

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**OS REFLEXOS DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA  
NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

Karen Gonçalves Leite

Presidente Prudente/SP  
2005

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**OS REFLEXOS DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA  
NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

Karen Gonçalves Leite

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Jesualdo de Almeida Júnior.

Presidente Prudente  
2005

**OS REFLEXOS DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA  
NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de curso  
aprovado como requisito parcial para  
obtenção do Grau de Bacharel em  
Direito

Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior  
Orientador

Sérgio Augusto Frederico  
Examinador

Elaine Cristina Filgueira  
Examinadora

Presidente Prudente, 23 de novembro de 2005.

Este trabalho é dedicado aos meus pais, José e Vera, que são as pessoas mais importantes da minha vida e que me deram oportunidade de estudar e de hoje realizar o sonho de estar me formando.

Não é coisa pertencente a um homem ser ama,  
nem berço de seus filhos. Basta que os veja e  
ame, e lhes procure todo o regalo e boa criação.

Don Francisco M. De Melo

**AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço meus pais José Leite e Vera Leite pelo esforço e apoio que sempre dispensaram a mim e graças a isso estou concluindo o meu curso universitário. São as pessoas mais importantes da minha vida.

Agradeço em especial a minha irmã Kilza Gonçalves Leite por todo amor, compreensão e paciência tanto na vida pessoal quanto na acadêmica, sempre me orientando a trilhar os melhores caminhos, muito obrigado.

Ao meu orientador Dr. Jesualdo Eduardo de Almeida Junior, o qual tive o prazer de ter como professor desde o início da minha vida acadêmica e pela confiança depositada ao me aceitar como orientanda.

A Dra. Elaine e ao Dr. Sérgio Frederico, meu carinho e agradecimento pelo pronto atendimento quando convidados para compor minha banca examinadora.

Aos meus amigos, em especial a minha querida amiga Juliana Galindo Ortega Nunes, com quem sempre dividi minhas dificuldades acadêmicas, minha eterna gratidão.

Por fim, a todos aqueles que estiveram ao meu lado no transcurso desta jornada acadêmica, meu obrigado, sentirei saudades.

## **RESUMO**

Trata-se de um trabalho científico de conclusão de curso que aborda as principais questões no que tange as técnicas de reprodução assistida dentro do Direito Civil Brasileiro. Tais técnicas são um assunto atual utilizadas por aquelas pessoas que detém alguma dificuldade em reproduzir-se naturalmente. Por isso sua procura se torna cada vez maior. Ocorre que diante dessa evolução no campo da filiação, existe um grande problema da morosidade do Direito Civil de adaptação. Isto porque o atual sistema jurídico demonstra-se incapaz de solucionar problemas posto a sua apreciação. Para tanto, deve-se utilizar os fundamentos dispostos na Bioética e seus princípios. Este trabalho demonstra o reflexo desta nova forma de concepção dentro do atual Direito Civil brasileiro, do Estatuto da Criança e do Adolescente bem como, na Constituição Federal de 1988. O objetivo é abordar temas importantes como; quem será o pai no caso de reprodução assistida heteróloga, perda do anonimato, dentre outros. Conclui-se ao final, que a paternidade sócio afetiva, embora não prevista legalmente, vem sendo aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando que a paternidade biológica e registraria não são necessariamente coincidentes entre si. O trabalho demonstra ainda a necessidade de uma reforma legislativa para o fim de ver ao filho declarada sua paternidade sem contudo, afetar o direito da paternidade afetiva existente.

Palavras-chave: Reprodução humana Assistida – Paternidade – Filiação - Família

## **ABSTRACT**

This is a scientific work of a course finishing which focuses on the main questions on the reproduction techniques watched within the Brazilian Civil Right. Such techniques are a present issue used by those people who have any difficulty in reproducing themselves naturally. Therefore, its seeking is bigger and bigger. What happens is that before this evolution in the field of filiation there is a big problem concerning the Civil Right of adaptation. This is because the present juridical system shows itself unable to solve problems to its concerning. For so, one must use the fundamentals available in the Bio-ethic and its principles. This work demonstrate the reflexation of this new form of concept within the present Brazilian Civil Right, of the Child and Teen Statute as well as in the Federal Constitution of 1988. The goal is to focus on important themes such as; who the father will be in case of heterological watched reproduction, loss of the anonimate among others. We conclude in the end that the social-affective paternity although not legally previewed, has been accepted by the Brazilian Juridical Ordenament, showing that the biological and registered paternity are not necessarily coincidental to each other. The work demonstrates yet the necessity of a legislative reform in order to see the child declared with its paternity without affecting somehow the right of the affective paternity which is existent.

Keywords: Watched human reproduction- Paternity- Filiation- Family

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1 BIOÉTICA</b> .....	<b>11</b>
1.1 A BIOÉTICA E O DIREITO .....	11
1.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO .....	13
1.3 PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA .....	14
<b>2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA</b> .....	<b>18</b>
2.1 TÉCNICAS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	18
2.1.1 <i>Inseminação artificial</i> .....	18
2.1.1.1 Inseminação Artificial Homóloga .....	19
2.1.1.2 Inseminação Artificial Heteróloga. ....	20
2.2 FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i> .....	20
2.2.1 <i>Fertilização in vitro homóloga</i> .....	21
2.2.2 <i>Fertilização in vitro heteróloga</i> .....	22
2.3 CONSENTIMENTO INFORMADO .....	22
<b>3 FILIAÇÃO</b> .....	<b>25</b>
3.1 A FILIAÇÃO NA LEGISLAÇÃO PRÉ-CODIFICADA .....	25
3.2 A FILIAÇÃO NO CÓDIGO DE 1916 .....	27
3.3 FILIAÇÃO NAS LEGISLAÇÕES POSTERIORES .....	33
3.4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA FILIAÇÃO.....	35
3.5 FILIAÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE .....	37
3.6 FILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO CIVIL.....	40
<b>4 FILIAÇÃO BIOLÓGICA E SÓCIO-AFETIVA</b> .....	<b>45</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>52</b>

## INTRODUÇÃO

O direito é uma ciência que está em constante desenvolvimento, por cuidar do aspecto social do ser humano. Porém ela não consegue ao mesmo tempo acompanhar os avanços da medicina.

Desta forma não evolui em consonância com os avanços das técnicas de reprodução assistida sendo que várias questões sobre esse tema, encontram-se sem resposta.

Atualmente, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92, dispõe algumas regras de disciplina sobre as técnicas reprodutivas. O atual Código Civil, também legisla sobre o tema no Capítulo II, específico sobre filiação.

Muito embora existam tais legislações sobre tema, elas são escassas. Ao passo que a Resolução, trata de regras relacionadas a ética médica e o Código Civil embora seja uma evolução tímida e ao mesmo tempo retrógrada pois não trouxe nada além daquilo que seria basilar neste campo.

O Art. 1.597 deste *Codex* estabelece a presunção de paternidade mas nada fala sobre a paternidade na filiação heteróloga bem como a possibilidade de ação negatória de paternidade na hipótese de consentimento do pai na inseminação heteróloga por haver incompatibilidade genética.

Depreende-se que várias questões não foram abordadas na legislação brasileira.

Por ser este um assunto atualmente muito polêmico, verifica-se necessário uma nova legislação pois a atual, é deficiente sobre a questão.

Contudo, o objetivo desta monografia é abordar a evolução da filiação devido as nova técnicas de reprodução assistida e a escassez de normas legais que amparem tal questão.

# 1 BIOÉTICA

## 1.1 A bioética e o direito

A bioética é uma ciência que visa garantir a evolução da biotecnologia na terra, resguardando contudo a harmonia humana universal. Logo, tal ciência consiste no estudo da moralidade da conduta humana nas áreas da ciência da vida, procurando averiguar o que seria lícito ou científico ou tecnicamente possível.

Mundialmente, essa ciência é abordada tendo como essência um conjunto de reflexões filosóficas e morais que abrange a vida em geral, bem como as práticas médicas particulares, lançando regras que possibilitam o melhor uso dessas técnicas. As temáticas gerais não diferem em sua substância. Neste diapasão leciona a Maria Celeste Cordeiro dos Santos: “As questões comuns são as de saber até que ponto se pode introduzir o artificial na vida do ser humano, sem transgredir com isso a integridade de sua natureza. Ou melhor, quais são os limites ético-jurídicos, para a ação médica ou científica-técnica?” (1998, p.39).

Neste contexto, pode-se destacar o conceito atribuído à bioética pela *Encyclopédia of bioethics*, em 1978, qual seja: “o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e dos princípios morais” (1995, p.XXI *apud* DINIZ, 2001, p.10)

Para Marco Segre, a bioética se define da seguinte forma: “*Bioética* é a parte da Ética, ramo da filosofia, que enfoca as questões referentes à vida humana e, portanto, à saúde. A Bioética, tendo a vida como objeto de estudo, trata também da morte (inerente à vida)” (1995, p.23, *apud* SANTOS, 1998, p.38)

É importante destacar que as regras trazidas na bioética não são de caráter coercitivo e sim, preceitos morais que servirão de norte para a utilização eticamente correta das novas técnicas, por isso o Direito se verifica necessário. Neste diapasão;

A bioética deverá ser um estudo deontológico, que proporcione diretrizes morais para o agir humano, diante dos dilemas levantados pela

biomedicina, que giram em torno direitos entre a vida e a morte, da liberdade da mãe, do futuro ser gerado artificialmente, da possibilidade de doar ou de dispor do próprio corpo, da investigação científica e da necessidade de preservação de direitos das pessoas envolvidas e das gerações futuras. (DINIZ, 2001,p.13)

Ocorre que, utilizando-se apenas da ética, passa a existir um caráter subjetivo de enorme cunho axiológico, dificultando uma sistematização universal face às diferentes culturas, todavia, a bioética serve de base para todo este desenvolvimento técnico-científico, posto que visa resguardar aos valores humanos. Desta forma, o Direito com base nos seus preceitos legais, combinado com a Bioética, deve tentar solucionar da melhor forma possível os litígios postos a sua apreciação.

O Direito é um conjunto de regras que tem como finalidade regular a vida em sociedade dos indivíduos. São regras que são impostas de forma coercitiva pelo Estado que tem o escopo de regular o relacionamento entre esses indivíduos e o próprio Estado.

