descrição dos fatos que caracterizam essa relação. O ordenamento jurídico, embora defina as causas civis deste parentesco (adoção, por exemplo) e mesmo a forma como ele deve ser oficialmente declarado (em cartório), não define que fatos dão origem a maternidade ou a paternidade: não há previsão de que quem fornece material genético ou gesta será mãe. Há sim o uso da palavra “genitor”, mas sem explicitar o que é um genitor, se alguém que gesta, se alguém que fornece material genético próprio, se alguém que gera fornecendo material de outrem, por exemplo.

Dante da importância das relações de parentesco na vida das pessoas e mesmo na organização social, e em especial diante da centralidade que o parentesco entre pai e mãe e seus filhos ocupa na formação dos parentescos em geral, este estudo tem por objetivo investigar as relações de parentalidade que podem decorrer da prática que vem sendo denominada gravidez em substituição.

O parentesco entre pais e filhos, como é sabido, tradicionalmente tem sua origem no vínculo biológico e sanguíneo entre eles existente. Contudo, o Direito de Família redesenhadado pela nova ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988 tem dado azo ao surgimento de relações de parentalidade fundadas no afeto, e não na vinculação biológica ou sanguínea.

O que se pretende responder com este estudo é se a gravidez em substituição pode gerar relação de parentalidade entre os encomendantes da gravidez em substituição e a criança dela originada, a despeito da inexistência de vínculo biológico entre eles.

A gravidez em substituição

O avanço das técnicas de reprodução artificial fizeram surgir a possibilidade, inexistente na natureza, de que uma mulher venha a gestar sem ter que ter contribuído com sua célula reprodutora. Na natureza, como se sabe, a mulher só gesta após ter tido seu óvulo fecundado.

3

Inicialmente, cabe distinguir a gravidez em substituição das técnicas de reprodução assistida. As técnicas de reprodução assistidas consistem no conjunto de alternativas desenvolvidas pelas ciências médicas para fazer frente à esterilidade (impossibilidade de procriar) e à infertilidade (dificuldade de procriar).

Há dois tipos de reprodução humana assistida: inseminação, quando há inoculação de sêmen na mulher sem que ocorra manipulação externa de óvulo ou embrião; fecundação artificial quando o óvulo é retirado da mulher e a fecundação é realizada em proveta, para posterior implantação no útero da fornecedora do óvulo ou de terceira mulher, no caso da gestação em substituição.²

A evolução das técnicas de reprodução assistida trouxe desafios inéditos ao Direito de Família, exigindo uma releitura de conceitos clássicos como maternidade e paternidade. A gravidez em substituição, vulgarmente conhecida como "barriga de aluguel", coloca em xeque o

² SILVA, Flavia Alessandra Naves - Gestação de substituição: a prática do empréstimo de útero e seus aspectos jurídicos frente à bioética e ao biodireito – dissertação de mestrado em direito 2010. p. 34

brocardo *mater semper certa est*, uma vez que desmembra a figura da mãe em genética, gestacional e afetiva. O objetivo deste estudo é delimitar como o ordenamento jurídico brasileiro soluciona a atribuição da parentalidade nestas situações, garantindo a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança.

O ordenamento jurídico brasileiro, em nível legal, silencia sobre o tema. O único diploma normativo atualmente vigente sobre a questão da gravidez em substituição é a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/1992, de 19 de novembro de 1992.

Sobre o vazio normativo acerca da gestação em substituição, aponta Flávio Alves Martins que:

A única regulamentação existente a respeito da maternidade de substituição vem do Conselho Regional de Medicina. Há projetos de lei que pretendem a regulamentação da prática, mas até a presente data nada foi devidamente regulamentado para acabar com a insegurança da ausência normativa.

O referido diploma normativo tem por escopo a regulação de técnicas de reprodução assistida em geral, e dedica especificamente ao tema da gravidez em substituição a sua sétima sessão³

A maternidade de substituição não está devidamente regulamentada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Há um verdadeiro vazio normativo que gera uma insegurança e acaba por tornar mais escasso o número de pessoas que se utilizam desta técnica a fim de terem satisfeito o seu projeto parental.

