

A FILIAÇÃO PERANTE A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

JÚLIA NICOLETI ZAMPRONI

A FILIAÇÃO PERANTE A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

Monografia apresentada como
requisito parcial à conclusão do Curso
de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Elimar Szaniawski

Curitiba

2005

TERMO DE APROVAÇÃO

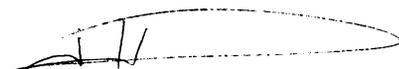
JÚLIA NICOLETI ZAMPRONI

A FILIAÇÃO PERANTE A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

Monografia aprovada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Orientador: Prof. Dr. Elimar Szaniawski
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Curitiba, 26 de outubro de 2005

Para meus pais, Jair e Maria, pelo apoio e amor incondicional.

Para minha irmã e companheira, Laura, pelos bons e maus momentos compartilhados durante a vida acadêmica.

*“Não é carne nem sangue, é o coração
que nos faz pais e filhos”.
(Friedrich Schiller)*

SUMÁRIO

RESUMO	v
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – DA FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	5
1.1. FAMÍLIA E FILIAÇÃO: DO MODELO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	6
1.2. FILIAÇÃO JURÍDICA, BIOLÓGICA E SÓCIO-AFETIVA.....	9
1.3. A FILIAÇÃO E O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR.....	11
1.3.1. A paternidade responsável.....	13
1.3.2. O melhor interesse da criança.....	14
1.3.3. A dignidade da pessoa humana.....	15
CAPÍTULO II – A FILIAÇÃO E AS NOVAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	18
2.1. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	20
2.1.1. A fertilização <i>in vitro</i>	22
2.1.2. A inseminação artificial.....	22
2.2. DO DIREITO À PROCREAÇÃO E ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	23
CAPÍTULO III – O ESTABELECIMENTO DO VÍNCULO PATERNO-FILIAL NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA	26
3.1. A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL REALIZADA NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO.....	27
3.2. A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA NA UNIÃO ESTÁVEL.....	31
3.3. A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA INEXISTINDO CASAMENTO OU UNIÃO ESTÁVEL.....	34
CAPÍTULO IV – ASPECTOS CONTROVERSOS ACERCA DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA	37
4.1. GRATUIDADE, SIGILO E ANONIMATO.....	38
4.2. DIREITO AO CONHECIMENTO DA IDENTIDADE GENÉTICA.....	42
4.3. NÃO CONSTITUIÇÃO DE VÍNCULOS EM RELAÇÃO AOS DOADORES DE GAMETAS E IMPOSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO DA PATERNIDADE.....	46
CONCLUSÃO	50
BIBLIOGRAFIA	54

RESUMO

A presente monografia jurídica de graduação tem por objetivo a análise do tema atinente à questão da filiação perante a inseminação artificial heteróloga. A metodologia adotada para a confecção do trabalho consistiu na revisão de material bibliográfico pertinente ao assunto. Na etapa de redação do texto, a princípio realizou-se um breve estudo acerca das transformações ocorridas no instituto da filiação com o advento da Constituição Federal de 1988. Em um segundo momento, passou-se à análise da questão da infertilidade humana e das técnicas de reprodução assistida que surgem na tentativa de sanar esse problema. Por fim, abordou-se o tema do estabelecimento do vínculo paterno-filial ante a inseminação heteróloga, bem como algumas questões controversas que advêm de tal técnica de procriação artificial.

Introdução

A Humanidade se encontra perplexa diante dos crescentes avanços da Ciência. A cada dia são anunciadas novas pesquisas e descobertas, que revelam uma realidade inteiramente distinta daquela que até então se conhecia, derrubando dogmas outrora considerados irrefutáveis.

Especificamente no campo da biotecnologia, o progresso científico vem superando os obstáculos impostos pela medicina tradicional. De fato, jamais houve tamanha preocupação acerca de temas como as pesquisas em seres humanos, eutanásia, distanásia, engenharia genética, terapias gênicas, eugenia, clonagem de seres humanos, maternidade substitutiva, transexualidade, tecnologia de DNA, entre outros.

