ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

LIAMES ACERCA DA NOVA CONCEPÇÃO DO DIREITO DE FILIAÇÃO: A AFETIVIDADE FAMILIAR EM DETRIMENTO DA PERSPECTIVA GENÉTICA

BONDS ON THE NEW DESIGN OF THE FILIATION RIGHT: THE FAMILY AFFECTION TO THE DETRIMENT OF THE GENETIC PERSPECTIVE

Renata Tavares Macedo*

RESUMO: Com o advento do Código Civil de 2002, o direito de filiação, deixou de levar em consideração somente o critério biológico na definição da relação paterno-filial. Surge a filiação socioafetiva, aquela determinada através dos vínculos de afeição existentes entre pais e filhos. Tal paternidade passa a ter prevalência sobre as demais formas de filiação, permitindo-se a análise dos reais interesses da criança e assegurando proteção nas relações familiares. Menção acerca da legislação que disciplina a tecnologia reprodutiva no Brasil, bem como o direito ao conhecimento da origem genética, na manutenção e harmonia dos laços de afeto entre pais e filhos.
Palavras-chave: Filiação. Reprodução assistida. Afeto.

ABSTRACT: With the advent of the Civil Code of 2002, the filiation right, stopped taking in consideration only the biological criteria in the definition of the paternal filial relation. The partner-affective filiation appears determined through the existing bonds of affection between parents and children. Such paternity starts to have prevalence on the other forms of filiation allowing the analysis of the real interests of the child and assuring protection in the familiar relations. Mention concerning the legislation that disciplines the reproductive technology in Brazil as well as the right of knowledge of the genetic origin in the maintenance and harmony of the bows of affection between parents and children.
Keywords: Affection. Assisted reproduction. Paternity.

* Bacharela em Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia *Mater Christi* - FCTMC. Advogada. Mossoró – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Insta consagrar o fato de que o Direito de Família tradicional vem experimentando constantes mudanças em seus institutos, como reflexo das constantes evoluções sociais e tecnológicas evidenciadas ao longo das gerações.

No contexto das transformações, desponta o exame de DNA, bem como as tecnologias reprodutivas. Tais recursos tecnológicos, levados ao ambiente jurídico, mormente no que concerne às relações paterno-filiais, passam a desencadear diversos questionamentos que necessitam não só serem elucidados, como também solucionados no caso concreto. Com o fito de exemplificar a premissa supracitada, citar-se-ão os efeitos e técnicas de reprodução assistida sobre as novas presunções de filiação contempladas pelo Código Civil de 2002 que, não obstante tenha mantido as presunções já existentes no Código Civil de 1916, passara a admitir as hipóteses de estabelecimento de filiação decorrente da reprodução artificial.

Na construção textual trazida à baila, busca-se explanar as técnicas de reprodução assistida trazidas pelo atual Código Civil, bem como as que deixaram de ser abarcadas pela legislação pátria, de modo que a comunidade jurídica desperte sobre a necessidade de se regulamentar a matéria, com o escopo de que os aplicadores do direito possam valorar os interesses jurídicos postos em conflito no caso concreto.

Analisando-se a reprodução assistida como hipótese da concepção na constância do matrimônio, percebe-se que se deixou de utilizar o critério biológico como o principal recurso para a determinação da paternidade jurídica, passando-se, também, a valorizar o critério afetivo, colocando-o, no mais das vezes, acima do dado biológico, a fim de atingir o melhor interesse da criança e, via de consequência, a dignidade da pessoa humana.

Desta feita, face esse novo modo de estabelecimento da paternidade, pretende-se ressaltar a importância de observar-se a existência do vínculo afetivo para a determinação da filiação e não somente o fator biológico, uma vez que aquele parece aproximar-se, na maioria das situações, do melhor interesse e bem-estar da criança envolvida, bem como da preservação da dignidade da pessoa humana, devendo essa ser a tônica do novo Direito de Família.

2 PRINCIPIOLOGIA ACERCA DO INSTITUTO DA FILIAÇÃO

No que concerne às relações humanas, bem como aos vínculos de parentesco existentes no campo social e jurídico, o instituto em comento pode ser considerado como dos mais importantes, haja vista que se estabelece entre pais e filhos, projetando-se, desta forma, ao lado do instituto do casamento.

A filiação delineia seus contornos, em consonância com o conceito de família em que esteja fundado. Tal afirmação é visível quando se verificam todas as transformações ocorridas na sociedade em geral ao longo dos tempos, as quais em muito deixam seus reflexos nas relações familiares de cada época, sendo, inevitavelmente, absorvidos pelo Direito, uma vez que este é essencialmente um fenômeno social.

