



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS DE MARABÁ
FACULDADE DE DIREITO

POLIANA BORBA SIMÕES

**CONTORNOS DA PATERNIDADE EM FACE DA
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA:**

A NOVA PERSPECTIVA DE FILIAÇÃO

MARABÁ
2009

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS DE MARABÁ
FACULDADE DE DIREITO

CONTORNOS DA PATERNIDADE EM FACE DA
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA:

A NOVA PERSPECTIVA DE FILIAÇÃO

MARABÁ
2009

POLIANA BORBA SIMÕES

CONTORNOS DA PATERNIDADE EM FACE DA
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A NOVA PERSPECTIVA DE FILIAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado para obtenção da grau de
Bacharel em Direito

Orientadora: Rejane Pessoa de Lima

MARABÁ
2009

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ

A Comissão Examinadora, abaixo assinada,
Aprova o Trabalho de Conclusão de Curso

CONTORNOS DA PATERNIDADE EM FACE DA REPRODUÇÃO HUMANA
ASSISTIDA: A NOVA PERSPECTIVA DE FILIAÇÃO

Elaborado por
POLIANA BORBA SIMÕES

Como requisito para obtenção de Graduação de
Bacharelado em Direito, da Universidade Federal do
Pará, no Campus Sul e Sudeste do Pará (Marabá-PA).

Data da aprovação: ____/____/____

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.: Rejane Pessoa de Lima
Universidade Federal do Pará
(Presidente/Orientadora) Conceito: _____

Prof.:
Universidade Federal do Pará
(Membro) Conceito: _____

MARABÁ
2009

*Para meu querido pai Fernando e minha
amada irmã Fernanda, família que é minha
base, minha vida, a quem dedico todo esforço
destes anos de estudo e sucesso deste
trabalho.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, primeiramente, pois sem ele esse sonho não estaria sendo concretizado, por ter me levantado e dado forças todas as vezes que palavras ou pessoas me faziam cair, por nunca ter me abandonado e por ter me ensinado que não importa o tamanho dos sonhos, ele sempre os tornará reais.

A minha família, por todo amor, carinho, dedicação e paciência destinados a mim durante todos esses anos e por sempre terem confiado em minha capacidade.

Aos meus amigos, família que Deus nos permite escolher, por sempre estarem ao meu lado dividindo alegria e tristezas.

A todos os meus professores, minha sincera demonstração de apreço e carinho

*“A essência da vida é esta: dar e receber amor.
E o Direito de Família tenta regular essas
relações. Este é um imperativo categórico
desde que surja a compreensão de que a
família não é mais um núcleo econômico e de
reprodução. Mas sim o espaço do amor, do
afeto.”*

Rodrigo da Cunha Pereira

RESUMO

O direito de família vem sofrendo constantes mudanças significativas em relação à paternidade e suas nuances, motivada pelo avanço biotecnológico, no que tange principalmente às técnicas de reprodução humana assistida. Mostraremos a maneira com que os fatos, as descobertas biotecnológicas e todo o desenvolvimento científico destas últimas décadas vêm sendo analisados diante do aparato legal existente. Buscaremos retratar a insuficiência jurídica que dispomos atualmente frente a uma gama de alterações forçadas pelas inovações científicas: a filiação no Código Civil de 1916, as técnicas de reprodução humana assistida e as alterações familiares, posse de estado de filho e o estatuto constitucional da filiação, defendendo que a paternidade requer envolvimento afetivo e primordialmente resguardar de modo significativo, a dignidade da pessoa humana e os interesses da criança.

Palavras-chave: Direito de família; Filiação; Paternidade; Paternidade biológica, jurídica e socioafetiva; Reprodução Humana Assistida.

ABSTRACT

Family law has been undergoing constant changes significantly from the paternity and its nuances, motivated by the advancement of biotechnology, especially in regard to the techniques of assisted human reproduction. We will show the way the facts, biotechnological inventions and scientific development throughout the past decades have been analyzed before the existing legal apparatus. We will seek to portray the legal failure that we currently face a range of changes forced by scientific innovations: the membership of the Civil Code of 1916, the techniques of assisted human reproduction and family changes, ownership of state child and constitutional status of membership, arguing that fatherhood requires emotional involvement and primarily protect significantly, the dignity and interests of the child.

Keywords: Family Law, Parentage, Parenthood, Parenthood biological, legal and socio-affective, Assisted Human Reproduction.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 DA PATERNIDADE PRESUMIDA À PATERNIDADE GENÉTICA.....	14
2.1 O EXAME DE DNA E A VERDADE BIOLÓGICA DA FILIAÇÃO.....	16
2.2 AS DIVERSAS MANIFESTAÇÕES DA PATERNIDADE: JURÍDICA, BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA.....	17
3 A NOVA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DA FILIAÇÃO – DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS APLICÁVEIS À PARENTALIDADE.....	21
3.1 DO CONCEITO JURÍDICO DE PRINCÍPIOS.....	21
3.2. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA E SUA RELAÇÃO COM O NOVO ESTATUTO JURÍDICO DA FILIAÇÃO.....	23
3.2.1. Do princípio da dignidade da pessoa humana.....	25
3.2.2. Do princípio da igualdade entre os filhos.....	27
3.2.3. Do princípio da afetividade.....	29
3.2.4. Do princípio da proteção integral da criança e do adolescente.....	31
4 DETERMINAÇÃO DE PATERNIDADE E REPRODUÇÃO ASSISTIDA: A NOVA PERSPECTIVA DA FILIAÇÃO.....	34
4.1. DAS TÉCNICAS DE SUBSTITUIÇÃO DE MATERNIDADE: GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E DOAÇÃO DE ÓVULO.....	35
4.2. DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL.....	36
4.2.1 Da inseminação artificial homóloga.....	37
4.2.2. Da inseminação heteróloga.....	38
4.3 DO DIREITO AO CONHECIMENTO DA ASCENDÊNCIA GENÉTICA NOS CASOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA.....	39
4.4. LEGISLAÇÃO CORRELATA.....	41

4.4.1. Resolução nº1.358/92 do Conselho Federal de Medicina....	41
4.4.1.1 princípios gerais.....	41
4.4.1.2 usuários.....	42
4.4.1.3 clínicas, centros ou serviços que aplicam as técnicas de RHA.....	42
4.4.1.4 doação de gametas.....	43
4.4.1.5 criopreservação de gametas e embriões.....	43
4.4.1.6 diagnóstico em pré-embriões.....	43
4.4.1.7 doação temporária de útero.....	44
4.4.2. Projetos de Lei no Congresso nacional.....	44
5 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: OMISSÕES E DIVERGÊNCIAS.....	46
5.1 FECUNDAÇÃO HOMÓLOGA E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS....	46
5.2 FECUNDAÇÃO HETERÓLOGA E O CONSENTIMENTO CONJUGAL.....	48
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	54
ANEXO.....	58
RESOLUÇÃO 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.....	58

1 INTRODUÇÃO

Nas relações privadas, mormente em sede de Direito de Família, espectro jurídico em constante evolução, as relações de filiação há tempos evidenciam-se em descompasso com os preceitos insculpidos em nosso Ordenamento Jurídico, sobretudo com a promulgação da Constituição de 1988, praticamente inalteradas com o Novo Código Civil de 2002.

Seguindo a lógica patrimonialista então preponderante, o Código Civil de 1916 tratava o casamento como destinatário quase exclusivo do Direito de Família. Nessa linha, o estatuto jurídico da filiação estabeleceu a presunção de paternidade para as crianças geradas em uma relação matrimonial, de forma plenamente integrada à busca da garantia da paz e a coesão familiar, em especial visando a se assegurar uma certeza jurídica com relação à paternidade.

O sistema de presunção perdurou por muito tempo, tendo sido fortemente abalado, porém, ao se possibilitar a identificação da paternidade biológica com 99.99% de certeza, por meio do exame de DNA. A partir do advento desta técnica, criou-se sério conflito entre a verdade real – paternidade biológica e a paternidade estabelecida pela lei – paternidade presumida, tendo o primeiro critério preponderado por corresponder à verdade genética da filiação.

Por outro lado, o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida, que veio solucionar os problemas de infertilidade de incontáveis casais, expôs a deficiência da concepção da paternidade biológica, na medida que possibilitou a utilização de material genético heterólogo, ou seja, pertencente a terceiro que não o pai e a mãe que “encomendaram” a gestação, bem como a inseminação de terceira com o material genético do casal com problemas de fertilidade, o que se denomina gestação de substituição, popularmente conhecida como “barriga de aluguel”.

A utilização destas técnicas pressupôs nova dimensão à determinação da filiação, pois gerou a possibilidade de conflito de paternidade ou maternidade positivo ou negativo entre aquele(s) que encomendou(aram) a gestação e o doador do gameta, ou entre aquele(s) e a mulher em cujo ventre se desenvolveu a gestação de substituição.

Promulgada a Constituição de 1988, deu-se uma revolução no Direito de Família, com a introdução de novos princípios e conceitos que vieram dar um novo norte ao tratamento jurídico dado à matéria.

Com base nos novos princípios trazidos pela atual Constituição, como adiante se tratará com mais pormenor, a família passou a não mais constituir um fim em si mesma, mas a representar um instrumento de realização pessoal, fulcrada no traço fundamental do afeto. Neste ínterim, a concepção de filiação foi se transmutando, buscando-se cada vez mais contemplar o valor sociológico, psicológico e afetivo da filiação.

Diante disso, doutrina e jurisprudência foram subtraindo gradativamente a importância dada ao critério legal de filiação, baseado na presunção *pater ist est*, bem como, em diversas situações, ao próprio critério biológico, priorizando-se o vínculo afetivo existente entre pai/mãe e filho.

Entretanto, no que pertine às técnicas de reprodução humana assistida, verificam-se, até o momento, pouquíssimos avanços, restando um vácuo legislativo a ser preenchido pelo operador do direito, para o que este deverá estar atento às diretrizes constitucionais.