4

A legislação em outros países vem proibindo a realização dessa espécie de contrato. Na Espanha a proibição consta da lei n. 35/1988; na França a proibição é prevista na lei n 654/1994; na Alemanha a proibição é prevista na Lei de 13.12.1990; Na Suíça a proibição é prevista no art. 24 parágrafo 9 da Constituição Federal; na Austrália a proibição é prevista na lei 10.163/1984 ;e, por fim Portugal a proibição é prevista na lei n.32/2006. A Resolução do Parlamento Europeu n. II de 16.03.1989 pune e rejeita maternidade em substituição com remuneração.⁴

Para o ilustre civilista João Batista Vilela o ajuste feito entre os pais encomendantes e a mulher incumbida da gestação trata-se de um negócio jurídico. Afirma o autor que:

[...] seria mais correto partir da ideia geral de um negócio jurídico de comportamento. No caso, compreendendo, para a mãe de aluguel, obrigações de fazer, obrigações de não fazer, e culminando com a obrigação de das, consistente na entrega do filho⁵

³ MARTINS, Flávio Alves; ROCHA, Juliana Carvalho Brasil da; CARVALHO, Beatriz Santos; MONTEIRO, Bernardo Antonio Gonçalves; SANTOS, Luis Felipe Freind dos; MARTINS, Marina Rodrigues; QUEIROZ, Nathalia Martins Barbosa de. Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6607&revista_caderno=6. Acesso em jun 2014

⁴ SILVA, Flavia Alessandra Naves - Gestação de substituição: a prática do empréstimo de útero e seus aspectos jurídicos frente à bioética e ao biodireito – dissertação de mestrado em direito 2010. p. 85-86

⁵ VILELA, Joao Batista. Desbiologização da paternidade. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 71, p. 46, jul./set. 1980.

Em sentido oposto posiciona-se Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, para quem tal contrato seria ilícito e totalmente nulo, em especial por conta da “vedação de transferência do pátrio poder ou poder familiar mediante mero ajuste entre as partes”⁶

Thereza Cristina de Menezes defende a nulidade do contrato em qualquer hipótese, gratuito ou oneroso, pois o objeto é o corpo humano, seja como útero (corpo da gestante) seja como embrião (corpo da pessoa em formação)⁷. No mesmo sentido estão Regina Fiuza Sauwen e Severo Hryniwicz. Estes últimos afirmam que mesmo as soluções engenhosas procuradas pelas pessoas que acham licita a gestação em substituição são dificultadas ou mesmo impossíveis.⁸

Para Flavia Alessandra Naves Silva, a restrição constitucional a comercialização do corpo abrange apenas os negócios onerosos, e não os gratuitos. Por isso, a onerosidade é que é vedada. Assim, se o pacto de gestação for gratuito ele pode então ser celebrado se atender certos requisitos (consentimento informado, anonimato de eventuais doadores de gametas, interesse legítimo de procriar). Ela afirma que:

A gratuidade é elemento fundante. Não é defeso ao casal arcar com as despesas da gestora decorrentes de necessidade medicas e alimentares no curso da gestação, mas a paga a título lucrativo, com caráter remuneratório, é vedada⁹

No mesmo sentido posiciona-se Maria Helena Diniz, que defende a viabilidade do contrato de gestação desde que gratuito. A ilustre civilista defende que:

Injustificável, será, portanto, qualquer contrato oneroso de gestação, em que o casal venha alugar ventre ou a comprar prestação de serviço de gestação¹⁰

A autora vai além e afirma, ainda, que o recrutamento de mulheres para fins de locação de barriga deveria ser punido com prisão e multa.¹¹

A parentalidade

Tradicionalmente, o parentalidade, relação de parentesco que é, sempre foi definida pelo Direito como sendo decorrente de um vínculo biológico e ou sanguíneo entre as pessoas. O sistema jurídico do Direito de Família brasileiro se baseou no português, o qual, por seu turno,

⁶ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Coord.). Biodireito: ciência da vida, novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 44

⁷ Menezes, Thereza Cristina de. Novas técnicas de reprodução humana: o útero de aluguel. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 79, n. 660, p254, out. 1990.