Diante de tais inovações tecnológicas, questiona-se se as pesquisas e estudos desenvolvidos pela ciência, sobretudo pela biotecnologia, se justificam tão-somente pelo progresso que proporcionam à humanidade ou se deveriam também estar resguardados os direitos fundamentais das pessoas. Em outras palavras, indaga-se se seria legítima a imposição de limites aos avanços científicos, quando os mesmos representassem verdadeira ameaça à dignidade e qualidade de vida das pessoas.

Na tentativa de regulamentação e controle de tais práticas científicas que envolvem a vida humana, surgem a Bioética e o Biodireito.

O termo “bioética” foi utilizado pela primeira vez na história pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselder Potter, da Universidade de Wisconsin, em Madison, em sua obra *Bioethics: bridge to the future*, de 1971. O vocábulo utilizado por Potter consiste em uma derivação das palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética), no intuito de estabelecer uma verdadeira “ética da vida”. A bioética consiste, portanto, em uma resposta da ética às novas tecnologias no âmbito das ciências médicas, a fim de estabelecer controle e limites.

O biodireito, por sua vez, é o ramo do Direito que surge com a necessidade de regulamentação jurídica das condutas biomédicas. Com efeito, no tocante aos problemas apresentados pelos avanços das ciências biotecnológicas, não se deve buscar soluções apenas na bioética; há questões que necessitam de respostas

coativas, que se encontram indubitavelmente no Direito. Nesse sentido, como bem asseverou Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, não há oposição entre bioética e biodireito, mas sim uma relação de coordenação; há a necessária juridicização de temas bioéticos, em virtude do perigo que um vazio normativo poderia representar nos conflitos intersubjetivos de interesses¹.

Um dos ramos das ciências jurídicas que mais sofreu o impacto das inovações biotecnológicas e do surgimento da bioética e do biodireito é, sem dúvida, o Direito de Família. Com a crescente preocupação da medicina em superar o problema da esterilidade, por meio de técnicas de reprodução humana assistida que propiciam a casais inférteis a realização do desejo de ter filhos, subverteu-se a pretensa estabilidade jurídica que envolvia os conceitos de paternidade e filiação.

Dentre tais técnicas, situa-se a inseminação artificial heteróloga. A inseminação artificial consiste na “técnica pela qual se obtém a fecundação sem o intercuro dos genitores, mediante processos mecânicos e com a utilização de recursos médicos, consistentes na introdução do sêmen no interior do canal genital feminino”.² Por sua vez, tem-se uma inseminação artificial na modalidade heteróloga quando o material genético utilizado pertence a um terceiro doador, e não ao marido ou companheiro da mulher que se submeterá ao procedimento, como é o caso da inseminação artificial homóloga.

Assim, é evidente que a inseminação artificial heteróloga provoca maiores dilemas éticos e jurídicos, ante a interferência de um terceiro estranho ao casal que contribuiu com seu material genético a fim de viabilizar a fecundação. O estabelecimento do vínculo paterno-filial, portanto, deixa de ser a conseqüência de um fato natural (a relação sexual), e passa a consistir em um ato de vontade do casal, fruto de um projeto parental. Colocam-se então várias questões: haveria vínculo de paternidade entre o doador e a criança concebida por meio de inseminação artificial? O indivíduo gerado teria o direito de conhecer a sua ascendência genética? Ou haveria de prevalecer o sigilo e o anonimato no procedimento? Poderia o marido da mulher que se submeteu ao procedimento impugnar a paternidade da criança sob o argumento da ausência do vínculo biológico? E poderia a mulher solteira se valer de inseminação

¹ GAMA, G. C. N. da. *A nova filiação: O Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 53.

² GOMES, R. R. A Relevância da Bioética na Construção do Novo Paradigma da Filiação na Ordem Jurídica Nacional. In: LEITE, E. O. *Grandes Temas da Atualidade: Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 341.

artificial heteróloga para obter um filho somente seu? Tais indagações permanecem desprovidas de respostas.