Partindo dessas premissas, este trabalho pretende analisar as mudanças empreendidas no paradigma da paternidade, com a crescente superação dos critérios jurídico e biológico, dando lugar ao critério afetivo.

Buscou-se emprestar argumentos que solucionem, com base nos novos critérios, os principais questionamentos decorrentes da utilização dos métodos de reprodução assistida, no que diz respeito à determinação de paternidade ou maternidade.

Investigou-se, enfim, a possibilidade jurídica de se reconhecer aos indivíduos gerados por meio daquelas técnicas o direito ao conhecimento de sua origem genética, e, em caso positivo, quais seriam os seus parâmetros.

2 DA PATERNIDADE PRESUMIDA À PATERNIDADE GENÉTICA

Conforme explica Leite,¹ a importância atribuída pelo Direito de Família à determinação da paternidade surgiu com o advento da sociedade patriarcal. Isto porque, enquanto a família primitiva se organizava em torno da mãe, cujo laço de parentesco era então inquestionável, a matéria não trazia maiores conseqüências na ordem familiar.

Com o surgimento da sociedade patriarcal, essa determinação tornou-se fundamental, visto que o pai passou a ter poder de vida e de morte sobre a mulher, filhos e escravos. Para assegurar a transmissão do patrimônio, do nome e do culto, impunha-se estabelecer a certeza da filiação. Assim, buscando dirimir as possíveis dúvidas quanto à paternidade, o Direito Romano criou a presunção *pater is est quem nuptia demonstrant*, vinculando a paternidade ao casamento. Surgia assim a presunção como o primeiro critério para determinação da paternidade.

Este critério serviu de forma bastante satisfatória por um longo tempo, só vindo a perder sua força em virtude das descobertas biotecnológicas, em especial o exame de DNA, que possibilitou a exclusão da dúvida acerca do parentesco genético.

O Código Civil de 1916, seguindo este parâmetro, prescreveu as regras atinentes à presunção da paternidade, vinculando-a à relação matrimonial existente entre os pretensos genitores. Para isso, determinou, em seu artigo 338, a presunção de concepção na constância do casamento para aqueles filhos nascidos pelo menos 180 (cento e oitenta) dias depois de estabelecida a convivência conjugal ou dentro dos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação.

Além disso, esse Código estabeleceu diferenciação entre os filhos legítimos e os filhos ilegítimos, sendo legítimos os filhos advindos de justas núpcias, naturais os não provenientes de matrimônio, mas não impedidos de casar, e ilegítimos os demais.

Afora a desigualdade estabelecida entre filhos legítimos e ilegítimos, deve-se reconhecer que este dispositivo, conjugado com as restrições à

¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *O exame de DNA: Reflexões sobre a prova científica da filiação*. In: *Repertório de Doutrina sobre Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 188.

contestação da legitimidade contidas nos artigos 339 a 348 daquele diploma legal, atendia com eficiência à sua finalidade de trazer coesão ao núcleo familiar, haja vista a inexistência de método apto a aferir com precisão a existência ou não de vínculo biológico de filiação.

Esta situação perdurou até o surgimento das pesquisas relativas à hereditariedade, iniciadas por Georges Mendel em 1865, e que culminaram nas técnicas cada vez mais precisas de identificação genética, ensejando a substituição da indefinição advinda das presunções de paternidade pela certeza da maternidade ou paternidade biológica do indivíduo. Como afirmou Leite:

Tudo que girava em torno da presunção e, portanto, da indefinição, ganha, agora, uma conotação de realismo e confiabilidade com manifesta incidência na estabilidade familiar e no interesse do menor, em proveito da verdade biológica.²

O exame de DNA representou, portanto, uma verdadeira revolução no Direito de Família, ao confrontar a verdade jurídica, por vezes já consolidada por decisão transitada em julgado, com a verdade real, estabelecida pela estrutura genética do indivíduo, o que ensejou movimento na doutrina e jurisprudência no sentido de relativização da coisa julgada nas situações em que esta fosse confrontada com um resultado contraditório obtido naquele exame. Nesses casos, vem-se hoje admitindo a repetição da ação já transitada em julgado, mitigando-se os efeitos da coisa julgada.

Contudo, o Código Civil de 2002, que surgiu com a pretensão de adaptar o direito civil às novas demandas, pouca inovação trouxe no que tange à presunção jurídica da filiação. Mantiveram-se, quase que em sua literalidade, as disposições referentes à presunção de paternidade, apenas tendo sido inseridos, em seu artigo 1597, incisos III a V, três dispositivos que concernem à reprodução assistida, determinando-se que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões

² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 191.

excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, e havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Esta modificação, embora tenha pretensões de inovação por tratar, pela primeira vez em texto codificado, da filiação por técnicas de reprodução assistida, não resolveu todos os questionamentos pertinentes à matéria. Ademais, tendo em vista a promulgação do texto constitucional de 1988, a própria questão das presunções ganhou novos contornos, visto que, doravante, ter-se-á que ser interpretada à luz dos princípios então introduzidos.

2.1. O EXAME DE DNA E A VERDADE BIOLÓGICA DA FILIAÇÃO.

Como se disse, a descoberta do exame de DNA provocou profundas transformações no regime jurídico da filiação. Assistiu-se, então, a uma verdadeira “biologização” da filiação, com a proliferação da realização destes exames provocando a vinculação da relação paterno-filial aos laços genéticos.

O maior mérito desta nova forma de conformação da filiação foi, indubitavelmente, a possibilidade que se conferiu a uma infinidade de crianças sem paternidade determinada de buscar a definição e responsabilização de seu genitor, tendo o exame de DNA papel fundamental na instituição da paternidade responsável.

A ampla divulgação pela mídia deste método, utilizado, inclusive, em programas televisivos sensacionalistas, ensejou a proliferação de demandas judiciais visando a responsabilização de pretensos pais biológicos pelo sustento de seus filhos.

Sem pretender afastar os benefícios assim alcançados, com a atribuição de paternidade a estas crianças, a assegurar, no mínimo, vantagens de ordem pessoal – direito ao nome – e material – direito a alimentos, grande parte da doutrina passou a alertar sobre a inadequação desta mitificação da determinação genética da filiação, assentando que a mera constatação do vínculo biológico não assegura à criança todos os aspectos propiciados pela figura paterna.

Com efeito, a Constituição de 1988 consolidou novos parâmetros a serem adotados pelo Direito de Família, de forma que hoje se vem entendendo, como adiante se verá mais amiúde, que a relação parental ganhou nova significação, passando a se constituir, sobretudo, de um liame afetivo entre dois seres.

Alguns autores, dentre os quais Lobo³, passaram a defender que, sob a nova ordem constitucional, não mais se poderia fazer coincidir a filiação com a origem genética. Segundo o autor,

Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filhos, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos. (...) Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade de filiação, tecida na complexidade das relações afetivas que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo.

Deste modo, a atual Constituição originou uma complexa teia de elementos definidores do vínculo paterno-filial, ao colocar, ao lado dos elementos jurídicos – presunções – e biológicos – genética – o parâmetro da afetividade a ser considerado, e por vezes, predominante na determinação da filiação.

2.2 AS DIVERSAS MANIFESTAÇÕES DE PATERNIDADE: JURÍDICA BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA

Dentre as relações de parentesco, via de regra, classificar algum instituto jurídico em espécies acarreta a exclusão de uma, quando outra é verificada.

No entanto, o mesmo não ocorre quando falamos em matéria de categorizar a paternidade, uma vez que as paternidades jurídica, biológica e

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*. In: *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A Família na Travessia do Milênio*. IBDFAM, p. 247.

afetiva não são incompatíveis entre si, não obstante de cada uma ter significado próprio.

A coexistência pacífica das classes que serão aqui analisadas pode caracterizar a mesma relação de paternidade ou relações distintas, reclamando a atuação do direito, haja vista a inadmissibilidade de duas ou mais relações de paternidade apregoando efeitos jurídicos em relação ao mesmo filho.

Helôisa Helena Barbosa⁴ assevera que, em nosso ordenamento pátrio, podem ser apontados três critérios para o estabelecimento da paternidade:

a) o critério jurídico, previsto no Código Civil, sendo a paternidade presumida nos casos ali previstos, independentemente da existência ou não de correspondência com a realidade; b) o critério biológico, hoje predominante, como antes mencionado, pelo qual prevalece o vínculo biológico; e c) o critério socioafetivo, fundamentado nos princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana, segundo o qual o pai deve ser aquele que exerce tal função, mesmo que não haja vínculo de sangue.

No que concerne ao pilar biológico temos que, durante séculos, foi o mais importante caracterizador dos vínculos de filiação, fato este que tomou impulso, importância e certeza com o advento das novas técnicas para apurar os vínculos biológicos e genéticos do ser que nasce com o suposto pai. Temos, portanto que a paternidade biológica "é a relação de filiação entre o pai e o filho, estabelecida pela consangüinidade" ⁵. Este direito pressupõe o fato de que todo o ser que nasce origina-se de uma relação sexual ocorrida entre o pai e a mãe o que elevou o critério de consangüinidade ao patamar de caracterizador, a priori, da filiação.

O pilar jurídico forma-se quando, existente a consangüinidade real ou presumida, a lei concede os vínculos de filiação às pessoas que de livre vontade a manifestaram. É a paternidade que consta no Registro Civil, ou seja,

⁴ BARBOSA, Helôisa Helena. *Direito à identidade genética*. Anais III do Congresso Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Ed. Del. Rey. 2002. p. 381.

⁵ Juliane Fernandes Queiroz, Paternidade, ob. cit. p. 46

é a paternidade a qual o direito reconheceu força produtora de direitos e obrigações, produzindo efeitos no campo jurídico, tanto na esfera patrimonial, envolvendo direito a alimentos e direitos sucessórios, quanto em âmbito pessoal, como o direito ao nome e o poder-dever familiar.