Porém, em muitos casos, o Direito não evolui na mesma seqüência que os avanços biomédicos, não havendo respostas pertinentes para a solução de determinados casos concretos, pairando-se assim, uma lacuna do Direito.

Diante dessa falácia no Direito Positivo Brasileiro, surgem questões de grande relevância no domínio bioético, tais como; Como deveria um magistrado encontrar uma solução para o caso posto a sua apreciação, sendo que não dispõe de normas pertinentes para tanto?

Atualmente, os aplicadores da lei, fundados nos mais diferentes ramos do direito, devem resolver as questões sobre ciências biomédicas analisando casuisticamente, por uma combinação de procedimentos administrativos, regras de deontologia médica, regras de ética da pesquisa e de soluções jurisprudenciais. Desta forma, cabe ao Direito, como instrumento mantenedor da ordem social, apresentar respostas satisfatórias às novas questões decorrentes dos avanços da área da Biotecnologia.

Nesta seara, leciona Maria Helena Diniz;

Rogamos a Deus para que ilumine os parlamentares, guiando suas decisões para que fatores técnico-científicos não constituam a ceifa destruidora da raça humana, não deixando periclitir a floração para uma colheita futura sã física e mentalmente, fazendo com que a autonomia científica termine sempre que estiver em jogo o respeito à vida e à dignidade humana, pois há prioridade da pessoa humana sobre qualquer interesse da ciência, que somente terá sentido se estiver a serviço do homem. Por essa razão, a bioética e o biodireito não poderão ficar separados da efetivação dos valores da “vida”, “saúde” e “dignidade humana”, que se sobrepõe ao princípio da liberdade de investigação científica. (2001, p.500)

Desta forma, analisando as premissas explanadas, conclui-se que, primordialmente, o princípio da dignidade humana deve ser observado cabendo ao direito aceitar as descobertas científicas cuja natureza não se demonstre contrária à natureza do homem e de sua dignidade.

## 1.2 Origem e evolução

O termo bioética primeiramente foi empregado, conforme dispõe Maria Helena Diniz, pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselder Potter, em sua obra *Bioethics: bridge to the future*, publicada em 1971, considerando-a como a “ciência da sobrevivência”. A princípio, a bioética, em sua origem, tem um compromisso de manter o equilíbrio e a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta.

Em meados de 1971, a bioética passa assim, a ser considerada como a ética das ciências da vida, sendo na visão de Jean Pierre Marc-Vergnes, uma ética biomédica. Logo a bioética surgiu diante da necessidade de conciliar a ética médica com as ciências da vida, face ao grande progresso da biotecnologia.

Já em 1976, voltou-se às ciências médicas, passando a ser utilizada como forma de designar uma determinação ética na teoria e prática médica. Assim, a bioética passa a ser um conjunto de reflexões filosóficas e morais, não só na vida em geral, mas também, sobre as práticas médicas em particular.

Na visão de Maria Helena Diniz, a bioética vai além de uma ciência médica, conforme texto doutrinário a seguir;

Para tanto abarcaria pesquisas multidisciplinares, envolvendo-se na área da antropológica, filosófica, teológica, sociológica, genética, médica, biológica, psicológica, ecológica, jurídica, política, etc., para solucionar problemas individuais e coletivos derivados da biologia molecular, da embriologia, da engenharia genética, da medicina, da biotecnologia etc., decidindo sobre a vida, a morte, a saúde, a identidade ou a integridade física ou psíquica, procurando analisar eticamente aqueles problemas, para que a biossegurança e o direito possam estabelecer limites à biotecnociência, impedir quaisquer abusos e proteger os direitos fundamentais das pessoas e das futuras gerações. (2001, p.12)

Neste diapasão, pode-se vislumbrar que a bioética é um estudo deontológico, que proporciona diretrizes para o agir humano diante dos dilemas levantados pela biomedicina, que estão em torno dos direitos à vida, à morte, de dispor do próprio corpo para experiências científicas, assegurando contudo a preservação dos direitos das pessoas envolvidas.

### **1.3 Princípios da bioética**

A bioética está calcada em três princípios, quais sejam, beneficência, autonomia e da justiça.

O princípio da beneficência tem como escopo requerer ao médico ou geneticista o atendimento dos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, para atingir seu bem-estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos.

De acordo com os ensinamentos de Maria Helena Diniz, tal princípio: “Baseia-se na tradição hipocrática de que o profissional da saúde, em particular o médico, só pode utilizar o tratamento para o bem do enfermo, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer o mal ou praticar a injustiça” (2001, p.16)

O princípio da beneficência, na visão de Beauchamp e Childress: “é uma ação feita em benefício alheio, por estabelecer o dever moral de agir em benefício dos outros.” (cit. p. 260, *apud*, DINIZ, 2001, p.16)

O princípio da autonomia, visa proteger ao poder do ser humano de autogovernar-se, fazendo com que o profissional da área médica, respeite a vontade do paciente ou seu representante, levando em conta seus valores morais e crenças religiosas.

Conforme dispõe Maria Celeste Cordeiro dos Santos, “O bem mais genérico que está protegido pelo princípio da autonomia é a *liberdade de realizar qualquer conduta que não prejudique a terceiros*. É esta a liberdade consagrada pelos artigos 4º e 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.” (1998, p.43)

Desta forma, depreende-se que a autonomia, seria a capacidade de atuar com o conhecimento de causa e sem qualquer coação ou influência externa sendo que, aquele que tiver a sua vontade reduzida, será protegido.

O princípio da justiça baseia-se na igualdade de tratamento em relação ao Estado, que deve proporcionar a justa distribuição das verbas para a saúde, pesquisa etc.

Segundo conceitua Maria Celeste Cordeiro dos Santos:

É o princípio da justiça que obriga a garantir a distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios dos serviços de saúde. Impõe que todas as pessoas sejam tratadas de igual maneira, não obstante, suas diferenças, surge aqui a regra de privacidade.

A justiça, sob os diversos nomes, governa o mundo, natureza e humanidade, ciência e consciência lógica e moral, política e história e arte. A justiça é o que há de mais primitivo na alma humana, de mais fundamental na sociedade”. (1998, p. 167)

Tal princípio requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que tange à prática médica dos profissionais da saúde, pois os iguais deverão ser tratados igualmente.

Esse princípio exige uma relação equânime entre os pacientes e sobre isto, Maria Helena Diniz manifesta-se: “Esse princípio, expressão da justiça distributiva, exige uma relação equânime nos benefícios, riscos e encargos, proporcionados pelos serviços de saúde ao paciente.” (2001,p.17)

Caso exista algum conflito entre tais princípios, deve-se observá-los separadamente, analisando a hierarquia existente entre eles, de modo que o princípio do benefício prevaleça sobre os demais, vindo a seguir o princípio da autonomia e por último, o da justiça.

Assim sendo, embora o direito não consiga acompanhar os avanços biotecnológicos, cabe aos aplicadores das leis, utilizarem como arcabouço tais

princípios, para elaboração de normas, que possam responder às situações fáticas existentes.

Contudo, necessário se faz ressaltar que, tais princípios explanados devem ter como paradigma o princípio da dignidade da pessoa humana, que é respeitado por todo ordenamento jurídico brasileiro. A magnitude de tal mandamento, encontra-se descrita no corpo do texto constitucional como um fundamento que obrigatoriamente deve ser obedecido pela República Federativa do Brasil. Nesta seara, dispõe Alexandre de Moraes;

*Dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*; ( 2003, p.50)*

A prevalência de tal princípio, significa no reconhecimento de que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário. O homem constitui a finalidade e não o mero meio da atividade Estatal. Assim dispõe o comentário ao artigo 1, inciso III, do texto constitucional:

Dignidade é, antes de mais nada, o respeito devido à pessoa, que encontra seu sustentáculo na observância dos direitos individuais em todos os campos de atuação. Assim é o respeito à liberdade física e psicológica do homem, bem como, sua proteção na sociedade em que vive. (1998, p.148/149)

Desta forma, pode-se vislumbrar, que a dignidade detém grande importância no contexto jurídico, por ser base na garantia de direitos inerentes à pessoa humana. Deve ser observado impreterivelmente por assegurar direitos que visam garantir ao conforto existencial das pessoas, protegendo-as de sofrimento evitáveis na esfera civil.

Sendo assim, tal princípio deve ordinariamente ser seguido pelos demais expostos acima, visto que serve de norte para suas corretas aplicações.

## 2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

### 2.1 Técnicas da reprodução assistida

As técnicas de Reprodução Assistida desempenham um papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade. Tal técnica se perfaz de duas formas quais sejam, inseminação artificial ou fertilização assistida dependendo do problema apresentado.

Conforme dispõe a resolução do Conselho Federal de Medicina, Resolução n. 1358/92, tal método não pode ser utilizado de forma alternativa e sim, quando inexistente terapêutica eficaz para o tratamento da infertilidade.

#### 2.1.1 Inseminação artificial

A inseminação artificial é a forma mais comum utilizada pelos casais para solucionarem o problema da infertilidade. Consiste no depósito do espermatozóide masculino no útero da mulher com o escopo de se atingir uma gravidez.

Essa técnica consiste em obtenção de espermatozóides, seja do marido ou de uma terceira pessoa, através da masturbação ou massagem nas vesículas seminais que depois serão implantados no corpo da mulher, mais precisamente no canal vaginal.

A inseminação artificial se processa sem haver relação sexual ou qualquer manipulação externa, diferenciando-se da *fertilização in vitro* na qual existe a manipulação externa.

Neste diapasão dispõe Juliana Frozel de Camargo:

Assim, no processo de inseminação artificial não é garantida a fecundação do óvulo; esta técnica será utilizada para designar tão somente a introdução do sêmen na cavidade uterina, podendo, a partir de então,

ocorrer ou não a fecundação, fusão do óvulo e espermatozóide. Já no caso da fecundação artificial, ter-se-á efetivamente o embrião que será transferido para o útero materno. (2003, p.28)

Adiante, serão explanadas particularmente as técnicas de reprodução assistida com suas particularidades.