⁸ Sauwen, Regina Fiuza; Hryniwicz, Severo. O direito in vitro: da bioética ao direito. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 113

⁹ SILVA, Flavia Alessandra Naves - Gestacao de substituição: a pratica do emprestimo de utero e seus aspectos juridicos frente a bioetica e ao biodireito - dissertação de mestrado em direito 2010. p. 82

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 6 . Ed., ver., aum. E anual. São Paulo: Saraiva, 2009., p. 578

¹¹ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 6 . Ed., ver., aum. E anual. São Paulo: Saraiva, 2009., p. 578

bebeu na fonte do Direito Romano alguns dos seus fundamentos tais quais, a título de exemplo, o marcante patriarcalismo que foi incorporado no Código Civil de 1916, elaborado sob a direção do eminent jurista Clóvis Bevilacqua.

O Código Civil brasileiro de 1916 disciplinava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, incorporava uma tradicionalista e conservadora, quiça discriminatória, visão da família, conceituando sempre como derivada do casamento formal, isto é, como fruto do casamento, conforme disciplinado no mesmo diploma normativo.

Sob tal conceito de família, cuja papel central era ocupado pelo casamento, vigorava o impedimento a dissolução do vínculo matrimonial e, ainda, fazia-se distinção hierárquica entre seus membros, e estavam presentes qualificações discriminatórias às pessoas cuja união existia à margem do casamento e, mais grave, aos filhos havidos fora do vínculo matrimonial.

Esta tradicional família, sempre originada do casamento, era denominada de legítima (pois era formada de acordo com o conceito de família abarcado pela lei), e era composta em seu núcleo por marido, mulher e filhos, e ainda, em algumas situações por colaterais e pelos outros parentes em linha reta, para cima e para baixo.

As demais formas de agrupamentos familiares, ou seja, aquelas formas de agrupamentos humanos unidos por laços afetivos e/ou sanguíneos que não se enquadravam no modelo tradicional abarcado pela Lei, recebiam a desonrosa pecha de ilegítimas, o que já demonstra o moralismo presente na legislação de então, que incorporava no Direito uma noção de certo e errado. Desta forma, aquelas formas de agrupamentos humanos que não se enquadrassem no modelo legal estabelecido pelo Código Civil brasileiro de 1916, eram tidos como marginalizados e recebiam tratamento discriminatório.

Tal caráter discriminatório estendia-se, inclusive, aos filhos que não fossem originados dos núcleos familiares legalmente aceitos. Assim, quando os filhos eram havidos fora dos núcleos familiares legalmente estabelecidos, recebiam do Código Civil brasileiro de 1916 a denominação, bastante desonrosa, de legítimos e ilegítimos conforme fossem oriundos ou não do matrimônio formal.

Inobstante o peso da tradição, a Constituição Federal de 1988 fez erigir um novo paradigma do Direito de Família, centralizando o princípio da dignidade da pessoa humana no centro do sistema do Direito de Família, abarcando uma noção de que a família, tal qual todas as instituições jurídicas e sociais, têm como finalidade precípua a promoção da dignidade do ser

humano em todas as dimensões. Com o advento deste novo paradigma, o Direito de Família na atualidade não tem mais por objeto a família legítima, na forma tradicional e restritiva que era delineada pelo Código Civil de 1916, pois a evolução da sociedade e a democratização do Direito tornou prementes a reconsideração do conceito jurídico de família bem como a ênfase dos aspectos sociais e afetivos. Como consequência disso a Constituição Federal, através dos seus artigos 226 e 227, reconheceu outros modelos de família que não apenas aqueles agrupamentos humanos decorrentes da relação de casamento (exemplos emblemáticos de novas formas de formação de família admitidas pelo Direito de Família são a união estável, o núcleo composto por um dos genitores e seu filho e os casais que já possuem filhos e une-se em união estável formando um novo núcleo familiar). Aplicou-se o princípio da isonomia aos cônjuges, igualando-os e suprimindo a antiga existência de hierarquia entre homem e mulher dentro do casal, e proibiu-se qualquer forma de discriminação de tratamento entre os filhos, pouco importando a sua origem.