Cumpramos ressaltar que a paternidade biológica é o principal substrato da paternidade jurídica, uma vez que prevalece a regra, não só jurídica, mas também moral, de que aquele que gerou um filho deve ser seu pai, para todos os efeitos legais. Exceções existem, mas poucas, em que o ordenamento jurídico admite a não coincidência entre o vínculo biológico e o jurídico (v.g. adoção, presunção de paternidade de mãe adúltera, reconhecimento de paternidade socioafetiva)

Já no que tange ao pilar socioafetivo, o qual se revela no âmbito sócio-cultural da família, independente desta ser reconhecida ou não, se configura como a desbiologização da paternidade. É aquele que emerge da convivência, do tratamento como pai e filho, do acompanhamento desde a infância até a idade adulta, do carinho, do amor, do afeto oferecido pelos pais.

Concretiza-se a ocorrência da paternidade socioafetiva quando presente a posse de estado de filho, segundo a qual pode-se concluir pela paternidade, mesmo na ausência de registro, quando presente três elementos: trato, fama e nome, revelados nas seguintes situações: portar o nome dos pais; tratamento como filho, provimento de educação e sustento; reconhecimento público e pela família do status de filho; reconhecimento da autoridade derivada do poder-dever familiar (LÔBO, 2003:139).

Em suma, podemos asseverar que o pilar biológico afirma que o pai é aquele que teve relações sexuais com a mãe, o pilar jurídico consagra a certeza jurídica da filiação, por presunção ou adoção, e o pilar socioafetivo, por sua vez, leva em conta que a filiação se estabelece no vínculo afetivo e fraternal firmado entre pais e filhos, não importando quem gera ou quem presumidamente teve relações sexuais com a mãe, mas sim quem nutre, quem educa, quem cuida, quem dá carinho e afeto, quem ama, ou seja, quem exerça realmente as funções esperadas de um pai ou de uma mãe.

Cumpramos frisar ainda que a tendência observada em sede de paternidade e suas diversas manifestações é o declínio dos vínculos biológicos com a crescente valorização dos vínculos socioafetivos, uma vez que

assistimos a transmutação de uma família institucionalizada para uma família socializada, de modo que a doutrina e a jurisprudência vem dando maior importância e levando em consideração os laços sociais e afetivos firmados entre pais e filhos e não apenas os laços jurídicos ou biológicos para se estabelecer a filiação.

Valioso exemplo, cada vez mais freqüente em nossos Tribunais, é o reconhecimento da paternidade sócioafetiva, em detrimento da verdade biológica em situações como a hipótese de homem que reconheceu voluntariamente filho nascido de relação não conjugal, educou e se portou como pai da criança fortalecendo vínculos afetivos, inclusive conferindo fama e publicidade a tal relação filial, e após anos de convivência descobre que não é o ascendente biológico do seu estimado filho. Diante de tal situação, o referido pai busca a anulação do reconhecimento voluntário, via de regra, irrevogável, por motivo de erro, consoante preleciona o art. 1.604 do Código de Processo Civil, mas que pelo fato da paternidade socioafetiva já ter produzido efeitos jurídicos, tem sua pretensão rejeitada.

O Direito de Família contemporâneo tende a priorizar a paternidade socioafetiva quando a mesma não coincidir com a biológica, uma vez que prima pelo indivíduo, pelo afeto, pela liberdade e pela igualdade.

3 A NOVA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DA FILIAÇÃO – DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS APLICÁVEIS À PARENTALIDADE.

Todas as Constituições brasileiras anteriores à Constituição Federal de 1988 vincularam o conceito de família ao de casamento, seguindo a mentalidade liberal reinante à época, a que interessava muito mais a proteção da instituição família do que ao homem como membro dessa instituição.

A Constituição de 1988, por sua vez, trouxe em seu bojo normas e princípios destinados a interferir nas atividades privadas, regulamentando os contratos, em especial o de trabalho e o de consumo, bem como a propriedade e a família.

Deu-se, assim, uma profunda alteração na estrutura dos institutos de direito privado, uma vez que, trazendo em seu bojo normas e princípios concernentes ao direito privado, a Constituição Federal passou a balizar de forma substancial todas estas relações, no que se veio a denominar constitucionalização do Direito Civil.

Isto porque as normas constitucionais, estando no ápice do sistema normativo, constitui fundamento de validade de todas as normas do sistema jurídico, destacando-se, nesse papel, as normas de cunho principiológico.

Cumprido, deste modo, aclarar a definição jurídica de princípios, bem como a sua atuação como normas estruturais do sistema jurídico, a fim de, em seguida, adentrar a matéria dos princípios constitucionais atinentes à filiação, analisando os seus novos fundamentos.

3.1. DO CONCEITO JURÍDICO DE PRINCÍPIOS

Melo, em conhecida passagem de seu Curso de Direito Administrativo, traz a seguinte definição de princípios:

Princípio – já averbamos alhures, é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de

critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome direito positivo. (sem grifo no original)⁶

Partindo desta definição, e com o fito de se expor uma idéia precisa do que são os princípios, importa esboçar a noção de sistema. Freitas nos permite apreender o significado do termo:

Uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos, cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.⁷

O ordenamento jurídico, portanto, constitui um sistema normativo, entendido como um conjunto de normas que possuem unidade lógica e finalística, unidade esta atribuída, justamente, pelos princípios jurídicos.

É a partir dos princípios que se depreende qual o espírito do ordenamento jurídico, uma vez que eles representam as diretrizes fundamentais do sistema normativo, trazendo em si os valores mais relevantes da ordem jurídica.

O Direito constitui um sistema jurídico, e é formado por vários subsistemas. Deste modo, há os princípios gerais, que se aplicam a todo o ordenamento jurídico, e os princípios específicos, que se referem a determinados subsistemas.

A doutrina tradicional costumava distinguir normas e princípios, partindo do pressuposto de que os últimos não possuiriam a mesma normatividade. Contudo, a ciência jurídica moderna entende que os princípios, ao lado das regras, são espécies de normas jurídicas, sendo, portanto, igualmente obrigatórios.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 10ª ed. Malheiros, 1998, p. 583 e 584.

⁷ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, 3.ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p.54.

Barroso⁸ adverte que os princípios não são hierarquicamente superiores às regras. Contudo, a eles cabe, além de uma ação imediata, quando diretamente aplicáveis a determinada relação jurídica, uma ação de natureza mediata, que consiste justamente em funcionar como critério de interpretação e integração do sistema normativo.

O autor supra-aludido complementa a noção de princípios, afirmando que a violação de um princípio é ainda mais grave do que a de uma norma jurídica, na medida em que ela importa violação do ordenamento jurídico em seus alicerces, significando assim uma transgressão de todo o sistema.

Deste modo, verifica-se que os princípios são multifuncionais⁹. Eles têm a função de dar unidade ao sistema normativo, harmonizando-o, além de servirem para condicionar a atuação dos poderes públicos e a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes.

Destaque-se que os princípios, por sua generalidade e abstração, permitem ao intérprete, por muitas vezes, superar o legalismo estrito para buscar soluções que se coadunem com os valores maiores protegidos pelo sistema. Ao mesmo tempo, eles limitam o subjetivismo a que poderia se entregar o intérprete.

Os princípios constitucionais não têm hierarquia uns sobre os outros, dado que a Constituição constitui um todo harmônico e integrado. É certo, porém, que por vezes é necessário fazer uma ponderação entre os princípios aplicáveis a determinada situação, a fim de se determinar qual aquele que melhor se aplica à questão posta. Muitas vezes, também, deve-se ponderar quais os interesses em questão e, de acordo com o caso concreto, usufruir da melhor forma possível o que cada princípio aplicável possa oferecer para a melhor harmonização da situação jurídica controvertida.

3.2. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA E SUA RELAÇÃO COM O NOVO ESTATUTO JURÍDICO DA FILIAÇÃO

⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, cit., p.147 e ss.

⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1993, p. 167.

Como se observou, são os princípios que estabelecem as diretrizes de todo o sistema normativo, de modo que todas as normas que integram o ordenamento ali buscam seu fundamento de validade.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar o importante passo dado pelo constituinte de 1988, que deu sede constitucional a inúmeros institutos de Direito Privado, em especial do Direito de Família, veiculando novos princípios que passaram a constituir seus fundamento de validade. A perspectiva de interpretação civil-constitucional, como bem afirma Tepedino, vem revigorando diversos conceitos e institutos do direito civil, adequando-os à realidade contemporânea.¹⁰

A Carta Constitucional modificou em seu âmago o Direito de Família, seguindo as novas configurações sociais para romper com sua origem eminentemente patrimonial e se direcionar a uma crescente personalização de seus conceitos.

Todas as constituições anteriores buscavam a proteção da família como um ente formal, uma instituição digna de proteção como um fim em si mesmo, buscando-se a manutenção de sua unidade. A família anterior à Constituição de 1988, a única digna de proteção jurídica, era a família legítima, ou seja, aquela constituída pelo casamento.

A Constituição de 1998 trouxe à tona uma nova família, a família afetiva, igualitária, livre e plural que, acima de tudo, tem por escopo a busca da realização de seus membros.

No que respeita à filiação, seu conceito jurídico transformou-se gradativamente, rompendo com a noção eminentemente patrimonialista e protetiva da instituição do casamento para atender-se à repersonalização destas relações, culminando com a plena eliminação das desigualdades entre os filhos.

Indo além da eliminação das desigualdades, as novas tendências configuraram um novo cerne para o estabelecimento da relação jurídica parental, que não mais se caracterizará pela existência de relação matrimonial entre os pretensos genitores. A balizar estas relações jurídicas, portanto, prevalecem o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade, o princípio

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. in: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21.

da igualdade entre os filhos e o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, os quais se passa a analisar.

3.2.1. Do princípio da dignidade da pessoa humana

A concepção de pessoa, tal como a conhecemos hoje, não existia na antiguidade. A filosofia grega compreendia o homem como cidadão, ou seja, o significado de sua existência estava em pertencer ao Estado.