### **2.1.1.1 Inseminação Artificial Homóloga**

A inseminação homóloga ocorre quando há a introdução do esperma do próprio marido ou companheiro no aparelho reprodutor da mulher, ou seja, é um depósito não natural do espermatozóide no órgão reprodutivo da mulher, com a finalidade de se atingir a gravidez.

Essa técnica se assemelha mais a um tratamento decorrente de uma anormalidade, ou seja, quando o casal não consegue por meios naturais o sucesso de uma gravidez, utiliza-se tais meios para gerar um filho.

Neste contexto, dispõe Eduardo de Oliveira Leite, em consonância com os ensinamentos de Glezerman; “o processo da inseminação artificial homóloga pode não ser encarado pelo casal como um procedimento puramente médico, mas sim como uma medida corretiva para a inabilidade de desempenho.” (1995, p.33/34)

Em total acordo com os ensinamentos acima, dispõe ainda, Juliana Frozel de Camargo; “Entre as indicações para a inseminação artificial homóloga, destacam-se: a incompatibilidade ou a hostilidade do muco cervical; a oligospermia e a retrojaculação.” (2003, p.28)

A espécie homóloga de inseminação não traz controvérsias no âmbito jurídico visto que, utiliza-se do material genético do próprio casal, existindo assim total acordo entre os pais biológicos e genéticos, havendo apenas um auxílio da medicina para concepção de uma criança.

Ocorre que poderá a inseminação criar maiores problemas, no caso de inseminação *post mortem*, em caso de casais separados em que há sêmen congelado e sua eventual utilização, que poderiam gerar conflitos no que tange à paternidade e sucessão. Tais problemáticas, serão avaliadas oportunamente.

### **2.1.1.2 Inseminação Artificial Heteróloga.**

A inseminação heteróloga consiste na introdução do sêmen doado por terceira pessoa, alheia à relação que, geralmente, fica armazenado no banco de espermas, que será introduzido no aparelho reprodutor da mulher ou companheira visto que, o companheiro ou o cônjuge detém problemas no que tange à infertilidade ou incompatibilidade do Rh.

De acordo com Eduardo de Oliveira Leite:

A inseminação artificial heteróloga depende diretamente da ocorrência de um terceiro sujeito, ou seja, do doador. Para doar seu esperma, os CECOS exigem que o doador seja maior, com menos de 50 anos, casado e pai de, no mínimo, uma criança, mais o acordo da esposa. Logo, os CECOS, só recrutam pessoas de fertilidade comprovada. (1995, p.34/35)

Ocorre que, nesta modalidade de inseminação não vai existir a compatibilidade genética entre a paternidade biológica e a legal, havendo assim, divergências éticas com relação a esta prática.

No Brasil, embora a legislação silencie sobre essa questão, a inseminação heteróloga é praticada como método de procriação. A doutrina se manifesta favorável aos dois tipos de inseminações.

## **2.2 Fertilização *in vitro***

A fertilização *in vitro* consiste na retirada de óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra. O número de embriões a serem transferidos para o útero, não deve exceder a quatro, com o objetivo de evitar gestações múltiplas.

Os embriões excedentes, são congelados para uma futura transferência, não se permitindo que eles sejam descartados, conforme orientação do Conselho Federal de Medicina.

Ocorre que dentro desta técnica, a doação de óvulo, de embrião e o empréstimo do útero, podem gerar grandes polêmicas no sistema jurídico, pois o marido e a mulher, nem sempre são os genitores sob o prisma genético da criança a nascer.

Com esta técnica, ocorrem assim, diversas situações como a citada por Maria Helena Diniz;

a) fecundação de um óvulo da esposa ou companheira com esperma do marido ou convivente, transferindo-se o embrião no útero de outra mulher; b) fertilização *in vitro* com sêmen e óvulo de estranhos, por encomenda de um casal estéril, implantando-se o embrião no útero da mulher ou no de outra; c) fecundação, com sêmen do marido ou companheiro, de um óvulo não pertencente a sua mulher, mas implantado no seu útero; d) fertilização, com esperma de terceiro, de um óvulo não pertencente à esposa ou convivente, com imissão do embrião no útero dela; e) fecundação na proveta de óvulo da esposa ou companheira com material fertilizante do marido ou companheiro, colocando-se o embrião no útero da própria esposa (convivente); f) fertilização, com esperma de terceiro, de óvulo da esposa ou convivente, implantando em útero de outra mulher; g) fecundação *in vitro* de óvulo da esposa (companheira) com sêmen do marido (convivente), congelando-se o embrião para que, depois do falecimento daquela, seja inserido no útero de outra, ou para que, após a morte do marido (convivente), seja implantado no útero da mulher ou de outra. (2001, p. 452-453)

Dentre as situações elencadas, pode-se vislumbrar que existem hipóteses que tratam de fertilização *in vitro* homóloga e outras são fertilizações heterólogas. De outra banda, existem situações acima enunciadas que compreendem hipóteses de maternidade em substituição, que ocorre quando o embrião gerado da fecundação artificial, é implantado no útero de uma mulher que não seja a doadora do óvulo.

### **2.2.1 Fertilização *in vitro* homóloga**

Nesta, da mesma forma como ocorre na fertilização artificial homóloga, ocorre a fecundação do óvulo da mulher com o sêmen do marido ou convivente, porém, este encontro entre os gametas sexuais femininos e masculinos se perfaz extra corporeamente.

Neste íterim, ensina Juliana Frozel de Camargo:

*Homóloga*: consiste na reprodução assistida realizada mediante a doação ou recepção de material genético de casais que buscam uma solução para seus problemas de fertilidade ou de sexualidade, ou seja, os gametas (espermatozóide e óvulo) pertencem ao próprio casal solicitante. (2003, p.30/31)

### **2.2.2 Fertilização *in vitro* heteróloga**

Na fertilização *in vitro* heteróloga, também ocorre a fecundação extracorporeamente dos gametas que não são oriundos do casal. Neste caso, pode ser fecundado o óvulo da companheira ou esposa com sêmen que não seja do marido ou companheiro, sêmen do marido ou companheiro com óvulo que não seja da esposa ou companheira ou se fazer fecundação em que ambos os gametas sejam doados por um terceiro.

Seguindo as pegadas de Juliana F. de Camargo; *Heteróloga*: é a reprodução realizada com a participação de gametas de um terceiro doador, alheio ao casal que deseja ter filhos. (2003, p.31)

### **2.3 Consentimento informado**

Em conformidade com o disposto no item 3 dos Princípios Gerais da Resolução n. 1358/92, o consentimento livre e esclarecido, dá legitimidade ao ato médico uma vez que o ser humano deve ter sua autonomia respeitada;

O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

Desta forma, verifica-se que em toda intervenção médica deve haver o consentimento do paciente visto que, este detém um poder de autodeterminação

em suas decisões, principalmente neste aspecto que se trata de uma modificação físico-psíquica, podendo assim, proteger sua integridade.

Esta prerrogativa decorre do princípio da autonomia, sendo que no Código Penal Brasileiro, em especial no artigo 146, § 3º, está tipificado o delito de constrangimento ilegal qualificado, nas hipóteses de uma intervenção médica ou cirúrgica, sem a autorização do paciente ou seu representante legal, se não for justificado por iminente perigo de vida. No entanto, existem casos em que o paciente encontra-se totalmente apto a consentir a intervenção, mas assim não procede devido a crenças religiosas. Nessas situações, havendo iminente perigo de vida, o médico está autorizado a intervir, mesmo que ainda sem o consentimento daquele.

Esta proibição está ratificada no artigo 46 do Código de Ética Médica.

De outra banda, é importante ressaltar que discutem, se o simples fato de assinar o termo de internação supre o consentimento do paciente, no caso de uma intervenção ou até um tratamento médico. Ocorre que não se pode fazer esta comparação visto que, o consentimento informado, como o próprio nome diz, a concordância do paciente deve estar calcada no esclarecimento de todo o tratamento, ou seja, os meios a serem empregados, as conseqüências, bem como, a atualização na medida em que os métodos vão sendo empregados.

A relação que se trava entre paciente e médico configura uma obrigação de meio na qual, o médico não está obrigado a atingir o resultado almejado. O mesmo ocorre na reprodução assistida, na qual o médico não se obriga a atingir o resultado gravidez. Neste caso, o profissional somente será responsabilizado se agir com negligência no manuseio de algum procedimento ou até mesmo, agir com dolo ou culpa. Caberá ainda o dever de indenização, no caso do médico agir com imprudência ou imperícia.

O consentimento, para que seja válido, não pode ter sido dado, mediante alguma coação física ou psíquica. Não pode haver assim, nenhuma forma de manipulação da vontade, devendo ser o paciente esclarecido de todo o procedimento pelo médico responsável.

Devem ser informados ao paciente, todos os trâmites a serem seguidos para o tratamento como, quantas vezes deverá comparecer ao Centro, desconfortos,

riscos, melhor técnica a ser utilizada para atingir o resultado esperado pelo paciente, dentre outras informações que possa influenciar na decisão do mesmo.

Esse consentimento deve estar eivado de liberdade que abrange a consciência, os esclarecimentos, conforme se verificou acima, bem como a capacidade para promover os atos da vida civil. O Código Civil, dispõe quais aqueles que são absolutamente incapazes ou seja, não podem praticar nenhum ato da vida civil, somente se estiverem representados pelos seus pais e os relativamente incapazes, que podem praticar atos ou até participar de negócios jurídicos desde que, assistidos pelos seus representantes.

Desta forma, ao utilizar as técnicas de algum Centro de Reprodução, verifica-se que a conduta mais correta, será, além do esclarecimento, que o consentimento fique documentado de forma escrita para evitar responsabilização tanto do médico quanto do paciente, principalmente em ações futuras de investigação de paternidade. Embora tal burocracia não tenha modelo pré-estabelecido, deverá ser feita de acordo com os parâmetros jurídicos para a sua validade.

## 3 FILIAÇÃO

### 3.1 A filiação na legislação pré-codificada

A filiação é a mais importante, é a principal relação de parentesco que se estabelece entre pais e filho.

Atualmente, a filiação é um vínculo capital na organização de uma família. A família patriarcal, cedeu lugar para a família nuclear, na qual os filhos detêm uma presença mais acentuada. A família atual não se encontra numerosa como no passado, sendo hoje, constituída com base no núcleo fundamental, pai, mãe e filhos.