Não obstante a igualdade entre os filhos somente tenha restado inequívoca com a promulgação da Carta Magna de 1988, algumas leis extravagantes já possibilitavam o reconhecimento de filhos nascidos à margem do contexto matrimonial.

Desta feita, de acordo com o que se pode depreender, nem sempre o filho será oriundo da união sexual dos seus pais, podendo, dessa forma, o estado de filiação ser baseado em vínculos tanto biológicos quanto afetivos.

Acerca do tema objeto de estudo, é importante que se tenha a ideia de que, embora haja sido intitulado de "Novo Código Civil", percebe-se que pouco se modificou em seu âmago, uma vez que o capítulo que trata da filiação, comparando-se àquele reservado à "filiação legítima" no Código de 1916, assemelha-se bastante às regras atualmente estabelecidas.

No que concerne à presunção de concepção, estabelecida hodiernamente no artigo 1.597 do Código Civil, os dois primeiros incisos do citado artigo apresentam escritas idênticas às dos incisos I e II do artigo 338 do antigo Código, presumindo ser do marido da mulher casada a paternidade dos filhos nascidos desta.

Tal qual o legislador de 1916, que admitiu a ciência da época para estabelecer a presunção de paternidade, o Código Civil de 2002 constatou a necessidade de reconhecer e inserir em seu texto os avanços tecnológicos concernentes à reprodução assistida, os quais refletem na seara jurídica, mormente no Direito de Família.

Esses avanços da ciência reprodutiva, ao permitir a participação de terceira pessoa no ato geracional, representaram alteração na concepção de filiação, que, tradicionalmente, somente unia três pessoas, quais sejam, o filho e seus pais, vindo, consequentemente, a desenvolver novos conceitos acerca da maternidade e paternidade.

3 DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

As novas tecnologias reprodutivas, provenientes do acelerado avanço da medicina e, mais precisamente, dos estudos genéticos, possibilitam a inúmeros casais a realização do projeto familiar da procriação, os quais anteriormente, por serem considerados inférteis pela medicina, somente poderiam fazê-lo por meio da adoção.

A reprodução assistida tem por finalidade o combate à infertilidade, podendo ser entendida como um conjunto de técnicas médicas que viabilizam a fecundação de quem não pode obtê-la através dos métodos naturais.

Dentre as técnicas de reprodução humana assistida utilizadas no meio da medicina, cumpre destacarmos a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, as quais podem se dar de forma *homóloga* ou *heteróloga*.

"Inseminação Artificial é a técnica pela qual o material genético masculino, previamente coletado e selecionado em laboratório, é introduzido no aparelho reprodutor feminino, onde acontecerá a fecundação"[1]. Este método é indicado para casais férteis com dificuldade de fecundar naturalmente, sendo a mais simples das técnicas de procriação artificial, por limitar-se a manusear somente os gametas masculinos, os quais são transferidos ao canal vaginal através de pílulas de espermatozóides, cânulas, seringas, etc.

Já na técnica conhecida como Fertilização *In Vitro*, ou bebê de proveta, o encontro do gameta masculino com o feminino se dá artificialmente em tubos de ensaio, ocorrendo uma fecundação extracorpórea, sendo os embriões resultantes posteriormente implantados no útero materno[2].

Quando os espermatozóides coletados para os citados procedimentos são provenientes do marido ou companheiro da mulher receptora, a reprodução medicamente assistida chama-se *homóloga*. Se, do contrário,

1 BOSCARO, Márcio Antônio. **Direito de filiação.** São Paulo: RT, 2002.
2 Idem.

os gametas masculinos forem provenientes de doador, tal fecundação será denominada *heteróloga* (paternidade ou maternidade de substituição).

As formas homólogas de fecundação são as que apresentam menor índice de contrariedades, uma vez que o material genético utilizado para efetivar o procedimento é fornecido pelo próprio casal que se submete à reprodução assistida e que, consequentemente, ficará com a criança, sempre coincidindo a paternidade biológica com a paternidade de fato ou afetiva.

As situações conflitantes que brotam da procriação artificial giram em torno da forma heteróloga, posto que nesta o sêmen utilizado para fecundar a mulher é proveniente de um terceiro, ou seja, um doador anônimo estranho ao casal.

Neste caso, a paternidade jurídica irá divergir da paternidade biológica, motivo pelo qual a utilização desta técnica ainda é bastante contestada, uma vez que pode causar diversos conflitos nas relações familiares.