Em que pese tamanhas incertezas, a questão da inseminação artificial heteróloga é carecedora de detalhada disciplina jurídica no ordenamento pátrio. Atualmente, a matéria é regulamentada pela Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, e encontra-se em tramitação no Senado o projeto de lei nº 90/1999, que dispõe sobre a reprodução humana assistida. Ainda, com o advento do novo Código Civil Brasileiro (Lei 10.406, de 10.01.2002), o sistema de presunções de paternidade restou regulamentado pelo art. 1.597, que tangencia a matéria pertinente à inseminação heteróloga, em seu inciso V.³

Contudo, tal regulamentação é insuficiente, tendo em vista a necessidade de se repensar toda uma estrutura atinente ao vínculo parental. A questão referente à inseminação artificial heteróloga é de extrema importância e delicadeza, pois, além de subverter a noção de vinculação entre a paternidade biológica, jurídica e sócio-afetiva, que constituiu por muito tempo a base sobre a qual se construiu todo o Direito de Família, envolve questões éticas, morais e psicológicas que não podem ser negligenciadas pelo ordenamento jurídico.

Deste modo, o trabalho realizado tem por objetivo central a análise do problema da inseminação artificial heteróloga, à luz dos avanços da bioética e do biodireito, bem como da superação do modelo de paternidade e filiação centrado no Código Civil de 1916 com o advento da Constituição Federal de 1988. A partir do momento em que os avanços da biotecnologia possibilitaram a procriação sem contato sexual e prescindindo da contribuição genética de um dos cônjuges (como é o caso da inseminação artificial heteróloga), tornou-se necessário reformular os conceitos tradicionais de paternidade e filiação vinculados à reprodução carnal, permitindo o reconhecimento de outros critérios de estabelecimento de parentesco⁴.

O que se propõe, portanto, é um repensar acerca da questão da paternidade e da filiação no Direito Brasileiro, diante dos avanços biotecnológicos na área de reprodução humana, à luz dos preceitos bioéticos e dos princípios introduzidos no ordenamento jurídico pátrio com a Constituição Federal de 1988. Para isso, a pesquisa será dividida em quatro etapas: primeiramente, será feito um estudo acerca do tema pertinente à filiação perante o ordenamento jurídico pátrio, desde o Código Civil de

³ Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

⁴ GAMA, G. C. N.da. *Op. cit.*, p. 11.

1916 até a Constituição Federal de 1988; o segundo capítulo versará acerca da questão da filiação e as novas técnicas de reprodução humana assistida; os últimos dois capítulos abordarão o tema atinente à filiação em face da inseminação artificial heteróloga, tanto no que tange ao estabelecimento do vínculo paterno-filial quanto em relação a alguns aspectos polêmicos que envolvem a matéria.

Cumprido, por fim, ressaltar que a inseminação artificial heteróloga é técnica de reprodução humana assistida que pode ser realizada mediante utilização de sêmen alheio e óvulo próprio, ou sêmen próprio e óvulo alheio, ou ainda sêmen e óvulos alheios. O presente trabalho restringiu-se a examinar a inseminação heteróloga sob o prisma da primeira e mais freqüente hipótese, vez que a esterilidade masculina é a principal causa de procura por tal técnica de procriação artificial⁵.

⁵ Segundo Eduardo de Oliveira LEITE, "hoje, a inseminação heteróloga – objeto de tanta controvérsia – é a indicação mais comum à esterilidade masculina absoluta" (*Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 39).

Capítulo I – Da filiação no Direito Brasileiro

Os conceitos de família, paternidade e filiação, além de estarem intimamente relacionados entre si, não são universais e imutáveis: pelo contrário, sofrem alterações na medida em que se modificam os valores e o modo de pensar de uma dada coletividade.

É evidente que tal pluralidade de entendimentos acerca de um determinado instituto provoca efeitos no plano jurídico. Segundo Luiz Edson FACHIN, o Direito é um fenômeno social; logo, é impossível estudar o Direito Civil sem que se conheça a sociedade na qual ele se integra, bem como a imbricação entre suas categorias e essa sociedade⁶.

Em especial no Direito de Família, as transformações sociais, econômicas, culturais e políticas são decisivas para as mudanças normativas. A ordem normativa se adapta às modificações pelas quais passa uma dada sociedade, e com ela evolui.