No tocante à proteção da família e dos filhos, a Constituição Federal de 1988 dedicou um artigo cujo caput relaciona direitos a eles inerentes, os quais inequivocamente constituem garantias fundamentais que erradiam seus efeitos sobre todo o sistema do Direito de Família:

7

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 negligéncia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Merece ênfase, em especial, o parágrafo sexto do artigo acima citado, que taxativamente vedava qualquer forma de discriminação de tratamento entre os filhos, pouco importando a sua origem:

§ 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.

Tais inovações no paradigma do Direito de Família refletem-se na identificação dos vínculos de afeto como fatores capazes de impactar as definições jurídicas de parentesco e formação de família. As mudanças acima expostas acerca do reconhecimento de instituição familiar fora do casamento bem como da equiparação dos filhos independentemente de sua origem levaram ao surgimento de novos conceitos e de uma nova gramática jurídica mais aptas a disciplinar a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo etc. Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo, e não panas pela aderência ao modelo de família legalmente idealizado. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter

econômico, social e religioso conduziram a formação de um conceito jurídico de família afirmado fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo.

A socioafetividade foi erigida, como decorrência da centralidade da dignidade da pessoa humana no Direito de Família, a uma das mais relevantes características da família atual, quiçá seu traço distintivo, e está assentada nas relações humanas onde o amor é cultivado cotidianamente, independentemente da existência de vínculos genéticos e/ou biológicos.

É na esteira desse novo paradigma de Direito da Família, e à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da valorização do afeto como elemento formador de vínculos, que é fundado o atual conceito de família abarcado pelo Direito, e que surge o Princípio Jurídico da Afetividade, que decorrendo de outros Princípios Constitucionais, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é considerado princípio implícito.

Inobstante a tradicional importância atribuída a vinculação sanguínea e biológica entre as pessoas para a determinação de suas relações de parentesco, a modernidade erigiu também um outro critério como capaz de determinar as relações de parentesco: com o advento da Constituição de 1988 e a consequente centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana, o afeto passou a exercer importante papel na definição das relações de parentesco, como observa Rolf Hanssen Madaleno:

8

A Carta Política de 1988 garante a todos os filhos o direito à paternidade, mas este é o sutil detalhe, pois que se limita ao exame processual e incondicional da verdade biológica sobre a verdade jurídica. Entretanto, adota um comportamento jurídico perigoso, uma vez que dá prevalência à pesquisa da verdade biológica, olvidando-se de ressaltar o papel fundamental da verdade socioafetiva, por certo, a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, pois, seguem como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de espontânea afeição e, para esses caracteres a Constituição e a gênese do futuro Código Civil nada apontam, deixando profunda lacuna no roto discurso da igualdade, na medida em que não protegem a filiação por afeto, realmente não exercem a completa igualização¹²

No mesmo sentido, prossegue o autor:

[...] a paternidade tem um significado mais profundo do que a verdade biológica, onde o zelo, o amor paterno e a natural dedicação ao filho revelam uma verdade afetiva, uma paternidade que vai sendo construída pelo livre desejo de atuar em interação paterno-filial, formando verdadeiros laços de afeto que nem sempre estão presentes na filiação biológica, até porque, a paternidade real não é biológica, e sim cultural, fruto dos vínculos e das relações de sentimento que vão sendo cultivados durante a convivência com a criança¹³

¹² MADALENO, Rolf Hanssen. *Novas perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P. 40.

¹³ MADALENO, Rolf Hanssen. *Novas perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P. 40.