Como explica Santos¹¹, o conceito de pessoa, “como categoria espiritual, como subjetividade, que possui valor em si mesmo, como ser de fins absolutos” apenas surgiu com o Cristianismo, tendo importância fundamental ao afirmar o homem como possuidor de dignidade, de direitos subjetivos.

Anteriormente ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana em qualquer Constituição, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) assim o fez, expressamente:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

(...)

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade dos direitos do homem (...)

(...)

“Art.1º Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir umas em relação às outras com espírito de fraternidade. (grifamos)

Foi na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, onde a dignidade da pessoa humana teve seu primeiro reconhecimento expresso em uma Constituição. A necessidade deste reconhecimento expresso teve origem no fato de o Estado nazista ter violado gravemente a dignidade da pessoa humana na prática de crimes políticos, invocando razões de Estado.

¹¹ SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 22 abr. 2008.

No Brasil, a Constituição 1988 reconheceu a dignidade como um valor supremo, erigindo-se à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil, constituída em um Estado Democrático de Direito.

Para Silva, o princípio da dignidade da pessoa humana não é apenas um princípio de ordem jurídica, mas sim de valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito, estando na base de toda a vida nacional.¹²

Assim, da idéia de que os seres racionais possuem um valor intrínseco, não são meios, mas fim em si mesmos, e que a dignidade está entranhada na essência humana, é possível concluir-se que este atributo não é criação constitucional, pois que, na verdade, a dignidade preexiste à Constituição Federal, sendo que esta apenas o reconhece na ordem jurídica.

A dignidade seria como o limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, implicando, dessa forma, reconhecer o homem como o fim em cada ação e centro das realizações sociais, econômicas, históricas e jurídicas.

Por isso, estando a dignidade da pessoa humana inserido dentre os princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, não se pode admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com *status* constitucional, como é o caso da família.¹³

Nas palavras de Lobo, “*consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Não pode o legislador definir qual a melhor e mais adequada.*”¹⁴

Consultando a dignidade da pessoa humana no que pertine à filiação, tem-se que esta relação deve ter por escopo a realização pessoal de seus integrantes, estando superada, portanto, qualquer interpretação que envolva discriminação ou que proteja apenas a família como instituição.

¹² Cf. SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, apud Alvarenga, Lúcia Barros Freitas de, in: *Direitos Humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional* – Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

¹³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

¹⁴ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para Além do numerus clausus*. *Jus Navigando, Terezina*, 6, n.º 53, jan. 2002. Disponível em [<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>]. Acesso em 06 nov. 2007.

3.2.2. Do princípio da igualdade entre os filhos

Este princípio constitui um dos matizes do princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, nem sempre norteou as relações de filiação. No direito brasileiro, observou-se por muito tempo a presença constante da presunção de legitimidade dos filhos nascidos de relação matrimonial existente entre os pais, a ensejar tratamento desigual entre a prole matrimonial e extramatrimonial.¹⁵

Pretendia-se, então, valorizar o indivíduo, regulando formalmente as relações entre os sujeitos de direito, com vistas a facilitar a circulação de bens e riquezas.¹⁶ Como bem assinalou Barbosa, “*nesse contexto, de normas feitas ‘pelo’ e ‘para’ o casamento, a filiação constituía um corolário natural, vinculada e submetida aos princípios e finalidades fixados pelo ordenamento jurídico para aquele.*”¹⁷

Tal presunção era praticamente inquebrantável, pois o código estabeleceu limitações à contestação de paternidade, no que tange à legitimidade, ao prazo para ajuizamento da ação e à causa de pedir. Assim, apenas poderia ser questionada a paternidade pelo suposto pai, em dois meses entre presentes e três meses entre ausentes, e somente dentro das hipóteses rigorosamente previstas em lei. Nem mesmo a confissão da mãe poderia elidir tal presunção.

A presunção *pater is est* deixava, portanto, à margem da proteção jurídica, os filhos havidos fora do casamento, a que a lei considerava ilegítimos, não atribuindo aos mesmos quaisquer direitos que pudessem advir da relação de filiação. A esta situação estavam submetidos os filhos naturais, nascidos de pais

¹⁵ Com efeito, prescrevia o Código Civil de 1916:

Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:

I – os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal.

II – os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

Art. 339. A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338), só se pode contestar provando-se:

I - que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho;

II – que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. in: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 2.

¹⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. *O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*. In: *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A Família na Travessia do Milênio*. IBDFAM, p. 135.

não impedidos de casar, e os filhos espúrios, originados de pais com tal impedimento - filiação adúltera ou incestuosa.

Ademais, apenas os filhos naturais poderiam ser legitimados com o casamento dos pais, possibilidade negada aos filhos espúrios, em virtude do artigo 348 do Código Civil de 1916, que dispunha que ninguém poderia vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

Contudo, com o evoluir da sociedade, o legislador viu-se obrigado a, paulatinamente, por meio da edição de leis extravagantes, corrigir o rigor deste tratamento legal, equiparando progressivamente os filhos havidos ou não do casamento, aniquilando a distinção existente entre filiação legítima e ilegítima.

O primeiro passo nesse sentido foi dado com a edição do Decreto 4.737 de 1942, que autorizou o reconhecimento de filhos adúlteros, desde que após o desquite.

Em seguida, a Lei 883 de 1949 avançou um pouco mais, possibilitando o reconhecimento dos filhos adúlteros em qualquer hipótese de dissolução da sociedade conjugal. O mesmo diploma legal veiculou a proibição da referência à legitimidade dos filhos no registro de nascimento.

Mas a mudança de maior vulto se deu com a edição da Lei 6.515 de 1977, a Lei do Divórcio, a qual, introduzindo um parágrafo ao artigo 1º da Lei 883, permitiu o reconhecimento do filho adúltero mesmo na constância do casamento, desde que feito por testamento cerrado, de modo que somente produziria efeitos após a morte do pai.

A mesma lei previu ainda a igualdade de condições entre os filhos quanto à herança, e deu o primeiro passo em favor dos filhos incestuosos, ao estender os efeitos civis do casamento aos filhos comuns, em caso de anulação.

Diante de todas essas inovações, observou Luiz Edson Fachin que, no que se refere aos filhos adúlteros, já se reconhecia a igualdade com relação aos filhos legítimos desde 1977.¹⁸

Enfim, em 1984, a Lei 7.250 permitiu o reconhecimento do filho adúltero se o pai estivesse separado de fato há mais de cinco anos.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Direito Além do Novo Código Civil: Novas Situações Sociais, Filiação e Família*. In *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM. v. 5, n.º 17 – abr/mai/2003, p. 15.

Tal processo veio a culminar com a consagração, pela Constituição de 1988, da igualdade entre os filhos, dispondo no parágrafo 6º do seu artigo 227 “*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*”.

Desta forma, de acordo com este princípio, a filiação não mais se vincula à situação jurídica dos pais, o que decerto atinge de forma inexorável o sentido da presunção da filiação matrimonial, que, contudo, perdura no Código Civil de 2002.

3.2.3. Do princípio da afetividade

O princípio da afetividade, explica Paulo Lobo¹⁹, tem fundamento constitucional, sendo verificável a partir de uma análise sistemática de seu texto, e reconhecido em diversos momentos pela legislação infraconstitucional.

A Constituição de 1988 traz seus fundamentos principais, quais sejam, o reconhecimento, como entidades familiares, ao lado do casamento, da união estável e da família monoparental (art. 226, §§ 3º e 4º) e a plena igualdade entre os filhos independentemente de sua origem (artigo 227, §§ 5º e 6º). Afastou-se, portanto, a concepção liberal-burguesa da família fundada exclusivamente no casamento e núcleo de apropriação de bens, passando os alicerces do grupo familiar a ser a afeição e a solidariedade.

A aplicação deste princípio às relações de filiação implica no reconhecimento jurídico da filiação construída pela convivência. A parentalidade não mais decorrente apenas da presunção legal ou da descendência biológica, mas, e talvez principalmente, na existência de um vínculo que extrapola o laço meramente biológico, consistindo na união existencial entre dois seres. Segundo Heloísa Helena Barboza “o vínculo biológico, que aparentemente constituía critério tão seguro e adequado para determinação da paternidade/maternidade,

¹⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto *Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*. In: *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A Família na Travessia do Milênio*. IBDFAM, p. 249.

passou a ser contestado, por não se revelar, ao menos razoável, em alguns casos” 20.

A partir deste contexto, relativiza-se o valor da filiação biológica, ao se reconhecer juridicamente as relações fáticas fundadas no amor e cuidado típicos da paternidade. Por esta razão, a jurisprudência, em geral, vem privilegiando a filiação socioafetiva, por representar a posse do estado de filho, constituindo a verdade sociológica da filiação. A título de exemplo, veja-se, por todos, brilhante acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. EFEITOS.

Validade da sentença. Não há falar de nulidade da sentença por ter ocorrido sucinta fundamentação da decisão, a qual afastou as preliminares argüidas quando decidiu pela procedência da ação. Desnecessário ter havido processo prévio para anulação do registro de nascimento da recorrida.

Prescrição. Proibindo a norma constitucional (art.227, §6º) qualquer designação discriminatória relativa à filiação, não se pode conceber da existência de prazo prescricional para averiguação da verdade biológica ao filho que possua pai registral, constituindo direito fundamental a dignidade da sua pessoa.

Mérito. Da filiação socioafetiva. Reconhecida a filiação socioafetiva, a investigação de paternidade procedente não desconstitui o registro paternal, pois a prevalência da socioafetividade faz com que o conhecimento da paternidade biológica não gere seqüela patrimonial. Afastada a mercantilização do afeto.

Verba sucumbencial redimensionada.

Apelo parcialmente provido. Por maioria. (AC Nº 70004510483. OITAVA CÂMARA CÍVEL – RS. Rel. Des. Rui Portanova. Dec. Proferida em 31.10.2002)

Portanto, de acordo com o aludido princípio, em caso de conflito entre o vínculo biológico e o afetivo, é este último que determina a paternidade preponderante.