Observa-se, portanto, que as mutações ocorridas em matéria familiar são recepcionadas pelo ordenamento jurídico, que as regulamenta. Nessa linha de raciocínio, escreveu Carlos Eduardo Pianovski RUZYK:

O advento de um diploma legal não opera, por si só, a mudança de uma conjuntura social, tampouco de uma estrutura, que só é observável em temporalidades mais longas. Reflete, porém, as mudanças que já se operaram, ou, ainda, atende a demandas pré-existentes por transformações. Quando em 1977, para oferecer um claro exemplo daquilo de que se está a falar, o direito brasileiro passa a admitir o divórcio, não se está, apenas pelo fato do advento da nova regra, a operar uma mudança estrutural ou mesmo conjuntural nas funções ou na composição das famílias. Está-se, todavia, a legitimar, segundo o olhar de um direito estatal, rupturas que já se operavam de fato, não porque o direito pretenda operar a desconstituição das relações conjugais, "destruir a família", mas porque a família sustentada pelo afeto perece quando este se extingue, queira ou não o direito. As rupturas de fato demandam chancela jurídica⁷.

No Brasil, as transformações sociais, políticas e econômicas, sobretudo o processo de urbanização que acarretou mutações nos costumes (de uma sociedade rural, na qual a descendência significava maior mão-de-obra para as tarefas

⁶ FACHIN, L. E. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 186.

⁷ RUZYK, C. E. P.. *Op. cit.*, p. 149.

domésticas, evolui-se para uma sociedade eminentemente urbana, na qual se diminui radicalmente o número de filhos por casal), operaram transformações no Direito de Família, sobretudo no direito da filiação. Tais transformações notam-se sensivelmente na passagem do Código Civil de 1916 à Constituição Federal de 1988, tema que será tratado a seguir.

1.1. Família e filiação: do modelo do Código Civil de 1916 à Constituição Federal de 1988.

Como bem anotou Luiz Edson FACHIN, “o Código Civil Brasileiro, a par de ser patrimonial-imobiliário, portanto um sistema nucleado em torno de uma noção patrimonial fundamental, de patrimônio imobiliário como prevalente, é coerente com a feição dos códigos do século XIX e foi fundamentalmente feito no século passado. Outro é o horizonte contemporâneo”⁸.

Desta forma, o Código Civil Brasileiro de 1916, promulgado na esteira das grandes codificações do século XIX, apresenta feições liberais, ou seja, a atuação do Estado na esfera da vida particular dos indivíduos era diminuta, propiciando a estes autonomia para a regulamentação de sua vontade.

No âmbito do Direito de Família, a codificação de 1916 nitidamente procurou proteger o aspecto patrimonial da entidade familiar, em detrimento das pessoas que a integravam. A família era então matrimonializada, patriarcal, hierarquizada e transpessoal.

Matrimonializada porque o único modelo familiar que despertava o interesse do legislador era aquele fundado no casamento. Era a denominada família “legítima”. Outras formas de constituição de família eram de todo irrelevantes para o Direito e, portanto, não eram consideradas merecedoras de proteção jurídica.

Patriarcal, vez que a chefia do núcleo familiar competia única e exclusivamente ao marido, verificando-se uma desigualdade gritante entre os papéis desempenhados pelo homem e pela mulher. Conseqüentemente, à mulher e aos filhos cabia uma posição de inferioridade na comunidade familiar; àquela cabia exclusivamente o papel de mãe, enquanto estes deviam respeito à figura paterna.

⁸ FACHIN, L. E. *Op. cit.*, p. 25.

Do aspecto patriarcal da família do Código de 1916 decorre a sua hierarquização, uma vez que, cumprindo o marido o papel de chefe da entidade familiar, sua vontade sobrepunha-se aos interesses da mulher e dos filhos. Logo, a vontade da família era expressa unicamente pela vontade do pai, que se colocava em uma posição de supremacia em relação ao grupo.

Por fim, tal modelo de família é transpessoal, vez que a legislação busca proteger essencialmente a instituição familiar, o casamento e sua estabilidade, em detrimento da felicidade e realização pessoal de seus integrantes.