No direito romano, os filhos eram classificados em legítimos, quando os pais eram casados entre si; ilegítimos, quando oriundos das relações extraconjugais, subdividindo-se este último em espúrios e naturais.

Os filhos ilegítimos espúrios podiam ser conceituados como aqueles advindos de pais impedidos para o casamento, em razão do adultério e incesto. Já, os filhos ilegítimos naturais eram aqueles nascidos de pais que viviam em relação concubinária, sem impedimentos civis para o casamento.

Essa diferença era importante para se saber qual dos filhos poderia ser o continuador do culto familiar, sendo que tal tarefa, podia ser exercida única e exclusivamente por homens.

Os filhos espúrios, juridicamente não podiam ter pai, não sendo possível reconhecê-los, visto que não lhes era conferido quaisquer direitos, nem mesmo a alimentos. O direito romano tentou amenizar esta situação, por meio do instituto da adoção, onde passou a permitir a entrada do filho ilegítimo no seio familiar, colocando-se em igualdade com os outros filhos.

No direito brasileiro anterior, das Ordenações Filipinas, a distinção dentro dos filhos ilegítimos permaneceu. No que tange à filiação ilegítima espúria, era considerada como filhos oriundos do “coito danado ou punível” (Livro IV, título 93), sendo que a relação que se estabelecia entre o homem e a mulher no momento da concepção estava eivada de alguma restrição, quais sejam; I- impedimento de

parentesco em grau proibido, denominando-se os filhos incestuosos; II-impedimento resultante de investidura de ordens sacras maiores ou de entrada em ordem religiosa aprovada, classificando-se os filhos como sacrílegos; III-impedimento de vínculo matrimonial, chamando-se os filhos de adúlteros. As espécies dos adúlteros e incestuosos eram conhecidas como filhos bastardos.

As Ordenações Filipinas admitiam o reconhecimento dos filhos ilegítimos, vedada a sucessão legítima, mas não a testamentária. Previa-se no Livro IV, Título 92, que os filhos naturais concorriam juntamente com filho legítimos à herança do pai e que na falta deste eram os filhos ilegítimos os herdeiros universais. No que tange aos filhos espúrios, embora fossem legitimados na ação de investigação de paternidade, somente eram-lhes atribuídos direitos aos alimentos, pois que foi vedada qualquer participação sucessória com relação aos pais.

Após tal segmento legal, foi promulgada em 1858, pelo Imperador Dom Pedro II, a Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, onde se continuou com a classificação dos filhos ilegítimos nos artigos 207 a 210, seguindo as normas do Código Filipino. Invocando tal ordenamento, bem como, a Lei 463 de 1847, discorria a Ordenação que os filhos espúrios não podiam ser reconhecidos e nem mesmo legitimados por casamento subsequente.

As Ordenações estabeleciam distinções entre filhos naturais de cavaleiros e escudeiros e de peões. Cavaleiros e escudeiros eram nobres; peões, plebeus.

Os filhos naturais dos plebeus eram herdeiros dos pais; os filhos naturais dos nobres não tinham direitos hereditários.

Tal situação flagrantemente injusta, foi dirimida pela Lei 463 de 1847, que acabou com a distinção acima na qual estendeu em seu artigo 1º, aos filhos naturais dos nobres, os mesmos direitos hereditários aos filhos naturais dos plebeus.

No seu artigo 2º, estatuiu que o reconhecimento do filho natural por escritura pública, era necessário para que ele pudesse ter parte na herança paterna, concorrendo com os filhos legítimos. Na Consolidação de Teixeira de Freitas, essa regra foi inserida no artigo 962 : "Concorrendo filhos naturais com legítimos, o reconhecimento do pai é feito por escritura pública, antes do seu casamento é indispensável, para que os naturais possam ter parte na herança paterna." Nos

demais casos, a prova da filiação natural só se poderia fazer por escritura pública ou testamento; prevendo o artigo 3º da referida lei.

A Consolidação dispõe, em seu artigo 212, que concorrendo filhos naturais com legítimos, na forma do artigo 2º da Lei nº 463, a escritura pública para reconhecimento paterno depois do casamento ou reconhecimento em testamento, provam a filiação natural, mas não para efeito de sucessão hereditária.

Logo em seguida à Proclamação da República, adveio o Decreto 181, de 24 de janeiro e 1890, que regulamentou o casamento civil possibilitando a comprovação da filiação natural por confissão espontânea ou pelo reconhecimento de filho, feito em escritura de notas, ou no ato do nascimento, ou em outro documento autêntico oferecido pelo pai. Desta forma, ampliou-se pelo artigo 7º e 8º, os meios de prova da filiação natural.

Contudo, mesmo havendo as variadas formas de reconhecimento, somente a escritura pública e o testamento conferiam direitos hereditários aos filhos, sendo que, para se concorrer à herança, o reconhecimento deve-se dar antes o casamento, bem como, por escritura pública. As outras formas de reconhecimento, só estipulam o parentesco, conferindo somente direitos a alimentos.

Assim, verifica-se que a Lei 463 de 1847, só tratou dos filhos naturais em espécie, sendo estes filhos ilegítimos sucessíveis, desprezando os espúrios. Estes, eram havidos como estranhos aos pais, onde só podiam exigir alimentos, não presumindo direitos hereditários, embora pudessem ser nomeados por testamento.

### **3.2 A filiação no Código de 1916**

O Código Civil de 1916, adotando as regras do Direito Romano, classificava os filhos em legítimos, legitimados e ilegítimos.

Tal ordenamento discorria que seriam filhos legítimos, aqueles concebidos na constância do casamento, mesmo que anulado ou nulo, mas que contraído de boa-fé (art. 337 Código Civil de 1916). Citava ainda, a forma de legitimidade e de paternidade de um filho concebido no casamento, disposta no artigo 338 e seus incisos (I e II) conforme se verifica.

Partindo então, de que um período gestacional é de 270 dias, mas que, em situações excepcionais pode variar em cerca de 10 meses, ou restringir-se a seis, ficou estabelecido que serão considerados filhos concebidos na constância do casamento, aqueles nascidos 180 dias contados do estabelecimento da sociedade conjugal bem como, aquele que nascer 300 dias que se seguirem à dissolução do matrimônio por morte do marido, desquite ou anulação. Insta salientar, que esta presunção de filiação do casamento, não significa obrigatoriamente certa a legitimidade.

No entanto, pode ocorrer uma situação que implicará no conflito de presunções. Isto acontecerá, na hipótese de um filho nascer até 300 dias a contar da morte do primeiro marido, bem como, após 180 dias da vigência do segundo casamento. Para tanto, estabeleceu o legislador, na lei em questão, o impedimento matrimonial disposto no artigo 183, inciso XVI. Mas, se mesmo diante de tal proibição, o casório se realizar, caberá a comprovação da legitimidade, primeiramente pelos exames técnicos, como o DNA. Em sendo estes resultados frustrados, será permitido outro meio de prova, como documental, testemunhal... E mesmo assim, sendo estas insuficientes à elucidação necessária ao caso, será ouvida a mãe. Neste cerne, pode-se verificar que a prova da maternidade é mais simples sendo possível, a partir da comprovação do parto que deverá estar em harmonia com o casamento.

Os filhos legitimados eram aqueles concebidos por pai e mãe não casados, mas que eram legitimados pelo casamento subsequente dos pais, o que reabilitava os filhos e os equiparava aos filhos naturais.

A legitimação era um benefício dado pela lei, concedendo a condição de legítimo ao filho originariamente ilegítimo. Mas, para que tal ocorresse, era necessário, após o nascimento da criança, o casamento dos pais. Era necessário, também que, os genitores não fossem anteriormente casados com terceiros e que não trouxessem consigo nenhum outro tipo de impedimento. Somente dessa forma, os genitores podiam reparar seu erro e reabilitar o filho perante a sociedade. Por esse motivo, a legitimação era considerada uma obra solidária dos pais para com os filhos.

Para Maria Helena Diniz (2002, p.386) a finalidade da legitimação era:

a) dar ao filho legitimado a mesma situação jurídica do filho legítimo, pois, pelo art. 352 do Código Civil de 1916, “os filhos legitimados são, em tudo equiparados aos legítimos”, no que concerne aos direitos pessoais (nome, pátrio poder) e patrimoniais, mesmo sucessórios (CC de 1916, art. 1.605, e CF/88, art. 227, §6º), e aos deveres durante a vida ou depois da morte dos pais; b) estabelecer, ainda, o parentesco legítimo em linha reta, não só entre o filho legitimado e seus genitores, mas também com os demais parentescos dos pais.

Por fim, estipulava o ordenamento em questão a existência de filhos ilegítimos, sendo aqueles que não possuam pais unidos pelo laço matrimonial, distinguindo-se em naturais e espúrios.

Os filhos naturais eram aqueles nascidos de pais que à época da concepção, não portavam nenhum impedimento matrimonial decorrente do parentesco (art. 183, incisos I a V, Código Civil de 1916) ou de casamento anterior (art.183, inciso VI, Código Civil de 1916).

Logo, os filhos ilegítimos naturais eram aqueles de pais que viviam, em concubinato, não tendo impedimento para o casamento válido.

De acordo com o eminente Orlando Gomes:

Provindo os filhos naturais da livre união dos pais, tem condições superiores à dos filhos espúrios, equiparando-se completamente, em nosso Direito, aos filhos legítimos. O filho natural adquire esse status com o reconhecimento por ambos os pais, ou por um deles. Antes de reconhecido, há simples situação de fato, que não gera qualquer direito. (2002, p.308)”

De outro lado, existiam os filhos ilegítimos espúrios que eram aqueles concebidos por pais que detinham impedimento para o matrimônio na época da concepção. Tal impedimento adivinha de laço de parentesco em grau proibido ou por já serem casados, tanto um como os dois genitores, com outra pessoa.

Dentre os ilegítimos espúrios, existe uma subdivisão em adúlteros e incestuosos.

Os filhos adúlteros eram os nascidos de pessoas, que no momento da concepção, eram impedidas de se casarem, por serem casadas com terceiros (art 183, VI, Código Civil de 1916). A adúlterinidade poderia ser bilateral ou unilateral.