Estabeleceu-se, assim, um Direito da Família fundado na reciprocidade e na igualdade de direitos entre pais e filhos, na igualdade entre os filhos, suprimendo as discriminações e as diferenças de direitos entre legítimos e ilegítimos (como se fazia desde o Direito Romano), dando-se maior relevância ao interesse do filho e seu melhor interesse.

Como se pode observar, revela-se uma tendência de valorização do vínculo afetivo como fator de geração de relações de parentesco entre as pessoas. Tal tendência serve como forma de o Direito dar a devida importância ao vínculo social real existente entre as pessoas. Como se sabe, o convívio diário, o carinho, a cumplicidade e, em suma, todos os desdobramentos do afeto, muitas vezes impactam a vida das pessoas de forma muito mais significativa que apenas a existência de laços sanguíneos.

Obviamente, a elevação dos laços afetivos como forma de aperfeiçoamento das relações de parentesco não se dá em detrimento dos laços biológicos. Antes, esse novo parâmetro – o afeto – se soma ao parâmetro tradicional, o biológico, como ensina Maria Cristina de Almeida:

O novo posicionamento acerca da verdadeira paternidade não despreza o laço biológico da relação paterno-filial, mas dá notícia do incremento da paternidade socioafetiva, da qual surge um novo personagem a desempenhar o importante papel de pai: o pai social, que é o pai de afeto, aquele que constrói uma relação com o filho, seja biológica ou não, moldada pelo amor, dedicação e carinho constantes¹⁴

Ainda sobre a convivência entre o critério biológico e o critério afetivo como concorrentes na formação dos laços de parentesco Maria Berenice Dias chega a apontar a possibilidade de que o critério afetivo prevaleça, em certos casos, sobre o critério biológico:

A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família, que cumpre a sua função social, faz com que se atribua um papel secundário à verdade biológica. Revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva.¹⁵

Em seguida, a autora prossegue, no mesmo sentido:

A coincidência genética deixou de ser fundamental na análise dos vínculos familiares. A paternidade não é só um ato físico, mas, principalmente, um fato de opção, extrapolando os aspectos meramente biológicos, ou presumidamente biológicos, para adentrar com força e veemência na área afetiva.¹⁶

Além do sólido referencial doutrinário até o momento exposto, que por si só seria capaz de revelar a viabilidade da parentalidade socioafetiva em nosso ordenamento jurídico, ou mesmo seu necessário reconhecimento, é mister enfatizar que o reconhecimento da

¹⁴ ALMEIDA, Maria Cristina de. *Investigação de Paternidade e DNA: Aspectos Polêmicos*. 2001.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, p. 59. 4 ed. Revista dos tribunais, São Paulo:2011.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, p. 59. 4 ed. Revista dos tribunais, São Paulo:2011.

parentalidade socioafetiva já é uma realidade jurisprudencial, inclusive reconhecida em nossos tribunais superiores. Passaremos, portanto, a colacionar adiante alguns excertos de importantes julgados que demonstram a aceitação da parentalidade socioafetiva pela nossa jurisprudência.

Inicialmente, observemos dois importantes casos pioneiros no reconhecimento da parentalidade socioafetiva, oriundos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, notabilizado por seu pioneirismo e progressismo acerca de questões relacionadas ao Direito de Família. Em ambos os casos é possível observar o reconhecimento da parentalidade socioafetiva. No primeiro julgado abaixo colacionado, a parentalidade socioafetiva é reconhecida em detrimento da parentalidade biológica. No segundo julgado, a parentalidade socioafetiva é reconhecida em detrimento da parentalidade jurídica estabelecida no registro civil de pessoas naturais, ou seja, o vínculo socioafetivo teve força para derrogar, de certa forma, o vínculo registral.