A afetividade implica, ainda, da exclusão do elemento econômico das relações familiares. Repudia-se, portanto, a busca de reconhecimento de vínculo familiar exclusivamente com objetivos patrimoniais.

Não se está aqui a afirmar que não se deve buscar a responsabilização do genitor biológico pelo sustento e manutenção da prole. Ao revés, esta responsabilização, quando inexistente relação de filiação afetiva,

²⁰ Heloisa H. Barbosa, *Novas Relações de Filiação e Paternidade*, ob. cit., p.137.

atende diretamente ao interesse da criança e do adolescente, que deve ser sempre protegido, conforme adiante se tratará. O que se quer dizer é que o interesse econômico perde o papel determinante no estabelecimento do vínculo familiar, buscando-se, sim, a realização pessoal. Como frisou Fachin²¹:

Se a lei civil não se refere explicitamente à posse de estado como situação reveladora da filiação, também não o faz quanto à verdade biológica – haja vista os rigores da presunção *pater is est*. Todavia, em nome da verdade dos fatos – em seu aspecto biológico – a jurisprudência foi mitigando esses rigores, conforme já exposto. O mesmo vem sendo feito com relação à verdade socioafetiva.

Assim é que deve ser o princípio da afetividade entendido como um dos pilares da caracterização familiar, entendimento que será determinante para solução dos questionamentos pertinentes às relações parentais.

Além do princípio da afetividade, outro princípio intimamente ligado ao tema ora tratado é o da proteção integral à criança e ao adolescente, de cuja importância se passa a tratar.

3.2.4. Do princípio da proteção integral da criança e do adolescente

Este princípio tem sede constitucional, tendo o artigo 227, caput, estabelecido que:

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 negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, vindo, desta forma, a garantir à criança e ao adolescente direitos próprios à sua condição de pessoas em desenvolvimento.

²¹ FACHIN, Luiz Edson. Direito Além do Novo Código Civil: Novas Situações Sociais, Filiação e Família. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM. v. 5, n.º 17 – abr/mai/2003.

Até então, em nosso ordenamento jurídico, não existia disciplinamento jurídico que considerasse as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos próprios à sua condição. Os Códigos de Menores até então vigentes fundamentavam-se na doutrina da situação irregular, disciplinando, apenas, os menores em situação de delinqüência, bem como aqueles expostos a situações que poderiam levar a delinqüência, tal como a carência financeira.

A Constituição de 1988 adotou a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, buscando transformá-los em cidadãos, sujeitos de direitos próprios oponíveis ao Estado, aptos a assegurar o seu pleno desenvolvimento.

Para regulamentar este dispositivo, surgiu a Lei n.º 8.069, de 13 de junho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, que, conforme frisou Veronese²², teve a importante função de não permitir que ele se constituísse em letra morta.

Neste período, houve também a recepção, pelo nosso ordenamento jurídico, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança – 1989 - da ONU, cujo artigo 3.1 estabelece que todas as ações relativas aos menores devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Desta forma, o Estado tornou-se responsável por assegurar às pessoas uma infância e adolescência sadia, garantindo-lhe, dentre outros, o direito à convivência familiar. Em outras palavras, todo ser humano tem o direito a crescer em um local em que lhe seja dispensada a atenção e carinho necessários ao seu pleno desenvolvimento.

Conforme observado por Barbosa, este princípio teve como conseqüência imediata a plena adoção da paternidade afetiva, na ausência de vínculo biológico. Segundo a autora:

A Lei n.º 8.069/90 assegura à criança e ao adolescente o direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta (art. 19). (...) Parece claro, portanto, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente que o critério predominante deva ser o biológico.

Contudo, por força da mesma norma e em nome do melhor interesse da criança, deve prevalecer a paternidade afetiva, em detrimento da

²² VERONESE, Josiane Rose Petry. *Filiação Adotiva*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 608.

biológica, sempre que se revelar como o meio mais adequado de realização dos direitos assegurados à criança e ao adolescente, especialmente de um dos seus direitos fundamentais: o direito à convivência familiar.²³

De fato, cotejando-se todos os princípios acima expostos, deduz-se que a origem genética não representa o único parâmetro para estabelecimento da relação de filiação. Por outro lado, desvincular em absoluto a filiação da origem genética não representa a melhor solução para o operador do direito. Com efeito, em se assim considerando, ensejar-se-ia a possibilidade dos pais biológicos, principalmente os genitores do sexo masculino, pretenderem eximir-se dos deveres advindos da relação de paternidade sob a alegação de ausência de laços afetivos.

Portanto, é importante que, frisar, na qualidade de norma de cunho principiológico, a afetividade não se aplica de forma definitiva, mas, ao revés, pressupõe a observação dos elementos fáticos e jurídicos implicados, para buscar a sua realização de melhor forma possível, buscando, principalmente, harmonizar-se com os demais princípios previstos no ordenamento, em especial o do melhor interesse da criança.

²³ BARBOZA, Heloísa Helena. *Novas Relações de Filiação e Paternidade*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador). *Repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 141.

4 DETERMINAÇÃO DE PATERNIDADE E REPRODUÇÃO ASSISTIDA: A NOVA PERSPECTIVA DA FILIAÇÃO

A biociência do século XX trouxe surpreendentes inovações no que diz respeito à reprodução humana, de que se podem destacar os métodos de reprodução assistida, utilizando-se embriões homólogos ou heterólogos, bem como a gestação de substituição para aquelas mulheres que não têm possibilidade física de manter sadiamente uma gestação em seu útero.

Contudo, a utilização desses métodos conduz a sérios questionamentos de ordem jurídica, mormente no que se refere à própria formação do vínculo paterno/materno-filial, matéria que, até o momento, permanece carente de regulamentação, salvo o que se estabeleceu no Código Civil de 2002.

Este Código, pretendendo suprir esta lacuna, ampliou o elenco das presunções legais de paternidade do artigo 1.597, de forma que se passaram a presumir como concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, assim como os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga e os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Tal regulamentação está longe de resolver as inúmeras questões trazidas pela utilização de técnicas de reprodução assistida. Isto porque a reprodução assistida, ao dissociar a procriação de um fato natural (o ato sexual) para vinculá-la a um ato de vontade (a submissão a método de reprodução assistida), traz à tona numerosos outros questionamentos, em especial no que respeita ao fator determinante do vínculo parental, não se pode deixar de assinalar o conflito entre dois critérios de aferição da filiação: o biológico e o afetivo.

Por esta razão, buscar-se-á analisar os principais métodos de reprodução assistida utilizados na atualidade, para se tentar definir o parâmetro de determinação de paternidade a ser utilizado em cada caso.

4.1. DAS TÉCNICAS DE SUBSTITUIÇÃO DE MATERNIDADE: GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E DOAÇÃO DE ÓVULO

Tendo em vista o processo natural de gestação, até pouco tempo inexistia qualquer necessidade de se questionar a maternidade, prevalecendo a máxima romana *mater seper certa*.

O surgimento das técnicas de gestação de substituição e de doação de óvulo trouxeram como conseqüência o surgimento da contestação da maternidade, a ensejar a busca de soluções no ordenamento jurídico.

A gestação de substituição ou maternidade de substituição, popularmente conhecida como barriga de aluguel, consiste no método em que uma mulher gera em seu útero óvulo fertilizado de outra mulher, tendo em vista o fato de esta não poder manter a gravidez.

No caso, realiza-se a fecundação *in vitro*, utilizando-se o material genético do casal cuja mulher está impossibilitada de gerar, e implanta-se o óvulo fecundado no útero de outra mulher.

A outra técnica aludida, ou seja, a doação de óvulo, consiste na inseminação da mulher que deseja a gestação pelo óvulo de terceira, fecundado pelo marido ou companheiro daquela, método ainda pouco utilizado, mas ideal para mulheres que, embora capazes de manter a gestação, não podem ser fecundadas, nem mesmo artificialmente.

Em ambos os casos, é possível surgirem conflitos entre a gestante e a doadora do óvulo, conflito este que, decerto, não poderá ser solucionado com a pura e simples aferição da procedência genética, devendo-se, *in casu*, recorrer-se às novas matizes principiológicas do direito de família.

Estas técnicas, explica Lima²⁴, supõem um pacto celebrado entre a gestante e o casal que deseja o filho, que implica disposição da doadora (do óvulo ou do ventre) sobre o material doado, manifestando expressa vontade de ceder aquele material para que outra mulher se torne mãe.

Deve-se distinguir o seguinte: não se trata da disposição do estado de maternidade, visto que este é, como atributo da personalidade, indisponível.

²⁴ LIMA, Taísa Maria Macena de. *Filiação e Biodireito: Uma Análise das Presunções em Matéria de Filiação em Face da Evolução das Ciências Biogenéticas*. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. N.º 12 – Abr – Maio – Jun/2002, p. 143 e ss.

Trata-se, apenas, de disposição de parte do corpo humano – óvulo ou útero – no primeiro caso de forma permanente e no segundo de forma temporária, o que é juridicamente admissível, desde que sem finalidade econômica, sendo que a sua utilização é autorizada pelo Conselho Federal de Medicina, conforme Resolução 1.358/92.²⁵

Como bem afirmado pela já citada Lima, deve-se aqui recorrer à maternidade de intenção, de modo que a filiação se estabelece de acordo com o projeto desejado pelos contratantes.²⁶

Tendo havido, portanto, um ato de vontade da doadora em fornecer o material genético ou o útero a fim de possibilitar a maternidade de outrem, este ato deverá prevalecer sobre a maternidade biológica, fixando-se, neste caso, a filiação socioafetiva.

Esta é, com efeito, a diretriz que melhor atende aos princípios constitucionais pertinentes à filiação, em especial os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e do melhor interesse da criança, pois os verdadeiros pais são os que tiveram a intenção de procriar, os que se mobilizaram na busca da gravidez e do filho.

4.2. DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

Ao lado das técnicas acima aludidas, que geram questionamentos principalmente acerca da determinação de maternidade, a inseminação artificial põe em foco a verificação do vínculo paterno-filial.