Sendo assim, o filho seria adúltero “a patre”, se gerado por homem casado e mulher solteira, viúva ou divorciada, após 1977, e, da mesma forma, “a matre”, se fosse a mulher casada.

De outro lado, os filhos ilegítimos espúrios incestuosos, seriam nascidos de pessoas que não poderiam se unir para o matrimônio, em razão de serem ligadas pelo parentesco, seja ele natural ou civil (art. 183, incisos I à V, Código Civil de 1916), na linha reta até o infinito ou na linha colateral até o 3º grau. Ressalta-se que o filho incestuoso não poderia ser beneficiado pela legitimação, tendo em vista que o impedimento matrimonial subsistia a todo tempo, mas teria todos os demais direitos, proibindo-se qualquer discriminação, caso fosse reconhecido.

Neste diapasão, ensinou o Ilustre doutrinador, Márcio Antonio Boscaro;

Destarte, o texto aprovado consagrou as mencionadas distinções entre filhos legítimos e ilegítimos, tomando por base o fato de serem ou não casadas entre si as pessoas que os geraram, e foi rigoroso no tratamento desses últimos. E, entre os ilegítimos, houve a distinção entre os naturais (aqueles cujos os pais não tinham impedimento matrimoniais, quando o geraram) e os espúrios (subdivididos em adúlteros ou incestuosos, conforme, respectivamente, houvesse impedimentos matrimoniais entre seus pais, quando de sua concepção, relacionados ao fato de um deles, ou ambos, estar casado com outra pessoa, ou ligado entre si por laços de parentesco- nos termos do disposto no artigo 183, inciso I a V, do Código Civil) e apenas os filhos naturais poderiam ser reconhecidos, sendo vedada tal possibilidade aos filhos adúlteros e incestuosos. (2002, p. 63)

A adoção é uma forma de filiação artificial, que tem como escopo, igualar a filiação natural, sendo também conhecida como filiação civil, pois o resultado não é uma filiação biológica, mas a exteriorização da vontade.

Em se tratando dos filhos legítimos, mesmo estando presentes os prazos do art. 338, pode a paternidade ser contestada, demonstrando ser esta presunção relativa ou *iuris tantum*. Porém, o marido poderia perder o direito de contestar a legitimidade de um filho concebido antes dos 180 dias do estabelecimento da sociedade conjugal, se tinha ciência da gravidez de sua esposa antes de se casar e assistiu pessoalmente ou por procurador a lavratura de seu nascimento, sem contestar essa paternidade (Código Civil, art. 339).

As possibilidades de o marido contestar a paternidade de um filho gerado por sua esposa eram escassas. Conforme dispunha o artigo 340, inciso I e II

respectivamente, tal oponibilidade poderia ocorrer somente no caso de ficar comprovada a impossibilidade física do casal coabitar nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos dias que precedessem o nascimento da criança, ou que a este tempo estavam os cônjuges legalmente separados. Na primeira situação, existia a impossibilidade material ocasionada por um acidente, uma enfermidade prolongada ou ainda de segregação. A distância geográfica não podia ser utilizada como justificativa. Assim dispõe Caio Mario da Silva Pereira;

Não se considera, no entanto, a separação geográfica como justificativa, dado que os meios de transporte cada vez mais rápido neutralizam as distâncias. O fato de estar afastado não é o bastante para fundar a ação; nem se considera a distância inábil à fundamentação do pedido, por ser reduzida. Se a impossibilidade física de coabitação decorre de afastamento, o que se tem de provar não é a possibilidade ou impossibilidade de percorrer a distância, porém, demonstra que o espaço intermediário não foi percorrido. (2002, p.197)

Conforme elencava o artigo 341, do mesmo *Codex*, não poderia alegar-se a separação legal para questionar a legitimidade do filho, na hipótese de haver um único encontro do casal sob o teto conjugal. Nesse caso, a impossibilidade também deveria ser demonstrada.

Tratando-se da segunda parte do artigo antecedente (art. 340, Código Civil) existe uma impossibilidade moral de coabitação, que advém de uma ordem judicial de separação de corpos ou, da separação decorrente da separação legal. Nesse caso, nada obsta uma eventual conjunção carnal entre os antigos cônjuges, que poderá culminar no nascimento de um filho. Desta forma, caberá a mulher o ônus da prova de filiação.

Nesta seara, em sede da impotência elencada no artigo 342 do Código Civil de 1916, para que ela pudesse ser alegada como excludente de legitimação da paternidade, deveria ser absoluta. No entanto, o impasse está em valorar se tal expressão diz respeito à impotência *coeundi* ou *generandi*. Seguindo as pisadas de Pontes de Miranda, lecionou o doutrinador Silvio Rodrigues entender ser a solução do código italiano melhor aplicável ao direito brasileiro afirmando que;

A palavra impotência não é empregada no sentido de impossibilidade instrumental, de inaptidão para o coito (*impotência coeundi*), mas na

acepção de impotência de gerar (*impotência generandi*). Mas adverte, e com, razão, sobre a delicada questão da prova. (2002, p. 329)

Visualizando exclusivamente a paz familiar, o legislador atribui ao marido a legitimidade em contestar a paternidade dos filhos havidos por sua mulher, no escasso prazo de dois meses (Código Civil, art. 344 e 178, § 3º). A presunção da paternidade de um filho concebido por sua esposa era tão grande, que nem mesmo a palavra dela excluindo a paternidade daquele, por si só, era possível para efetivar essa exclusão (Código Civil, 346).

A relação da filiação legítima se fazia comprovada, mediante apresentação do registro da certidão do termo de nascimento e no caso de sua falta, ou até mesmo defeito, poderia fazer a comprovação por qualquer forma em direito admitida desde que houvesse começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente, ou presunção veemente de fatos já certos. (Código Civil, arts. 347 e 349)

Disponha ainda este decreto, no artigo 350, que somente o filho poderia dar início à ação de filiação enquanto este vivesse, passando a legitimidade aos seus herdeiros, caso ele morresse menor ou incapaz. Ademais, caso a demanda tenha sido iniciada pelo filho, seus herdeiros poderiam dar-lhe prosseguimento, ao menos, que se dela ele desistisse ou fosse julgada extinta, conforme artigo 351.

Em se tratando do reconhecimento dos filhos ilegítimos, além daquelas proibições já mencionadas sobre filhos incestuosos e adulterinos, legislava, entre outras, que o filho ilegítimo reconhecido por um dos cônjuges não poderia viver no lar conjugal, se não houvesse consentimento do outro (Código Civil, art. 359), bem como que o filho maior somente poderia ser reconhecido com seu expresso consentimento e que o filho menor, poderia contestar essa filiação dentro dos quatro anos que se seguissem a sua maioridade ou emancipação (Código Civil, art. 362). Determinou por derradeiro que, a atribuição de prole ilegítima à mulher casada seria proibida, bem como, qualquer pessoa interessada poderia contestar a ação de investigação de paternidade ou de maternidade, ambos ordenamentos dispostos nos artigos 364 e 365 do Código Civil, respectivamente.

Desta forma, denota-se que existia uma explícita preservação da paz familiar possibilitando somente o reconhecimento do filho extramatrimonial, de um

dos cônjuges com terceira pessoa sem portanto, atribuir-lhe direitos de ordem elementares como alimento, sobrevivência, sendo imposto a estes filhos conseqüências de um comportamento tido pelos seus pais, pelo qual se atribui um sentimento de reprovação. Lenta foi a evolução dos costumes sociais, a refletir na alteração legislativa dessa matéria, como adiante ver-se-á.

### **3.3 Filiação nas legislações posteriores**

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1937 e Leis esparsas, houve uma mitigação no tratamento dispensado aos filhos extramatrimoniais.

Por força do disposto no artigo 126 do ordenamento acima, passou-se a equiparar os filhos legítimos e naturais, facilitando a estes últimos, o seu reconhecimento, bem como, atribuindo-se a eles direitos e deveres iguais aos filhos legítimos.

Muito embora tal ordenamento tenha sido interpretado da forma mais liberal possível, tentando-se atribuir os mesmos deveres e garantias aos filhos incestuosos e adulterinos, tal tentativa restou infrutífera. Isto porque, a sociedade não estava preparada para saltos maiores em filiação espúria.

Em 1941, houve a promulgação do Decreto Lei 3.200, que proibia a qualificação dos filhos nas certidões de nascimento, salvo a requerimento do próprio interessado ou por decisão judicial. No mesmo ano, foi sancionado o Decreto Lei 5.213 modificando o artigo 16 do decreto legislativo anterior, autorizando o pai permanecer com a guarda do filho natural, se assim o tivesse reconhecido.

Dando prosseguimento à evolução legislativa, deve-se destacar, a promulgação do Decreto-lei 4.737/42, que permitiu o reconhecimento dos filhos adulterinos, após o desquite. Contudo, havia aqueles que defendiam a possibilidade de extensão desse reconhecimento na hipótese de morte de um os cônjuges ou mesmo na anulação do casamento, casos em que, igualmente, encerrar-se-ia a sociedade conjugal.

Após calorosos debates doutrinários, e tímidas decisões judiciais, finalmente, colocou-se um fim nessa discussão, com o advento da Lei 833/49, que permitiu o

reconhecimento dos filhos adulterinos após a dissolução, por qualquer modo, da sociedade conjugal atribuindo-lhe direito sucessório mitigado, permitindo ainda em seu artigo 1º, a possibilidade do filho ajuizar ação de investigação para que fosse declarada a filiação. Essa lei permitia ainda, em seu artigo 4º, a possibilidade do filho ilegítimo acionar o indigitado pai com o escopo de obter alimentos, dispensando a possibilidade de ação de investigação de paternidade, o que demonstra a independência entre os critérios para o estabelecimento da filiação e os outros para o reconhecimento de efeitos da filiação.

Neste contexto, com a edição da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), foi introduzido o parágrafo único ao artigo 1º, da Lei 833/49, sendo este uma permissão a qualquer dos cônjuges, ainda que na vigência do casamento, o reconhecimento do filho havido fora deste, por meio de testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do seu filho, sendo nesta parte irrevogável.