Da mesma forma, quanto à determinação da maternidade, a gestação pode ocorrer pela doação de um óvulo, hipótese em que a mãe jurídica é distinta da mãe genética. Apesar disso, conforme as normas vigentes, a mulher que gerou o filho, ainda que com o material genético de uma doadora, tem o direito de registrá-lo validamente como seu.

Outra forma de reprodução assistida, ainda mais polêmica e repudiada pela sociedade, é aquela em que a gestação ocorre em ventre de mulher fértil distinta da mãe genética, em razão desta não possuir condições fisiológicas para carregar o feto. É a conhecida Barriga de Aluguel ou Mães de Substituição, na qual a mãe biológica também é diversa da mãe jurídica, sendo que esta deve, após dar à luz, entregar o filho nascido à mãe doadora do óvulo, que o "encomendou".

Mister consignar que em decorrências das inovações trazidas pelo legislador civil pátrio, a presunção de filiação deixou de concentrar-se estritamente na prova da existência de relações sexuais mantidas ao tempo da concepção da criança, como se evidencia nos incisos I e II do artigo 1.597 insertos no Código Civil brasileiro, os quais, respectivamente, consideram concebidos na constância do casamento os filhos nascidos, pelo menos, 180 dias após estabelecida a convivência conjugal, ou em até 300 dias após dissolvida a mesma.

Indigite-se ainda, que atualmente passa-se a considerar igualmente como presunção de concepção na constância do casamento, a fecundação artificial realizada em laboratório.

Ressalte-se que as presunções de concepção contempladas pelo artigo 1.597 do supracitado código, aplicam-se somente ao casamento, não sendo extensiva aos casos de união estável, hipótese em que deverá ser pleiteada a ação judicial pertinente, para que se reconheça a paternidade em questão.

No que tange à fecundação artificial homóloga, existe ainda aquela realizada após a morte do doador, ou seja, a *post mortem,* que engloba tanto a hipótese da mulher que se torna viúva logo após realizada a inseminação artificial, quanto o caso da viúva que congela o líquido seminal do marido, vindo a utilizá-lo após a sua morte.

Neste sentido, percebe-se que caso não existisse tal previsão, o filho nascido após 300 dias da dissolução conjugal pela morte do marido, evidentemente não seria considerado como concebido na constância do casamento de sua mãe, haja vista que, pelo lapso temporal decorrido entre a morte do marido e o nascimento da criança, não se consideraria possível ter havido a relação sexual da viúva com o *de cujus*.

A importância desta inovação, em consonância com o que preceitua Maria Helena Diniz,[3] consiste em que "o filho concebido *post mortem* terá um lar, possibilitando a sua integração familiar e social".

Entretanto, ainda subsistem argumentos contrários a esta modalidade de reprodução assistida no sentido de proteger os interesses da criança gerada, uma vez que esta já nasceria órfã, não se beneficiando da biparentalidade.

No tocante à fecundação artificial heteróloga, a inclusão do inciso V do artigo 1.597 do Código Civil, foi essencial na colocação do Brasil na rota dos avanços tecnológicos e sociais, pois veio a determinar que ao dar o consentimento para a sua realização, o marido assume a paternidade, não podendo posteriormente impugnar a filiação.

É o que preleciona Sílvio de Salvo Venosa:[4] "*Se a inseminação deu-se com seu consentimento, há que se entender que não poderá impugnar a paternidade e que a assumiu".*

A lei não exige qualquer requisito para que o casal se submeta a este

3 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

4 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. São Paulo, 2002.

tipo de técnica reprodutiva. Exige apenas que a autorização dada pelo marido para que sua esposa ou companheira receba material genético de um doador seja prévia, ou seja, antes que a mesma seja fecundada, de maneira que a referida autorização não tem forma legal, podendo ser escrita ou verbal.

No tocante às consequências jurídicas da reprodução humana assistida na forma heteróloga, é certo que a preocupação com a infertilidade humana não é característica da sociedade moderna, remontando aos tempos mais primitivos da humanidade.

Modernamente, a despeito dos avanços médicos na seara da reprodução humana terem proporcionado diversos benefícios aos casais inférteis que desejavam ter filhos, os métodos para tanto utilizados têm trazido diversas consequências indesejadas, bem como vários questionamentos éticos que precisam ser considerados para que a vida e dignidade humana sejam respeitadas.

Quando ocorre a doação de material genético de uma terceira pessoa, há uma desbiologização, ou seja, uma substituição da ligação genética pela vinculação afetiva.

Semelhante aspecto acontece na relação de filiação resultante da adoção, onde o parentesco resultante é igualmente de natureza civil, e como assevera a eminente Maria Cláudia Crespo Brauner, "a noção de descendência genética perde, neste momento, para o critério afetivo das relações paterno-filiais"[5].