EMENTA: APELAÇÃO. ADOÇÃO. Estando a criança no convívio do casal adotante há mais de 4 anos, já tendo com eles desenvolvido vínculos afetivos e sociais, é inconcebível retira-la da guarda daqueles que reconhece como pais, mormente, quando a mãe biológica demonstrou interesse em dá-la em adoção, depois se arrependendo. Evidenciado que o vínculo afetivo da menor, a esta altura da vida encontra-se bem definido na pessoa dos apelados, deve-se prestigiar, como reiteradamente temos decidido neste colegiado, a PATERNIDADE SOCIOAFETIVA, sobre a paternidade biológica, sempre que, no conflito entre ambas, assim apontar o superior interesse da criança. Negaram Provimento.”¹⁷ (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÕES DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO E INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.

1. O prazo prescricional do art.18, § 9º, VI, do antigo CC, que vigia ao tempo do ajuizamento da ação anulatória do registro de nascimento, de há muito não mais vigorava, sendo imprescritível a referida ação.
2. ADOÇÃO À BRASILEIRA. Tendo o autor sido registrado como filho pelo pai registral, o qual sabia não ser o pai biológico, caracterizada a adoção à brasileira, que é irrevogável, descabendo a anulação do registro de nascimento.
3. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Plenamente caracterizada a paternidade socioafetiva entre o autor e o pai registral, ela prevalece sobre a verdade biológica, o que impede não só a anulação do registro de nascimento, bem como a investigação da paternidade biológica. Preliminar rejeitada por maioria. Apelação provida para julgar improcedentes ambas as ações.”¹⁸ (grifo nosso)

A despeito do pioneirismo revelado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é de ainda maior utilidade para este trabalho, a fim de definir a possibilidade jurídica da parentalidade socioafetiva, perquirir o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a

¹⁷ Apelação Cível nº 000190039. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 02/05/2001

¹⁸ Apelação cível nº 00086568 – 8ª Câmara Cível - Giruá

respeito do tema, uma vez que é este o órgão do judiciário competente para dar a última palavra em matéria infraconstitucional.

O primeiro julgado a ser mencionado é um Recurso Especial julgado no ano de 2003. Trata-se de um leading case, por ser a primeira manifestação da alta corte acerca do tema da parentalidade socioafetiva. Tal qual nos próximos julgamentos a serem analisados, tem-se a questão da parentalidade socioafetiva discutida especificamente na aferição do reconhecimento da paternidade socioafetiva. Conquanto os julgados e a jurisprudência tenha se debruçado especificamente sobre a paternidade socioafetiva, ou seja, a relação de parentalidade que pode existir entre pai (masculino) e prole, entendemos que os argumentos sedimentados são igualmente aplicáveis a todo o gênero da parentalidade socioafetiva, podendo, portanto, serem aplicados também aos laços de parentalidade entre mãe (feminino) e prole.

FILIAÇÃO. ANULAÇÃO OU REFORMA DE REGISTRO. FILHOS HAVIDOS ANTES DO CASAMENTO, REGISTRADOS PELO PAI COMO SE FOSSE DE SUA MULHER. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA HÁ MAIS DE QUARENTA ANOS, COM O ASSENTIMENTO TÁCITO DO CÔNJUGE FALECIDO, QUE SEMPRE OS TRATOU COMO FILHOS, E DOS IRMÃOS. FUNDAMENTO DE FATO CONSTANTE DO ACÓRDÃO, SUFICIENTE, POR SI SÓ, A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DO JULGADO¹⁹

No julgado abaixo, o Superior Tribunal de Justiça vai além e explicita a possibilidade de reconhecimento da paternidade socioafetiva independentemente de qualquer relação biológica ou genética. Vejamos:

11

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. (...) Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também "parentescos de outra origem", conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural.^{227§ 6ºCF/881.593CC/02} 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. Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança -hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo -preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.”²⁰ (grifo nosso)

¹⁹ REsp 119.346/GO, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 23/6/2003

²⁰ RESP 252697-5/SP, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ 25/05/2010.