Ainda no campo dos efeitos jurídicos da filiação, cumpre lembrar que a Lei 883/49, no seu artigo 2º- redação original- concedeu benefícios sucessórios em favor do filho adulterino reconhecido voluntário ou judicialmente sob o *nomem iuris* de amparo social, que também correspondia à metade da parte reservada ao filho legítimo ou legitimado. A Lei 6.515/77 revogou expressamente o disposto no artigo 1.605, § 1º, do Código Civil, que restringia os direitos sucessórios dos filhos naturais que concorressem com os filhos legítimos e legitimados.

Alterou ainda a redação do artigo 2º, da Lei de 1949, para estabelecer plena igualdade entre os filhos legítimos, naturais e adulterinos reconhecidos no campo dos direitos sucessórios. Desta forma, independente do título e da natureza da filiação jurídica, sendo ela estabelecida era proibida a diferenciação entre os filhos de qualquer forma no que tocava aos direitos sucessórios. Mas com relação aos incestuosos continuou sendo-lhe vedado o seu reconhecimento.

Finalmente, a Lei 7.250/84, incluiu mais um parágrafo ao artigo 1º da Lei 883/49, para permitir o reconhecimento judicial da paternidade de pessoa casada que se encontrasse separada de fato pelo menos por cinco anos do cônjuge e, conseqüentemente, também assim passou a ser possível a declaração formal do vínculo de filiação.

Neste cerne, denota-se que o modelo codificado civilista da paternidade, maternidade e filiação, demonstrou o seu esgotamento e urgência quanto à reforma, diante da dissociação entre formato jurídico e a realidade social, tendo a Constituição Federal de 1988 promovido a necessária reforma do modelo clássico. E, como será visto em capítulo próprio, o texto constitucional apresenta também novo modelo de filiação relacionado à procriação sem relações sexuais que, no entanto, a legislação infraconstitucional ainda não se referiu no que toca aos principais aspectos civis.

### 3.4 A constitucionalização da filiação

A Constituição Federal de 1988 foi um grande marco no que tange à igualdade entre os filhos, independentemente da forma como foram gerados, ou seja, dentro de uma relação matrimonial ou fora desta. O artigo 227 § 6º do ordenamento em estudo, é uma norma revolucionária que dispõe da seguinte forma;

*Art. 227- [...]*

*§ 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.*

A partir do momento em que a Constituição passa assim a vigorar, ficam revogadas todas as normas jurídicas que estabeleciam distinção entre as origens dos filhos e entre as relações conjugais como núcleo familiar. Tal revogação se deu pela incompatibilidade radical entre tais normas e o princípio da igualdade que deve vigorar entre os familiares.

Neste cerne ministra Zeno Veloso;

A Lei Maior não tem preferidos, não elegeu prediletos, não admite distinções em razão de sexo, aboliu por completo a velha ditadura dos varões e acabou, definitivamente, com a disparidade entre os filhos, determinando a absoluta igualdade entre eles, proibindo, inclusive, os designativos que funcionavam como autêntica maldição. (1997, p.87)

Logo, as denominações discriminatórias relativas à filiação não podem mais ser utilizadas. Filho de qualquer origem ou procedência, qualquer que seja a natureza da filiação é filho, com os mesmos direitos e deveres de qualquer outro filho.

Contudo, mesmo a Lei estipulando tal reconhecimento igualitário aos filhos, não obsteu a continuação da possibilidade de discriminação no âmbito social. Isto porque aqueles nascidos de uma relação extramatrimonial, são acolhidos de forma diferenciada pela sociedade e em muitos casos, dependendo do grupo social em que são integrados, são marginalizados.

Assim, mesmo a Lei repudiando a discriminação de filhos extraconjugais, deve ofertar a eles instrumentos legais que possibilitem a busca dos mesmos direitos dados aos filhos originados de uma relação conjugal regularmente constituída.

Assim, pelo fato da norma do § 6º do artigo 227 da Constituição Federal ter eficácia plena, sendo auto-aplicável, qualquer filho pode ser reconhecido de forma voluntária ou judicial. Logo, tal mandamento revogou o preceito do artigo 358 do Código Civil de 1916.

O sistema jurídico brasileiro não estipula qualquer limitação ao reconhecimento voluntário ou judicial, sendo facultado a qualquer filho a propositura de ação contra os pais, ou seus herdeiros para demandar a filiação, não ocorrendo nenhuma restrição como antes existia na lei.

Isto porque, atualmente, a filiação está amparada pelo princípio constitucional da igualdade.

Deve-se assegurar que tal princípio, disposto no artigo 5º da Constituição Federal, garante a todos iguais direitos e deveres perante a lei. Então, seria caso de discriminação ou preconceito do legislador taxar os filhos, havidos fora do casamento, como sendo adulterinos ou legítimos.

Desta forma, surge então, somente para fins didáticos, a classificação dos filhos em matrimoniais e extramatrimoniais.

Os filhos matrimoniais são aqueles concebidos na constância do casamento, ainda que nulo ou anulado e os extramatrimoniais são os concebidos fora do matrimônio.

Dessa forma, para que a filiação seja considerada matrimonial, o casamento dos pais deve ser anterior não só ao nascimento do filho como também à sua concepção, pois o momento determinante da classificação matrimonial ou não matrimonial é justamente o momento da concepção da criança.

Ocorre, porém, que o filho pode vir a ser concebido antes do casamento e nascer após a regularização da situação matrimonial. Nesse caso, a filiação será considerada matrimonial, tendo em vista que se presume a concepção do filho durante a constância do casamento, desde que nascido até 180 dias após a convivência ou dentro de 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal.

Em resumo, a filiação será matrimonial, se o filho nasceu após a dissolução ou anulação do casamento, desde que tenha sido concebido na constância deste, seja válido, nulo ou anulável. Será matrimonial também se foi concebido antes da celebração do ato nupcial e nascido na vigência deste.

Já, a filiação não-matrimonial, diferentemente, decorre das relações extramatrimoniais dos genitores.

Juridicamente, os filhos serão apenas matrimoniais e não-matrimoniais, esta última classificação levando-se em consideração que, os filhos fora do casamento sempre houve e sempre haverá. Esta classificação reflete uma realidade fática, sem discriminar as crianças nascidas do relacionamento de pessoas não casadas, isto é, independentemente da forma de concepção.

### **3.5 Filiação no Estatuto da Criança e do Adolescente**

Conforme disposto no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, toda a criança e o adolescente detêm o direito de ser criado em família, excepcionalmente em família substituta, sendo-lhe garantida a convivência familiar e comunitária longe de pessoas que dependam de substâncias entorpecentes.

Tal mandamento corresponde às idéias elencadas no artigo 227, “caput” da Constituição Federal, sendo absolutamente amplo com relação às legislações anteriores.

O artigo em comento proclama alguns direitos da criança e do adolescente derivados daquela orientação constitucional.

Isto porque, realmente a família é condição indispensável para que a vida se desenvolva, para que a alimentação seja assimilada pelo organismo e a saúde se manifeste.

Assim dispõe Tânia da Silva Pereira;

Regulamentando este princípio, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) procurou ressaltar a importância da vida em família como ambiente natural para o desenvolvimento daqueles que ainda não atingiram a vida adulta, valorizando esta convivência quer na família natural, quer na família substituta. (1996, p.153)

Neste íterim, o artigo 20 do mesmo *Codex* é um comentário literal do § 6º do art. 227 da Constituição Federal.

Pode-se verificar a partir de exaustivas explicações, que tal preceito foi responsável por colocar um ponto final numa evolução do Direito privado em matéria de filiação.

Sendo em boa hora que o E.C.A consagra direitos iguais aos filhos e filhas havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, proibindo-se assim, qualquer designação discriminatória relativa à filiação.

O disposto acima corrobora com as prerrogativas elencadas no art. 26 deste estatuto, que compreende a possibilidade de reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento pelos pais.

Desta forma, deu-se tratamento igualitário aos filhos ilegítimos que não mais são taxados com qualificativos como bastardos, adulterinos e incestuosos. Logo, todos eles podem ser reconhecidos sem exceção, quer sejam os naturais ou espúrios.

Conforme preceitua tal legislação, a criança pode estar em família natural ou substituta.

Na primeira modalidade, a comunidade familiar é formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Já na segunda hipótese, trata-se da inserção da criança ou do adolescente numa família que não seria a original, que passa a ter todos os direitos e deveres inerentes àquela família.

Desta forma, tal entidade familiar assume o direito de dirigir-lhe as prerrogativas versadas no art. 1.634 Código Civil, que assim dispõe;

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa de seus filhos menores;

- I- dirigir-lhes a criação e educação;
- II- tê-los em sua companhia e guarda;
- III- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para se casarem;
- IV- nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se outro dos pais não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V- Representá-los, até aos 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI- Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII- Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Contudo, o exercício desses deveres acima, irá depender o tipo de colocação em família substituta variando de acordo com a eventualidade da substituição, os efeitos da ingerência na vida da criança e do adolescente.

Pelo instituto da adoção, a família substituta passa a ter um caráter de definitividade, assumindo a totalidade dos direitos pertinentes, no artigo 1.634 do Código Civil.

Entretanto, se assume temporariamente a posição da família substituta, também estarão restritos os direitos que poderão exercer.

Assim está previsto no artigo 33 § 2º do E.C.A;

Art. 33 [...]

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos da tutela e da adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

Assim sendo, conclui-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente veio para reforçar o tratamento igualitário aos filhos, oportunizando-lhes conviverem primordialmente, no seio familiar a fim de serem garantidos seus direitos fundamentais.

### **3.6 Filiação no Novo Código Civil**

O Direito Civil brasileiro, atualmente depara-se com o Novo Código Civil, que entrou em vigência em 2003, trazendo mudanças significativas dentro do ramo de direito de família, em especial na filiação.

Em seus primeiros artigos relativos à filiação, demonstra claramente a impossibilidade da distinção de direitos e qualificações entre as várias espécies de filiação, em conformidade com o dispositivo constitucional do art. 227, parágrafo 6º da Constituição Federal.

Dispõe o artigo 1.596 do Código Civil;

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O Novo Código Civil em seu artigo 1.597 faz surgir inovações correlatas aos avanços científicos já que se trata de uma cópia do artigo 338 do Código Civil de 1916, acrescido mais dois incisos.