Nesse diapasão, convém destacar a existência de duas situações: a inseminação homóloga (AIH – *artificial insemination husband*), feita com material

²⁵ Conforme dispõe a citada resolução, as clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de reprodução assistida para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética, atendendo-se às seguintes condições: 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

²⁶ LIMA, Taísa Maria Macena de. *Cit. p. 151.*

genético do próprio marido, e a inseminação heteróloga (AID – *artificial insemination donor*), feita com material genético doado por outro homem.

4.2.1. Da inseminação artificial homóloga

A inseminação homóloga não comporta grandes discussões, haja vista que o pai biológico normalmente coincide com o pai afetivo, ou seja, aquele que desejou a geração. Além disso, o Novo Código Civil, como dito acima, cuidou de estabelecer expressamente a presunção de paternidade nesses casos, seja a inseminação realizada durante a vida do doador biológico, seja aqueles decorrentes dos embriões excedentários.

Em havendo falecimento do marido posterior à sua anuência ao procedimento e à inseminação propriamente dita, não se vislumbra qualquer possibilidade de questionar a paternidade, pois a situação é análoga à paternidade oriunda de um coito em condições naturais.

Contudo, convém abordar algumas questões concernentes à inseminação póstuma. É sabido que os embriões não descartados podem ser mantidos preservados em processo de criopreservação. Isto possibilita que, após a morte do doador do sêmen, possa haver a fecundação da mulher sobrevivente, ou que, no caso de morte da mulher, o marido indique quem gestará a criança, gerando um filho de alguém que já esteja morto.

Com efeito, o fato é que esta opção do legislador não considera o fato de que a reprodução assistida tem como uma de suas matizes éticas o livre consentimento dos partícipes.

Deixar, portanto, nas mãos do cônjuge sobrevivente a possibilidade de, a qualquer tempo, levar a efeito a inseminação com material genético de seu marido morto é entregar-lhe a possibilidade de estabelecer, ao seu bel prazer, a paternidade de outrem cuja vontade não mais pode ser expressada, o que, admita-se, é injustificável.

Melhor entendimento adota o Projeto de Lei 1184/2003, excluindo a possibilidade da fecundação *post mortem*. Com efeito, o artigo 20, III, impõe dispõe ser obrigatório “o descarte de gametas e embriões nos casos nos casos de falecimento do depositante, salvo se houver manifestação de sua vontade,

expressa em documento de consentimento livre e esclarecido ou em testamento, permitindo a utilização póstuma de seus gametas."

Inclusive, incrimina a utilização de gametas ou embriões de doadores ou depositantes sabidamente falecidos, cominando com pena de reclusão de 1 a 3 anos e multa o infrator.

Desta forma, atentando-se aos preceitos constitucionais e éticos atinentes à matéria, melhor seria, como no supracitado projeto, a proibição da inseminação artificial homóloga no caso de morte do doador.

Dever-se-ia, ainda, na esfera cível, determinar-se que, no caso de burla deste dispositivo, havendo a fecundação *post mortem*, a criança não se beneficiaria de efeitos patrimoniais e sucessórios em relação ao falecido.

4.2.2. Da inseminação heteróloga

No que se refere à inseminação artificial heteróloga, o Código Civil de 2002 determina a presunção de paternidade, desde que haja prévia autorização do marido. Assim, revela-se na vontade do marido a paternidade socioafetiva, a gerar um vínculo indissolúvel.

Deste modo, uma vez não autorizada pelo marido a inseminação heteróloga, este não se pode presumir o pai da criança, sendo que também o doador assim não se poderá considerar, visto que apenas contribuiu com o fornecimento do material genético, inexistindo qualquer vínculo de paternidade.

Outra conclusão não pode haver. Com efeito, já fora dito que o casal que se propõe a se submeter a técnicas de reprodução assistida com material biológico alheio não pode se eximir dos efeitos jurídicos decorrentes do vínculo parental constituído. O mesmo se deve considerar em sentido inverso, ou seja, aquele que consentiu em apenas doar o material genético não poderá, em qualquer hipótese, ter-lhe imputada a paternidade. Neste sentido, assinalou Gama:

O papel da vontade, nos casos de reprodução medicamente assistida, passou a ter bastante relevância, fazendo ruir todo o arcabouço existente a respeito do sistema de presunções de paternidade,

maternidade e filiação, instituído para o período da sociedade eminentemente patriarcal.²⁷

Esta situação assemelha-se àquela em que a mulher recorre a um banco de sêmen e se fertiliza com o intuito de formar uma família monoparental. Também nesses casos, não é possível atribuir-se ao doador qualquer vínculo de filiação.

Aplica-se a esses casos, por analogia, o instituto da adoção, de forma que a criança somente será registrada em nome da mãe, inexistente, portanto, qualquer vínculo de paternidade.

Todos os projetos de lei em tramitação no Congresso adotam este posicionamento, determinando inexistir qualquer vínculo familiar entre o doador e a criança gerada por meio das técnicas de reprodução assistida, impondo-se reconhecer a plena adoção da filiação socioafetiva.

4.3. DO DIREITO AO CONHECIMENTO DA ASCENDÊNCIA GENÉTICA NOS CASOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA.

Conforme se afirmou acima, a simples doação de sêmen ou de óvulo não está apta a gerar vínculo de paternidade, preponderando o elemento volitivo tanto de quem consentiu na inseminação, revelando o interesse de ser pai/mãe, quanto do doador.

Além disso, embora inexista disposição legal expressa, tem-se estabelecido, até o momento, a preservação do anonimato do doador, adotando-se entendimento análogo ao estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente para os casos de adoção. Tal é, inclusive, a postura adotada pelo Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução n.º 1.358/92 (a ser tratada adiante com mais pormenor).

Contudo, alguns autores vêm defendendo a existência de um direito autônomo ao direito ao reconhecimento da paternidade ou maternidade, que seria o direito ao conhecimento da identidade genética.

²⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e Reprodução Assistida. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). Problemas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 530.

Conforme explica Lôbo, a identidade genética também configura atributo da personalidade do indivíduo, que não coincide, necessariamente, com a determinação da paternidade.

Bittar ensina serem os direitos da personalidade aqueles reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico para a defesa de valores inatos no homem.²⁸

Aos direitos da personalidade atribuem-se como características serem inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes.

Com efeito, é lícito o interesse de cada indivíduo em conhecer a sua origem biológica, seja para evitar ou auxiliar no tratamento de moléstias, seja para impedir a ocorrência de relacionamentos incestuosos, seja, ainda, como uma forma de melhor construir a própria identidade.

Constituindo, portanto, atributo da personalidade de cada indivíduo a sua origem genética, não se pode negar o seu conhecimento, podendo este direito, inclusive, ser objeto de ação, que não se confunde, ressalte-se, com a investigação de paternidade, posto que, como já explicado, não se configura, no caso, vínculo familiar.

Pode-se, contudo, admitir a existência de efeitos jurídicos negativos quanto ao doador, com a finalidade de impedir futuras uniões incestuosas, bem como proibir a adoção do filho biológico pelos doadores, diante da vontade manifestada de não adquirir direitos sobre a criança gerada pelo material doado.

Seguindo essa linha, os projetos de Lei 120 de 2001 e 4686 de 2004 pretendem assegurar, expressamente, o direito das crianças geradas por reprodução assistida ao conhecimento de seus pais biológicos, gerando-se os efeitos negativos acima expostos.

Equivoca-se, contudo, o primeiro projeto, ao instituir a ação de investigação de paternidade como meio processual adequado para exercício deste direito, visto que, como já explicado, não se trata de determinar a paternidade, sendo esta fixada pela socioafetividade.

²⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5ª Ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

Trata-se, sim, do reconhecimento de um direito autônomo a construir a própria identidade servindo-se de todos os elementos formadores da pessoa, o que, evidentemente, inclui a origem genética.

À luz dos princípios constitucionais, especialmente o referente à dignidade da pessoa humana e do direito à identidade, atributo da personalidade, parece inadmissível qualquer restrição ao direito à identidade biológica, não devendo esta ser sacrificada em função de outros valores ou interesses, e constituindo direito imprescritível e absoluto.

4.4 LEGISLAÇÃO CORRELATA

4.4.1 Resolução nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina

Ratificando o anteriormente asseverado, a única norma que possuímos acerca da reprodução humana assistida, vem do pioneirismo e celeridade do Conselho Federal de Medicina que publicou em 1992 a Resolução de nº. 1.358 (inteiro teor da resolução em anexo ao presente trabalho).

Tal Resolução resolveu adotar normas éticas como dispositivos deontológicos, no que diz respeito à regulamentação e procedimentos a serem observados pelas clínicas, centros, serviços e médicos que lidam com a reprodução humana assistida da seguinte forma:

4.4.1.1 princípios gerais

As técnicas de Reprodução Humana Assistida tem o condão de auxiliar nos problemas de infertilidade, quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes e somente podem ser utilizadas quando existir possibilidade efetiva de êxito.

Sendo ainda obrigatória que a concordância dos pacientes ou doadores seja feita por escrito através de consentimento em formulário especial, que deverá, necessariamente, conter todos os procedimentos e circunstâncias da

aplicação de uma técnica de Reprodução Artificial, bem como os resultados obtidos com a técnica proposta, levando em conta seu caráter biológico, jurídico, ético e econômico.

É expressamente vedada a seleção de sexo ou de qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças ligadas ao sexo.

Não se permite a introdução de mais de 04 (quatro) embriões humanos no útero, sendo que no caso de gravidez múltipla, proíbe-se a redução embrionária.

4.4.1.2 usuários

Toda mulher capaz, nos termos da lei civil, que tenha expressado sua concordância através do termo de consentimento informado, pode ser receptora das técnicas de reprodução humana assistida.

E ainda toda pessoa casada ou que viva em união estável também poderá se utilizar das técnicas de reprodução artificial, desde que tenha aprovação do cônjuge ou companheiro externada no consentimento informado.