No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade juridicamente qualificada, a qual se exterioriza por intermédio do consentimento dado pelo marido para que sua esposa ou companheira possa ser fecundada com o material genético doado.

Ao consentir que a sua esposa seja fecundada com sêmen de terceiro, o marido ou companheiro tem absoluta consciência de que não será o pai biológico da criança que daí virá a nascer.

Desse modo, o vínculo de paternidade assim estabelecido é insuscetível de ser impugnado pelo marido, sob a justificativa de que o filho nascido na constância do seu casamento, e pelo mesmo registrado, não é biologicamente seu.

5 BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Tal presunção de filiação tomará por base os vínculos afetivos entre pais e filho, bem como o respeito ao livre planejamento familiar. Não se admite a utilização das provas tradicionais de negação de paternidade para atacá-la.

Nessa conjuntura, nem o resultado negativo em exame pericial de DNA, nem a comprovação da impotência do cônjuge varão para gerar ao tempo da concepção, prevista no artigo 1.599 do Código Civil como prova capaz de ilidir a presunção de paternidade, jamais poderão ser utilizados para afastar o vínculo de filiação decorrente da fecundação heteróloga regularmente consentida pelo marido, tendo em vista que se o mesmo assim autorizou, o fez em virtude de sua esterilidade previamente diagnosticada e, provavelmente, irreversível.

Entende-se que o consentimento dado pelo marido para que sua esposa seja fecundada com gametas de um doador, ressalvadas as hipóteses de erro, dolo, ou coação, impede que o mesmo, futuramente, venha a intentar ação negatória de paternidade, porquanto esta se encontra estabelecida por laços afetivos, e não biológicos.

Em vista da proteção dos interesses do menor, seria inadmissível que o marido ou companheiro pudesse rever seu consentimento, e consequentemente contestar a paternidade da criança.

O registro de nascimento do filho nascido através de procriação heteróloga realizada na constância do casamento, e com autorização do marido, não se trata da hipótese de erro ou falsidade no assento do mesmo, razão pela qual não é dado ao citado filho o direito de pleitear o seu cancelamento, nem tampouco investigar judicialmente a paternidade de seu pai genético, pois já se encontra devidamente registrado pelo seu pai afetivo.

Esse Registro de Nascimento foi efetivado mediante a certeza afetiva da paternidade, se constituindo em prova hábil de sua condição de filho, consoante se infere do artigo 1.603 do Código Civil, que reza que "a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento inscrito no Registro Civil", de maneira que é irrelevante se esse filho carrega ou não a carga genética de quem o registrou.

Assim, incluída a presunção de concepção do inciso V do artigo 1.597 do Código Civil, independente do vínculo biológico, os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga passam a gozar da posse do estado

de filho, devendo a partir de então preponderar a filiação estabelecida em vínculos afetivos em detrimento da filiação baseada em laços sanguíneos.

Finalmente, Sílvio de Salvo Venosa,[6] defendendo que o verdadeiro pai é aquele que dispensa cuidados à criança, afirma que "a paternidade não pode se resumir a um mero dado biológico".

4 A RELEVÂNCIA DA AFETIVIDADE EM FACE DA DETERMINAÇÃO DO ESTADO DE FILIAÇÃO

Urge aferir que ante a nova realidade fática e jurídica ocasionada pelos avanços da biotecnologia, bem como em vista do atual estágio de desenvolvimento da sociedade, a filiação afetiva surge como critério que, muitas vezes, deve preponderar sobre a filiação biológica, sob pena de instalar-se o caos nas relações familiares.

Sabe-se que o resultado dos exames científicos possibilita o conhecimento da verdade genética, a qual é capaz de impor, através de ação judicial, o reconhecimento forçado da paternidade a quem, na perícia, é indicado como pai.

Entretanto, caso a paternidade seja estabelecida apenas mediante a observância de exames de DNA, muitas vezes, a Certidão de Nascimento não passará de uma mera formalidade legal, a qual servirá para conferir ao filho reconhecido, direitos alimentícios ou patrimoniais, que nem sempre este irá perceber.

Em relação ao critério biológico de estabelecimento de filiação paterna, hodiernamente aplicado nas ações de investigação de paternidade em decorrência do resultado positivo no exame de DNA, nem sempre corresponde ao melhor interesse da criança, eis que muitas vezes não ocorre o reconhecimento de fato, caso não haja, por parte do pai biológico, interesse algum em estabelecer vínculos paternais com sua prole.