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 subseqüentes 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.

Diante do disposto, depreende-se que mesmo em sendo a procriação um fato natural, atualmente o vínculo estabelecido entre pais e filhos, pode não estar calcado na relação sexual, por conta da inseminação artificial (homóloga ou heteróloga) ou até por fertilização *in vitro*.

Assim, hoje não pode ser possível coincidir verdade biológica com a jurídica, pois quando se trata de procriação artificial, há de se falar em verdade sócio-afetiva que fundamenta a verdade jurídica, porque a procriação natural não abrange a mesma.

De acordo com o artigo acima, além das hipóteses de presunção já elencadas no ordenamento de 1916, outras três situações foram estipuladas.

a) Presunção de Paternidade do inciso II do artigo 1.597;

Tradicionalmente, tem-se em mente a presunção de filiação contida no inciso II do artigo sob comento que atribui a paternidade ao marido da mãe em relação ao filho nascido dentro dos 300 dias e mínimo de 180 dias para se completar. Desta forma, se o filho nascer em até seis meses após o casamento ou antes de decorridos os dez meses da dissolução da sociedade conjugal, opera-se a presunção de paternidade. Porém, essa presunção, atualmente, é considerada *júris tantum*, ou seja, admite prova em contrário, visto que o mesmo codex, permite ao marido negar a paternidade do filho de sua mulher (Código Civil, art. 1601, *caput*).

Ademais, com os avanços da ciência, se faz mister ressaltar que, atualmente, pode-se facilmente constatar a paternidade por intermédio dos exames de DNA, no qual a margem de acerto é de 99,99999997%.

Manifesta-se Sérgio D. J. Pena, sobre a confiabilidade científica dos exames de impressões digitais do DNA:

Após a preparação de DNA, a partir do sangue e processamento, conforme procedimento descrito acima, as Impressões Digitais de DNA da mãe, da criança e do possível pai são comparadas. Todas as bandas presentes no padrão da criança têm de ter vindo da mãe ou do pai. Se a criança apresenta bandas que não estão presentes na mãe nem no pai (bandas de exclusão), a paternidade está excluída.

E conclui:

Por outro lado, se o possível pai apresentar todas as bandas da criança que não estão presentes na mãe, a paternidade está provada. A confiabilidade da determinação da paternidade pelo uso das sondas multilocais é superior a 99,9999%, ou seja, efetivamente absoluta. (1993, p. 249-250 *apud* GUIMARÃES, 2001, p.74) .

b) Presunção de paternidade no inciso III do artigo 1597;

A fecundação artificial homóloga poderá ocorrer em tempo posterior a esse período, de 300 dias, persistindo a presunção da paternidade do falecido, mediante prova da utilização de seu gameta bem como, sua expressa autorização.

Porém, a lei não prevê se tal concordância deve ser escrita ou oral bem como, o seu tempo de validade. Neste sentido, leciona Maria Helena Diniz;

Deverá, então, para na hipótese de sua morte, deixar declaração expressa, por instrumento público ou testamento, de que permite a utilização e seu sêmen na inseminação artificial de sua mulher? Se não houver tal declaração, a clínica de reprodução assistida, depositária da célula germinal congelada, deverá, entregá-la à viúva? Esta poderia obrigar a clínica inseminá-la? Autorizar sua inseminação não seria, nesta hipótese, uma violação ao direito do morto, uma vez que a paternidade deve ser desejada e não imposta? (2002, p.384)

Diante de dados encontrados na obra de Paulo Luiz Lobo, verifica-se que numa jornada civil levada a efeito ao S.T.J, aprovou-se a seguinte preposição;

Interpreta-se o inciso III do art. 1.597 para que seja presumida a paternidade do marido falecido, que seja obrigatório que a mulher ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver

ainda autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. (2003, p.51)

Desta forma, verifica-se que é possível a procriação por intermédio da fecundação homóloga após o falecimento do marido, sendo necessário contudo, a sua autorização expressa para tanto.

c) Presunção de paternidade do inciso IV do artigo 1.597;

No que tange ao inciso IV, do artigo em baila, existe um grande problema quanto ao destino dos embriões excedentários, principalmente quando os cônjuges ou companheiros não têm mais interesse em conceber outro filho e nem permite que sejam utilizados em outras mulheres. O Código silencia sobre essa questão.

Desta forma, utiliza-se a resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina que autoriza os cônjuges ou companheiros a determinarem o destino dos embriões criopreservados.

Ademais, dispõe ainda o Projeto de Lei nº 90/99 do Senado Federal, que trata sobre inseminação artificial e que atualmente está em trâmite na Câmara dos Deputados, que não se aplicam aos embriões originados *in vitro*, antes da introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados aos nascituros.

Porém, mesmo diante de tais regras existem muitas perguntas sobre este tema que se encontram sem resposta, tais como; Até quando pode guardar e usar os embriões? Qual o prazo? Quem pode usar os embriões? O marido ou a mulher?

d) Presunção de paternidade no inciso V do artigo 1.597;

Por fim, dispõe o inciso V do ordenamento em estudo, a possibilidade de inseminação artificial heteróloga. Contudo, se faz necessária a prévia autorização do marido, que pode ser verbal, visto que a lei exige apenas que ela seja “prévia”.

Mas ainda assim, o legislador foi omissivo no que trata a não-possibilidade do marido contestar a paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, tendo em vista que anuiu com tal prática mediante sua prévia autorização.

Em havendo a possibilidade de tal contestação, por óbvio, reconheceria que não se trata de pai biológico, não sendo possível determinar se a criança ficaria sem pai ou ingressaria com ação em face do doador. Neste caso, como o código, não traz soluções pertinentes ao tema, cabe ressaltar o posicionamento de Gustavo A Bossuet e Eduardo A Zannoni, de que o filho concebido por procriação heteróloga que pretender o reconhecimento jurídico da paternidade biológica:

Enquanto não existir norma legal específica sobre o ponto, no caso sob análise, são aplicáveis as normas gerais do Código, e de conformidade com este, poderá o filho, conhecendo a origem da gestação, impugnar a paternidade do marido de sua mãe, simultaneamente ou posteriormente, reclamar judicialmente o vínculo de filiação com o terceiro que deu o sêmen. (BOSSER and ZANNONI, 1996, p.471 *apud* VENOZA, 2002, p.271)

Portanto, entende-se que, se o casal concedeu o consentimento informado, tanto para a procriação homóloga quanto a heteróloga, a filiação deve ser atribuída ao casal que consentiu, sem nenhuma contestação. De outra banda, caso a mulher casada se submeta à inseminação com sêmen de outrem (heteróloga), sem o consentimento, terá ele o direito de contestar a paternidade do filho de sua mulher, mesmo que não esteja tal hipótese, elencada no artigo 340 do Código Civil.

Como se pode ver, muitos são os problemas que envolvem reprodução assistida, que fogem do âmbito do direito civil, caindo assim na competência do biodireito, visto que, são questões técnicas e jurídicas que só podem ser regidas por normas especiais, devendo assim, ser criado um código que indique o caminho a percorrer.

## 4 FILIAÇÃO BIOLÓGICA E SÓCIO-AFETIVA

Durante todo o estudo que se faz, pode-se vislumbrar a evolução do conceito de família dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Nos primórdios, a família, além de ser numerosa, tinha todo o poder concentrado na figura do patriarca, no qual este, detinha a decisão dos atos da vida da mulher, filhos, escravos, e demais parentes, que faziam parte de seu clã.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, a família estava fundamentada na mais pura desigualdade entre marido e mulher, discriminações entre os filhos dependendo da forma como eram concebidos, sempre levando em consideração o valor patrimonial, em detrimento do afeto entre os pais com seus filhos.

Mas com o advento da Constituição Federal de 1988, esta idéia mudou, sendo que todos os filhos passaram ao patamar de igualdade, independente da forma como foram gerados, por força do art. 227, § 6º.

Atualmente, o Novo Código Civil somente reafirmou este conceito de família, aumentando ainda mais o leque de forma de concepção de família, considerando a união estável, o mesmo *status* de família matrimonial, determinando a igualdade entre seus membros, e predominância dos interesses afetivos, em face dos patrimoniais.

Tantas mudanças proporcionaram efeitos no que tange à filiação, pois em consonância com a Constituição Federal, pode-se verificar, que atualmente a igualdade entre os filhos está fundamentada em princípios, não podendo desta forma haver nenhuma forma discriminatória entre eles.

Neste diapasão, ensina Nelson Nery Júnior:

Preserva a igualdade jurídica de tratamento a todos os filhos, quaisquer que sejam as causas determinantes da filiação. Proíbe sejam acrescidos à qualificação dos filhos quaisquer adjetivos que possam distinguir seu estado familiar a partir da situação pessoal dos pais entre si ou em face das normas que regem as uniões entre o homem e mulher de que podem resultar filhos, bem como em face da existência ou não de parentesco sanguíneo decorrente da filiação. (2003, p. 720/721)

A filiação até então, tinha como ponto de partida, o vínculo biológico travado entre os pais com os filhos. Atualmente, tal prerrogativa compreende mais do que acima exposto, sendo que o afeto deve ser levado em consideração, ao estabelecer o vínculo familiar, demonstrando assim, que a família sócio-afetiva cada vez mais ganha espaço no ordenamento brasileiro.

Assim, cabe travar uma distinção ao que concerne a família biológica e sócio-afetiva, visto que na primeira, os pais serão aqueles que doaram toda a carga genética sendo que em contrapartida, a família sócio-afetiva, será aquela que compreende o sentimento de afeto e amor que será desenvolvido durante a convivência.

Trata-se então do fenômeno da desbiologização da paternidade no qual, busca-se a verdade quanto à paternidade no sentimento e não no vínculo sanguíneo.

Seguindo as idéias de Paulo Luiz Netto Lobo, entende Alessandra Morais A de S. Furtado;

Impõe-se a destinação entre biológico e paternidade/maternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva da relação biológica, todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade. (2004, p.17)

Contudo, atualmente, tornou-se difícil conceituar quem seja o pai. A Magna Carta e o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que a verdade biológica deve prevalecer, devendo ser buscada pela Justiça.