4.4.1.3 clínicas, centros ou serviços que aplicam as técnicas de RHA²⁹

São responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência do material biológico humano para os usuários.

É exigível o obediência aos requisitos mínimos ao seu funcionamento, tais como ter um médico responsável por todos os procedimentos executados, além de manter um registro permanente de gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém nascidos, bem como dos procedimentos executados e das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido para os pacientes com a finalidade de se evitar a transmissão de doenças.

²⁹ Reprodução Humana Assistida

4.4.1.4 doação de gametas

Será sempre gratuita, garantindo-se o anonimato do doador e do receptor, exceto por motivação médica.

Diametralmente oposto à garantia do anonimato, as clínicas devem manter de forma permanente um registro dos dados clínicos de caráter geral, com características fenotípicas e uma amostra de matéria celular do doador, sendo que o doador não poderá produzir mais de duas gestações, de sexo diferente, numa área de um milhão de habitantes.

A clínica deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima compatibilidade com a receptora, não sendo permitido que alguém vinculado à ela seja doadora.

4.4.1.5 criopreservação de gametas e embriões

É permitida a criopreservação de espermatozóides, óvulos e pré-embriões, sendo que os pacientes serão cientificados do número total de pré-embriões produzidos para que decidam quantos devem ser transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

Na ocorrência da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade por escrito, quanto ao destino a ser dado aos pré-embriões criopreservados, em casos de divórcio, doenças graves e falecimento de um ou de ambos, e quando desejam doá-los.

4.4.1.6 diagnóstico em pré-embriões

Toda intervenção com fins diagnósticos em pré-embriões *in vitro* somente terá como finalidade a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento expresso do casal.

Toda intervenção com fins terapêuticos em pré-embriões *in vitro* somente terá como finalidade evitar a transmissão ou tratar de doenças, desde que

tenha garantias reais de sucesso, sendo também obrigatório o consentimento do casal.

O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões *in vitro* será de 14 (quatorze) dias.

4.4.1.7 doação temporária de útero

Desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética as clínicas, centros ou serviços de reprodução humana assistida podem utilizar a gestação de substituição.

As doadoras temporárias de útero devem pertencer à família da receptora, num parentesco de até 2º grau, sendo que nos demais casos devem ser autorizados pelo Conselho Federal de Medicina.

A doação de útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

4.4.2 Projetos de Lei no Congresso nacional

Consoantemente à Resolução supracitada do Conselho Federal de Medicina, alguns legisladores propuseram Projetos de Lei referentes à matéria, que, basicamente, em nada inovam a respeito dos reflexos jurídicos e das conseqüências advindas do uso de técnicas artificiais de reprodução, pois seguem fielmente as diretrizes constantes nesta Resolução.

Em 1993 o primeiro projeto foi apresentado pelo Deputado Luiz Moreira (PFL – MA), tendo como relator o Deputado Marcelo Deda (PT – SP) e recebeu o nº. 3.638/93; O segundo, em 1997, pelo Deputado Confúcio Moura, recebeu o nº. 2.855/97; e o terceiro, em 1999, apresentado pelo Senador Lucio Alcântara, tendo como relator o Senador Roberto Requião e recebeu nº. 90/99.

Dentre os acima enumerados, o Projeto de Lei mais completo e sem dúvida o mais abrangente é o nº 90/99, que ainda tramita burocraticamente no Congresso Nacional, junto à Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

Outrossim, o Senador Roberto Requião apresentou substitutivo ao Projeto de Lei 90/99, que atualmente está sob relatoria do Senador Tião Viana, sendo que as principais inovações e modificações ao projeto original foram a de reduzir para três o número de embriões a serem introduzidos no útero materno; de proibir e tornar como crime a criopreservação de embriões, estabelecendo que todas as inseminações devem ser à fresco e de também, tornar crime a redução embrionária.

5 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: OMISSÕES E DIVERGÊNCIAS

Já vimos que, no Brasil, atualmente não temos nenhuma lei que ampare ou regule a reprodução humana assistida e que os projetos de lei, em tramitação no Congresso Nacional, ainda estão longe de serem promulgados.

Assim, a carência de legislação específica, o costume de conferir validade ao que não é proibido somados à evolução tecnológica, fazem com que a reprodução humana artificial seja livremente praticada, explorada e consentida, sem que nenhum controle legislativo ou governamental se faça valer.

Neste viés, mesmo que as Clínicas especializadas em reprodução humana assistida estejam em funcionamento ativo, em face do volume de pessoas inférteis que anseiam por filhos, não existe nenhuma lei que regule seus procedimentos ou os reflexos jurídicos advindos de tais técnicas, sendo que a Resolução 1.358 do Conselho Federal de Medicina somente serve para traçar os caminhos éticos e deontológicos a serem seguidos pelos médicos e clínicas, tendo em vista não possuir força coativa de lei.

A Lei Nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o atual Código Civil, em nada mudou ou aclarou as controvérsias acerca dos efeitos da reprodução assistida no mundo jurídico. Destarte, mesmo com a introdução dos direitos de personalidade nos arts. 11 a 22 do Novo Código Civil e com a inserção da presunção de filiação aos filhos havidos por inseminação artificial no art. 1.597, incisos III, IV e V da citada carta Civilista, não nos parece estar em consonância aos demais dispositivos legais, como se passará a demonstrar:

5.1 FECUNDAÇÃO HOMÓLOGA E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS

Quando a inseminação for homóloga a filiação se estabelecerá mesmo que o marido esteja falecido ou mesmo que se trate de embriões excedentários que, pela norma legal, podem ser introduzidos no útero da mulher a

qualquer tempo, sendo que os filhos nascidos serão considerados concebidos na constância do casamento³⁰

A dúvida reside em delimitar a abrangência da expressão “a qualquer tempo” relativa aos embriões excedentários, pois é notório que pela moderna tecnologia é possível congelar um embrião humano por prazo indefinido sem que ele venha a perder suas capacidades vitais, genéticas ou biológicas.

Portanto seria correto entender que o termo “a qualquer tempo” abrange apenas o tempo da constância do casamento ou o correto seria estender tal entendimento a um tempo indeterminado, anterior ou posterior ao casamento ou união estável?

A escolha de uma das interpretações gera efeitos antagônicos. Senão Vejamos:

Precipuaente, a presunção tratada no art. 1.597 é iuris tantum e, portanto, admite prova em contrário, o que significa dizer que havendo prova que afasta a presunção da paternidade, como por exemplo o exame de DNA negativo, a filiação não será estabelecida com relação ao marido ou companheiro, esteja ele vivo ou não.

Se considerarmos o termo “a qualquer tempo” apenas para implantações de embriões concebidos ou anteriormente criopreservados, a qualquer tempo durante a constância do casamento ou da união estável, afasta-se a presunção do liame de filiação das implantações de embriões homólogos realizados após a dissolução do vínculo conjugal ou afetivo ou post mortem.

No caso em tela, tais embriões excedentários homólogos não se presumiriam filhos do de cujus, pois foram havidos após o rompimento do vínculo afetivo ou conjugal.

Já se tomarmos a expressão “a qualquer tempo” dentro de sua conceituação habitual, de tempo indefinido antes, durante, ou depois do matrimônio ou união estável, facilmente vislumbraremos os graves conflitos que poderiam surgir com tal interpretação.

³⁰ O art. 1.597, inciso III e IV dispõe:

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

(...)

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;

(...)”

Se levarmos em consideração tal conceituação, um filho, fruto de uma criopreservação embrionária homóloga, gestado e nascido após a morte de seu genitor, será presumidamente concebido na constância do matrimônio e poderá reivindicar para si os direitos relativos à filiação e à herança, pois pelas disposições do art. 1.798 do Novo Código Civil "*legitima-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.*".

A título meramente exemplificativo desta problemática jurídica, supúnhamos um filho fruto de uma inseminação artificial homóloga, gestado cerca de 20 anos após a morte do seu genitor, venha reivindicar, por meio de seu representante legal, a posse dos bens que lhe pertencem e até mesmo demandar contra os herdeiros do *de cuius* os direitos relativos à sua parte na herança, o que traria enorme insegurança jurídica na partilha e no direito sucessório.

Desta feita, com o advento de tal norma legal e com a proliferação e acessibilidade das técnicas de reprodução humana artificial o futuro próximo nos revelará a insegurança e a temeridade de realizar negócios envolvendo bens de espólio, tanto pelos herdeiros quanto pelos adquirentes, uma vez que a qualquer tempo esses negócios podem ser contestados ou mesmo anulados por um filho do *de cuius* nascido anos após sua morte, sendo fruto de uma inseminação artificial homóloga de embrião excedentário.

5.2 FECUNDAÇÃO HETERÓLOGA E O CONSENTIMENTO CONJUGAL

Como anteriormente asseverado, a filiação nos casos de fecundação heteróloga só será estabelecida nos casos em que houver a prévia autorização do marido.

O legislador fez questão de inserir a prévia autorização do marido para se firmar a filiação, no entanto foi omissivo no que tange à inseminação post mortem heteróloga em que tenha o consentimento do marido para tanto.

Outra omissão diz respeito à possibilidade da mulher também poder externar o seu consentimento, no caso de morte em que deixaria um óvulo criopreservado³¹.

³¹ Apesar das dificuldades técnicas no congelamento e descongelamento dos óvulos, não se pode descartar que a biotecnologia avance a tal ponto.

Os conflitos no direito sucessório, quanto ao filho nascido, serão, naquelas hipóteses, semelhantes aos da fecundação homóloga, uma vez que havendo testamento ou ato de ultima vontade determinando a fecundação heteróloga de sua mulher há a presunção da paternidade havida na constância do casamento, em face da prévia autorização.

Outras divergências também é asseverada quando o legislador refere-se apenas a autorização ou morte do marido, não cogitando a possibilidade do homem ser o sobrevivente que queira fertilizar outra mulher com óvulo ou embrião deixado por sua esposa, utilizando-se , nestes casos, do útero de substituição.