A despeito da verificação dos aspectos negativos supramencionados, não se tem pretensão de afirmar a impertinência ou a inviabilidade do estabelecimento de filiação via Ação de Investigação de Paternidade. Na realidade, vislumbra-se constatar a insuficiência da adoção do critério biológico como

6 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de Família. São Paulo, 2003. p. 365.

rumo para a fixação do estado de filiação jurídica, haja vista que o grande número de execuções de pensão alimentícia ensejadoras da prisão civil do alimentante, que tramitam em cada comarca do país, evidencia-nos que a existência de vínculo genético entre pai e filho não denota a ocorrência concomitante da paternidade responsável. Tampouco, o fato de haver vínculo biológico entre aqueles reflete necessariamente o melhor interesse da criança.

A filiação socioafetiva corresponde à constância dos vínculos paternais, os quais se exteriorizam independentemente da presença de fatores biológicos ou de presunções jurídicas de concepção, por meio do instituto da posse do estado de filho.

Desta forma, caso o critério biológico não se mostre suficiente para assegurar a existência da paternidade responsável, tal fato não acontece quando o critério afetivo é utilizado para solucionar conflitos ou estabelecer a paternidade, uma vez que se encontra mais próximo da chamada "verdade real" e, consequentemente, é capaz de identificar o melhor interesse da criança.

Urge-se trazer à baila que, não obstante analisarem-se conjuntamente as provas existentes nos autos em sua completude, valorizar-se-á a existência dos vínculos afetivos, mesmo constatada a descendência genética, o que induz a um novo tratamento para a problemática do estabelecimento da filiação.

5 CONCLUSÃO

O avanço dos recursos tecnológicos na seara genética, especialmente o exame de DNA e as técnicas de reprodução assistida, não obstante a sua relevante utilidade no meio jurídico, provoca inúmeras celeumas relativas à presunção de filiação, principalmente no que diz respeito à fecundação artificial, a qual somente algumas já encontram respostas em nosso bojo legal.

Em observância à evolução tecnológica, o novo Código Civil inovou ao tratar da presunção de concepção dos filhos havidos na constância do casamento, inserindo como presunção legal de paternidade a decorrente de fecundação artificial heteróloga, que como sabemos, o filho por tal técnica gerado provém da doação de gametas de um doador, estranho ao casal.

Sendo assim, em claro processo evolutivo, o código civil vigente, no

que tange à nova presunção da paternidade jurídica, esta não está mais alicerçada exclusivamente no critério biológico, mas também no critério afetivo.

Estando lastreado na convivência familiar entre pais e filhos, o critério afetivo mostra-se mais benéfico para o filho, pois a paternidade de fato coincidirá com a jurídica, o que nem sempre ocorre quando é levado em consideração o critério biológico.

Portanto, a preponderância do critério afetivo sobre o biológico deve ser a nova tônica dos julgados pátrios em busca da harmonia social e familiar, devendo a comunidade jurídica estar atenta a tais nuanças.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ética, direito e reprodução humana assistida. **Uma vida dedicada ao direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. São Paulo: RT, 1995.

BITTAR, Carlos Alberto. Reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento. **Repertório IOB de Jurisprudência**, n.10, p. 186-188, 2003.

BOSCARO, Márcio Antônio. **Direito de filiação.** São Paulo: RT, 2002.

BOSCHI, Fabio Bauab. Reprodução humana assistida na forma heteróloga: consentimento informado e sigilo do doador de esperma ou óvulo *versus* o direito da criança e do adolescente de conhecer sua verdadeira origem biológica. **Revista do curso de direito do centro universitário das faculdades metropolitanas**, São Paulo, ano 17, n.25, p.185-196, 2003.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana:** conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CALLIOLI, Eugênio Carlos. Aspectos da fecundação artificial "in vitro". **Revista de Direito Civil**, n. 44, p. 71-95.

CAMBI, Eduardo. O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgida com o exame do DNA, na hipótese de "adoção à brasileira". NERY JUNIO, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade(Coords.). **Revista de direito privado**, São Paulo, ano 4, n.13, p.85-89, jan./mar. 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n.º 1.358, de 11 de novembro de 1992. Dispõe sobre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 19 nov. 1992. Seção I, p.16053.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5

FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. In: Dias, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2003.

SAVIN, Gláucia. Crítica aos conceitos de maternidade e paternidade diante das novas técnicas de reprodução artificial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 659, p.234-242.

Correspondência | Correspondence:

Renata Tavares Macedo
Faculdade de Ciências e Tecnologia *Mater Christi – FCTMC,* Rua Ferreira Itajubá, 745, Nova Betânia, CEP 59.605-410. Mossoró, RN, Brasil.
Fone: (84) 3422-0500.
Email: renatatm@mikrocenter.com.br