Por fim, passemos ao mais recente julgado, de 27 de Setembro de 2012, em que mais uma vez o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de que a paternidade socioafetiva deve se sobrepor a biológica, nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO. INTERESSE. EXISTÊNCIA.^I(omissis). II Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva, devendo essa relação de fato ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família. III. O exercício de direito potestativo daquele que estabelece uma filiação socioafetiva, pela sua própria natureza, não pode ser questionado por seu filho biológico, mesmo na hipótese de indevida declaração no assento de nascimento da recorrida. Recurso não provido.”²¹ (grifo nosso)

CONCLUSÃO

A elevação do afeto como critério apto ao estabelecimento de relações de parentesco se mostra condizente com o novo paradigma inaugurado para o Direito de Família com a Constituição de 1988 e com o Código Civil de 2002. Claramente, com o aparecimento da Carta Política de 1988, o conceito de paternidade, antes traçado quase que exclusivamente por laços consangüíneos, transfigurou-se conforme o legislador constituinte deu relevo a princípios norteadores a serem utilizados nas relações humanas, com especial ênfase e destaque ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Neste novo paradigma do Direito de Família inaugurado pela Constituição de 1988, que tem como um de seus princípios centrais a dignidade da pessoa humana, o afeto tem papel relevante na definição de relações de parentesco, sem prejudicar o critério biológico, mas podendo mesmo subsistir sozinho na formação do parentesco.

Entendemos que, diante do supracitado papel que o afeto ocupa na formação dos vínculos jurídicos de parentesco, a gravidez em substituição, mesmo nos casos em que os encomendantes da gravidez não tenham disponibilizado seu material genético, é apta a formação de parentesco entre os encomendantes e a criança gerada na gravidez em substituição.

Para além disso, acreditamos ser de fundamental importância salientar que, à luz dos novos paradigmas do Direito de Família alçados ao grau de espinha dorsal deste ramo do Direito pela Constituição de 1988, em especial à luz da vedação a que haja qualquer forma de discriminação entre os filhos (desdobramento direito do princípio da Dignidade da Pessoa Humana), o filho havido por meio da gravidez em substituição têm absolutamente o mesmo

²¹ REsp 1244957, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI 27/09/2012

status que teria um filho havido pelos meios tradicionais. Assim, a gravidez em substituição não só é capaz de gerar vínculo de parentalidade entre os encomendantes da gravidez em substituição, como tal vínculo será, sob todos seus aspectos, as mesmas características e consequências da filiação originada da gravidez tradicional ou da adoção.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Maria Cristina de. *Investigação de Paternidade e DNA: Aspectos Polêmicos*. 2001.
- ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e, *Reprodução Assistida: aspectos civis e bioéticos*. 2000. 345 p. Tese (Livre Docencia) – Departamento de Direito civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.
- BARROS, Juliana Brito Mendes de. *Filiação Socioafetiva*. Em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/334/329> acesso em 23/09/2014.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9. ed., rev. e atual. segundo Código Civil de 2002. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 4 ed. Revista dos tribunais, São Paulo:2011.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6 . Ed., ver., aum. E anual. São Paulo: Saraiva, 2009. 13
- LIMA NETO, Francisco Viera. *A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem*. In: Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Coord.). *Biodireito: ciência da vida, novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LÔBO NETTO, Paulo Luiz. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 19, p. 134-156, ago./set. 2003.
- MADALENO, Rolf Hanssen. *Novas perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MARTINS, Flávio Alves; ROCHA, Juliana Carvalho Brasil da; CARVALHO, Beatriz Santos; MONTEIRO, Bernardo Antonio Gonçalves; SANTOS, Luis Felipe Freind dos; MARTINS, Marina Rodrigues; QUEIROZ, Nathalia Martins Barbosa de. *Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6607&revista_caderno=6>. Acesso em jun 2014.
- MENEZES, Thereza Cristina de. *Novas técnicas de reprodução humana: o útero de aluguel*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 660, p254, out. 1990.



SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Coord.). *Biodireito: ciência da vida, novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. *O direito in vitro: da bioética ao direito*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Flavia Alessandra Naves - Gestação de substituição: a prática do empréstimo de útero e seus aspectos jurídicos frente a bioética e ao biodireito – dissertação de mestrado em direito 2010.

VILELA, Joao Batista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 71, p. 46, jul./set. 1980.