Não há ainda menção à união estável, que pelas normas legais tem o mesmo direito do cônjuge sobrevivente. Nestes casos, acreditamos que o inciso III do art. 1.597, sugestivamente deveria ser assim regido: “havidos, a qualquer tempo, por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o cônjuge ou companheiro”.

Sendo ainda sugerida a redação do inciso V da seguinte forma: “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do cônjuge ou companheiro,”

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reconhecida a nova tábua de valores prescritas pelo Constituinte, constata-se a fluidez dos fatores determinantes da relação jurídica paterno-filial. É patente a multiplicidade de parâmetros, forçando o aplicador do direito a uma análise mais profunda de cada situação específica, sempre dando ênfase à questão da afetividade, por ser o eixo em torno do qual se delineiam as relações familiares.

De fato, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, da afetividade e do melhor interesse da criança subverteram a civilística tradicional, deixando o matrimônio ou a genética de serem determinantes para o reconhecimento da parentalidade.

Partindo dessas novas premissas, é preciso, para a determinação de paternidade, buscar-se caso a caso a harmonização daqueles princípios, atendendo-se, sempre, à razoabilidade e proporcionalidade balizadoras da interpretação principiológica, mormente ante a insuficiência e deficiência das normas infraconstitucionais quando em confronto com a diversidade de situações reais com que o operador do direito se depara.

Dentre estas situações, destacam-se aquelas envolvendo a aplicação das técnicas de reprodução assistida, ante a deficiência de regulamentação legislativa referente à questão, bem como a subversão da tradicional certeza da paternidade/maternidade genética.

Nesses casos, a solução que melhor atende ao interesse da criança é a adoção da doutrina da filiação socioafetiva, vez que é o elemento volitivo que irá criar o vínculo paterno-filial entre o genitor que deseja o filho e o eventual doador de material genético.

Considerando que o vínculo de paternidade a ser estabelecido entre a criança gerada e aqueles que consentiram e desejaram a sua gestação, alguns autores vêm entendendo ser possível admitir-se a existência de um direito ao conhecimento da origem genética, autônomo ao direito ao reconhecimento da paternidade/ maternidade.

Tendo em vista o hodierno avanço social e biotecnológico e que, como anteriormente dito, o Brasil ressentia-se de uma legislação sobre bioética e

biodireito na reprodução humana natural e medicamente assistida, temos que partindo do texto constitucional, com a observância do superprincípio da dignidade da pessoa humana, há a imprescindibilidade da elaboração de uma legislação infraconstitucional que sintetize, regule e organize os seguintes pontos:

- a) Desestimular a procriação humana medicamente assistida, somente admitindo nos casos de impotência, esterilidade ou quando a utilização do meio natural não é possível ou pode causar graves danos, como enfermidades genéticas ou hereditárias;
- b) Autorizar, ou não a procriação humana medicamente assistida por gestação substituta. Em caso positivo examinar a hipótese da gestante substituta pertencer à família dos doadores genéticos, com parentesco máximo de segundo grau (mãe, filha ou irmã);
- c) Estabelecer o procedimento de intervenção de um terceiro doador de material genético no processo de reprodução humana medicamente assistida;
- d) Traçar diretrizes éticas e jurídicas na reprodução humana assistida, inclusive com sanções penais, civis e administrativas;
- e) Tornar obrigatório o exame genético em DNA, inclusive se necessário, com condução coercitiva do investigado, indicando o procedimento a ser seguido na feitura dessa prova pericial, como: 1. definir os critérios para credenciar os laboratórios; 2. regulamentar os cuidados a serem tomados na coleta do material genético e na identificação das pessoas; 3. ordenar aos laboratórios a manutenção de bancos de dados das frequências populacionais dos sistemas genéticos utilizados; 4. fiscalizar o controle de qualidade dos exames genéticos; 5. disciplinar a forma de aquisição e guarda dos materiais genéticos;³² 6. determinar que o laboratório deve ser administrado por um médico de preferência com título de mestre ou, no mínimo, especializado em genética, biologia molecular ou bioquímica e com comprovada competência prática e teórica em determinação de paternidade; 7. estabelecer que o laboratório deve

³² VELOSO, Zeno. A sacralização do DNA na investigação de paternidade . In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense 2000

empregar a técnica de pelo menos, duas das metodologias existentes para a determinação de paternidade em DNA; 8. em casos de exclusão de paternidade, o laboratório deve garantir que esta exclusão foi como emprego de pelo menos dois tipos de exames genéticos diferentes, com a apresentação dos índices de paternidade para cada sistema genético utilizado; 9. informar o índice de paternidade final e a probabilidade de paternidade;³³ 10. redigir o resultado com linguagem acessível para o Juiz e para os leigos; 11. descrever os métodos utilizados e como foi realizado o cálculo estatístico para a apresentação da probabilidade e execução; 12. identificar os técnicos incumbidos de cada uma das diferentes etapas do teste e possíveis fontes de erros e problemas na interpretação do resultado, incluindo no laudo fotografias das bandas de DNA ou filme de Raios X marcado para o exame visual do resultado;³⁴

- f) declarar a irrevogabilidade da filiação socioafetiva, em suas diversas modalidades;
- g) conceder o direito ao filho sociológico de investigar a paternidade biológica apenas nas seguintes hipóteses: 1. Em caso de necessidade psicológica de conhecer a origem genética; 2. Para manutenção dos impedimentos matrimoniais; 3. Para preservação da saúde e da vida do filho e dos pais biológicos, em caso de graves doenças genéticas;
- h) autorizar, ou não, a mudança do código genético somente para melhorar a espécie humana;³⁵

³³ PENA, Sérgio Danilo J. *O DNA como (única) testemunha em determinação de paternidade*. Disponível em: [<http://www.cfm.org.br/revista/bio2v5/odnacomunica.htm>], citando os casos dos itens “7” em diante. Acessado em 15 de março de 2009.

³⁴ TRACHTENBERG, Anete. O poder e as limitações dos testes sanguíneos na determinação de paternidade. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 63, p.327, mar. 1995.

³⁵ NORA, Jeremias Dalla. *Fatores biológicos da personalidade*. São Paulo: Salesiana, 1960. P. 147. A expressão “somente melhorar a espécie humana” deve ser entendida no sentido terapêutico. A clonagem humana está proibida pelo art. 8º, II, da Lei 8.974, de 05.01.1995, que trata sobre “normas para uso de técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados”.

- i) manter um registro público de preservação do anonimato do(a) doador(a) de material genético, somente fornecendo o nome em caso de ordem judicial;
- j) delimitar a responsabilidade do doador de material genético e da equipe que realizou a fecundação, em razão da utilização de sêmen com uma carga genética marcada de anomalias físicas ou psíquicas;
- k) fixar a incidência de efeitos jurídicos do contrato relativo à reprodução humana medicamente assistida;
- l) dar proteção legal às diversas formas de reprodução humana medicamente assistida;
- m) disciplinar o procedimento ético a ser seguido na reprodução humana assistida.

Diante deste plenário jurídico, vê-se que são muitas as dúvidas a serem enfrentadas pelos cultores do Direito. Todavia, embora os fatos continuem a surpreender o direito, a República Federativa do Brasil e o Estado Democrático de direito tem ancoradouro no superprincípio da dignidade da pessoa humana, o que nos faz crer que a elaboração de uma legislação infraconstitucional que norteie os avanços da biotecnologia será fulcrada neste princípio, o qual se faz notar como a base, o alicerce, o fundamento da modernização, socialização e humanização do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de, in: *Direitos Humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional* – Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

ANDRADE, Pedro Frade de. *Os novos contornos da paternidade: entre o sangue o afeto e o direito*. In: GUERRA, Arthur Magno e Silva. *Bioética e Biodireito: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

BARBOZA, Heloisa Helena. *O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*. In: *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A Família na Travessia do Milênio*. IBDFAM.

_____. *Novas Relações de Filiação e Paternidade*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador). *Repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5ª Ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1993.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito Além do Novo Código Civil: Novas Situações Sociais, Filiação e Família*. In *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM. v. 5, n.º 17 – abr/mai/2003.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, 3.ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e Reprodução Assistida*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *O exame de DNA: Reflexões sobre a prova científica da filiação*. In: *Repertório de Doutrina sobre Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Taísa Maria Macena de. *Filiação e Biodireito: Uma Análise das Presunções em Matéria de Filiação em Face da Evolução das Ciências Biogenéticas*. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. N.º 12 – Abr – Maio – Jun/2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*. In: *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A Família na Travessia do Milênio*. IBDFAM.

_____. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para Além do numerus clausus*. *Jus Navigando, Terezina*, nº 6, n.º 53, jan. 2002. Disponível em [<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>]. Acesso em 06 nov. 2007.

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. 1ª Ed. (ano 2003), 6ª tir./Curitiba: Juruá, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 10ª ed. Malheiros, 1998.

NORA, Jeremias Dalla. *Fatores biológicos da personalidade*. São Paulo: Salesiana, 1960.

PENA, Sérgio Danilo J. *O DNA como (única) testemunha em determinação de paternidade*.

Disponível em: [<http://www.cfm.org.br/revista/bio2v5/odnacomunica.htm>]. Acessado em 15 de março de 2009.

SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. *Jus Navigandi, Teresina*, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 22 abr. 2008

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. in: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRACHTENBERG, Anete. *O poder e as limitações dos testes sanguíneos na determinação de paternidade*. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 63, p.327, mar. 1995.

VELOSO, Zeno. *A sacralização do DNA na investigação de paternidade*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense 2000.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Filiação Adotiva*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológicas e sócioafetivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ANEXO

Resolução 1.358 de 1992 do Conselho Federal de Medicina

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

RESOLVE:

Art. 1º - Adotar as NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º - Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ

Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL

Secretário-Geral

Publicada no D.O.U dia 19.11.92-Seção I Página 16053.

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO
ASSISTIDA

I – PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o 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.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - 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.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e conciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.

2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de

doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.