De outra banda, segundo a doutrinadora acima citada; “estudos da área de Psicologia têm dito que o pai traduz-se, na verdade, no lugar em que ele ocupa, ou seja, para além de sua pessoa o pai deve ser encarado pela função que exerce.” (2002, p.13)

Em se tratando de reprodução humana, a família sócio-afetiva tem grande colocação, pois em algumas técnicas, sua presença é certa, como ocorre no caso de inseminação artificial heteróloga, onde se utiliza gameta de terceiro, estranho ao casal.

Ao consentir na inseminação heteróloga, o marido ou companheiro contrai com a criança gerada uma relação de afeto, caracterizadora da filiação sócio-afetiva, uma vez que, pela teoria biológica, a criança gerada não tem nenhuma carga genética do pai que a registrou.

Nesta esteira, comenta o autor Sílvio de Salvo Venosa:

Assim como na adoção, a paternidade deve ser vista como um ato de amor e desapego material, e não simplesmente como um fenômeno biológico e científico, sob pena de revivermos odiosas concepções de eugenia que assolaram o mundo em passado não muito remoto. Nesse sentido a doutrina refere-se à paternidade sócio-afetiva. Várias legislações já nos dão exemplo disso ao admitir conseqüências da paternidade à inseminação artificial como sêmen de terceiro, admitida pelo casal. A inseminação heteróloga, autorizada pelo marido ou companheiro, a paternidade sócio-afetiva já estaria estabelecida no momento em que o pai concorda expressamente com a fertilização. (2004, p.290)

Assim, resta clara a existência de filiação biológica e sócio-afetiva, sendo que o legislador não deve estabelecer apenas o vínculo de sangue, deve também levar em consideração a vontade dos pais em ter um filho, em educá-lo, proporcionando todos os meios necessários para que viva em sociedade.

Corroborando com o acima exposto, entende Luiz Edson Fachin;

Porém, a verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética e na descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psico-afetiva, aquele, que enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social. (1992/p.169)

Sobretudo a existência da filiação sócio-afetiva, deve ser levada em consideração pelo magistrado, quando se defrontar com casos de reprodução humana assistida, pois nestas hipóteses, a criança poderá ter dois pais (aquele que doou o sêmen e o pai que registrou), pairando a dúvida de quem será o pai.

Atualmente, nesta questão, existe um grande problema no campo da reprodução assistida heteróloga, posto que a jurisprudência tem admitido a possibilidade de investigação da paternidade biológica. Tal permissão tem como

fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, pois esta não será plena, se houver dúvidas quanto à paternidade.

Seguindo os preceitos de Gustavo E. Bossert e Eduardo A Lanomi, entende Venosa

Enquanto não existir norma legal que especifica sobre o ponto, no caso sob análise são aplicáveis as normas gerais do Código e, de conformidade com este, poderá o filho, conhecendo a origem da gestação, impugnar a paternidade do marido de sua mãe para, simultaneamente ou posteriormente, reclamar judicialmente o vínculo de filiação com terceiro que deu o sêmen. (2003, p.280).

Contudo, o projeto de Lei do Senado nº 90/99, elenca que os estabelecimentos que praticarem a reprodução assistida serão obrigados a zelar pelo sigilo da doação. Haveria assim um sigilo absoluto tanto para a identidade do doador quanto para a identidade da criança gerada por este material.

Com relação à adoção, por ser esta também uma forma de filiação sócio-afetiva, existem decisões jurisprudenciais, como no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, permitindo-se a investigação sobre a paternidade biológica.

Os deveres erigidos em garantia constitucional à criança e ao adolescente, na Carta de 1988, em seu art. 227, se sobrepõem às regras formais de qualquer natureza, e não podem ser relegados a um plano secundário, apenas por amor à suposta intangibilidade do instituto da adoção. Opor à justa pretensão da menor adotada, em ver admitida a paternidade biológica, com os embaraços expostos na sentença, é o mesmo que entender que alguém, registrado em nome do casal, seja impedido de investigar sua verdadeira paternidade, porque a filiação é tanto ou mais irrevogável do que a adoção. No entanto, a todo o momento deparamos com pessoas registradas como filhos de terceiro, que obtêm o reconhecimento da verdadeira paternidade e têm, por consequência, anulado o registro anterior. (2003, p.177)

Contudo, deve sobrepesar nas decisões sobre as questões explanadas até então, o princípio da prioridade e o da prevalência absoluta dos interesses do filho, pois de acordo com tal, os interesses do filho não devem ser interpretados em favor da conveniência dos pais, tanto os biológicos como os sociológicos, mas única e exclusivamente em consonância com o bem-estar da filiação e prevalência do afeto.

Neste íterim, ensina Belmiro Pedro Welter:

Por força dos princípios constitucionais da prioridade e prevalência absoluta os interesses da criança e do adolescente, deve prevalecer a paternidade afetiva, em detrimento da biológica, por se tratar de um dos direitos fundamentais: o direito à convivência familiar. E no cumprimento desses princípios constitucionais, não se admite que um processo de Direito de Família seja julgado sem o acompanhamento de equipe de interprofissional, principalmente nas ações de investigação de paternidade e/ou maternidade natural e medicamente assistida, em que a engenharia genética traz situações que deixam perplexos os cultores do Direito, quando a solução encontrada pode autorizar a concessão do direito à paternidade e à maternidade a terceiro, que não as partes litigantes. (2003,p.253/254)

Assim, denota-se que diante de tantas incertezas, em se tratando de situações que envolvam a questão acima, caberá ao magistrado ao julgar, levar em consideração o afeto, e não somente os laços de sangue.

## 5 CONCLUSÃO

Sempre houve a dificuldade em se atribuir a maternidade e paternidade, em principal a paternidade a alguém, pois sempre se utilizou da presunção para tanto. Ou seja, o marido da mãe seria pai daquele filho concebido durante o casamento, presunção “pater is est”.

Isto porque o Código Civil de 1916, sempre protegeu o instituto da família na qual, a paternidade registraria predominava em detrimento de qualquer outra paternidade.

Contudo com esse ideal travava-se uma discriminação entre os filhos pois eram distintos em legítimos, ilegítimos e legitimados.

Os legítimos eram aqueles filhos concebidos de pais casados entre si, os legitimados eram dos pais que a princípio não eram casados e que posteriormente atingiam tal condição devido ao casamento e os ilegítimos eram aqueles concebido de pais impedidos para o matrimônio.

Esta distinção predominou até o advento da Constituição Federal de 1988, na qual se estabeleceu a igualdade para todos os filhos.

O mesmo se deu com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) que teve como alicerce a Magna Carta. Contudo em ambas as legislações para o reconhecimento da filiação, utiliza-se o caráter biológico, caindo por terra a presunção de paternidade existente no Código Civil de 1916.

Desta forma a paternidade biológica ganhou força em detrimento da registraria. Pode assim aquele que deseja ter reconhecida a paternidade manejar uma ação de investigação de paternidade em face do pretense pai. A identificação biológica se faz através do exame de D.N.A capaz de estabelecer com certeza quase absoluta a paternidade.

Graças a isso, existindo um registro entre pai e filho este poderia ser desfeito sob o fundamento da falsidade ideológica. O filho a partir de então só poderia pleitear alimentos frente ao pai biológico bem como herdar eventual patrimônio deste ultimo.

Mas com a entrada em vigor do Novo Código Civil, essa idéia de paternidade calcada única e exclusivamente no biologismo passou a perder espaço para a afetividade.

Logo o pai pode ser aquele totalmente desvinculado geneticamente de seu filho.

Contudo a problemática existente é no que tange estabelecer que será o pai, aquele que tem o vínculo genético ou afetivo.

Nessa questão existe um conflito de direitos posto que o reconhecimento da paternidade é um direito personalíssimo de todo e qualquer cidadão bem como faz parte da dignidade da pessoa humana a sua completa "identidade".

No entanto, como inexistem regras expressas sobre a questão, a solução encontrada na doutrina e na jurisprudência é permitir o reconhecimento da paternidade biológica do filho sendo que a partir daí terá legitimidade para requerer o cancelamento do registro anterior, para posterior reconhecimento da paternidade biológica.

Porém, embora esta seja a solução encontrada no direito brasileiro não se verifica a melhor para a questão pois a paternidade sócio afetiva, não pode ser deixada de lado. Porque o pai que realmente cuidou, deu-lhe carinho, amor, afeto, perde todos os vínculos com seu filho, nem podendo através de medida judicial se socorrer do seu filho em caso de necessidade.

Contudo por não ser esta a solução mais justa para tal situação, cabe assim aos magistrados utilizar o bom sendo levando em consideração a filiação sócio afetiva, sem contudo, menosprezar a biológica, para que o pai afetivo não seja privado da relação de filiação que mantém com o filho desde o nascimento deste.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENITES, Luciana Borgui. **A filiação na reprodução assistida**. 2000. Monografia (Bacharelado em Direito)- Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente.
- BOSCARO, Márcio Antônio. **Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução Humana: Ética e Direito**. Campinas: Edicamp, 2003.
- CAMMAILL, Jacques. **A nova família: Problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 5v.
- \_\_\_\_\_. **Código Civil Anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil: do direito de família, do direito das pessoas, das relações de parentesco**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- \_\_\_\_\_. **O estabelecimento da filiação e da paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- FURTADO, Alessandra Morais Alves de Souza. **Revista brasileira de direito de família**. Porto Alegre: Síntese, 2002, v.13.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GUIMARÃES, Luiz Paulo Cotrim. **A paternidade presumida no direito brasileiro comparado**. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- JUNIOR, Nelson Nery. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito (aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- OLIVEIRA, Déborah Ciocci Alvarez de. **Reprodução assistida, até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei**. São Paulo: Gaia, 2000.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.5.

RIBEIRO, Alandra Berbel K. 2002. Monografia (Bacharelado em Direito)- Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. **O equilíbrio do pêndulo a bioética e a lei, implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone Ltda, 1998.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e da paternidade**. São Paulo: Malheiros Ltda, 1997.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológicas e sócio-afetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Revista brasileira de direito de família**. Porto Alegre: Síntese, 2002, v.14.