Devido a tal caráter transpessoal, a busca pela estabilidade do casamento e das relações familiares se estende à filiação. De fato, os filhos, no sistema do Código Civil de 1916, eram classificados em legítimos e ilegítimos, quer a relação existente entre seus pais fosse matrimonializada ou não. Isso gerou um mecanismo de discriminação entre os filhos, em virtude da situação fática existente entre seus pais. Sobre o tema, é oportuna a transcrição de trecho de obra de Heloisa Helena BARBOZA:

As relações sem casamento eram moral, social e civilmente reprovadas, atingindo diretamente os filhos que eram classificados e conseqüentemente discriminados em função da situação jurídica dos pais. *Legítimos* eram os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que inválido, desde que contraído de boa-fé, e os legalmente presumidos como tal. *Ilegítimos* os que não procediam de justas núpcias, aqueles que não tinham sua filiação assegurada pela lei. Distinguiam-se os ilegítimos em *naturais*, assim considerados os que nasciam de homem e mulher entre os quais não havia impedimento matrimonial, e os *espúrios*, denominação que designava aqueles que descendiam de pessoas impedidas de casar por parentesco, afinidade ou casamento subsistente, vale dizer, os filhos *adulterinos* e *incestuosos*⁹.

Assim, o desenho jurídico da família no Código Civil de 1916 pode ser resumido como matrimonial, hierarquizado, patriarcal, transpessoal e patrimonializado. Em matéria de filiação, predominou a discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos.

Porém, devido às transformações sociais operadas no final do século, notadamente o processo de urbanização, a industrialização do país, o ingresso da mulher no mercado de trabalho¹⁰, etc., tal concepção de família vai se esfacelando. Segundo Silvana Maria CARBONERA, a substituição da prole numerosa por um número cada vez mais reduzido de filhos possibilitou um maior convívio entre estes e os

⁹ BARBOZA, H. H. O direito de família brasileiro no final do século XX. In: CONAILLE, J. A. *nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 90-91.

¹⁰ CARBONERA, S. M. *Op. cit.*, p. 284.

pais, ensejando um relacionamento mais próximo, fundado no afeto. O “enxugamento” da família possibilitou, assim, uma maior coesão e proximidade entre seus membros ¹¹.

A Constituição Federal de 1988 surge no contexto de um Estado de Bem-Estar Social, com uma maior intervenção do Estado na vida privada. Há nítida preocupação, pois, com o aspecto social, passando a família a ser tratada como lugar de realização do indivíduo.

Superou-se, pois, a noção transpessoal de família consagrada no Código de 1916; a prioridade agora é a proteção dos sujeitos integrantes da família, vez que a mesma passa a ser encarada como instrumento de felicidade e realização pessoal.

Com a superação da noção transpessoal de família e a valorização da pessoa e sua dignidade, abandona-se também as noções de patriarcalismo e hierarquia. Consagrou-se a plena igualdade jurídica entre os cônjuges.

O casamento perde o papel de exclusivo legitimador das relações familiares, pois se passa a reconhecer uma concepção plural de família, notadamente com a proteção conferida às uniões estáveis e às famílias monoparentais. Uma vez que a Constituição passa a reconhecer novas formas de entidades familiares que não aquelas fundadas no matrimônio, não há mais nenhum sentido em se falar de ilegitimidade na filiação. De fato, consagrou-se a igualdade entre todos os filhos, independentemente de sua origem.

Nesse sentido, Luiz Edson FACHIN ensina que, da família matrimonializada, passa-se à família informal; os interesses dos filhos, independentemente da natureza da filiação, são prioritários, vez que o afeto não é dever e a coabitação constitui um ato de liberdade ¹².

Eduardo de Oliveira LEITE ressalta que a Constituição Federal de 1988, por meio dos artigos 226, §5º e 227, §6º, provocou profunda alteração no Direito de Família: isso porque a família patriarcal, hierarquizada, organizada com base em papéis pré-determinados dá lugar à igualdade plena entre homem e mulher e à proibição de qualquer discriminação em relação à figura dos filhos¹³.

Assim, de um modelo patrimonial, hierarquizado e transpessoal contemplado pelo Código Civil de 1916, cujo objetivo principal era a proteção da estabilidade das relações familiares em detrimento dos interesses dos sujeitos que as compunham,

¹¹ CARBONERA, S. M.. *Op. cit.*, p. 283.

¹² FACHIN, L. E. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 98.

¹³ LEITE, E. O. *Direito aplicado, volume 5: direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 200.

passa-se ao modelo constitucional de família, eudemonista, que tem por escopo principal a promoção da dignidade e bem-estar das pessoas. A família deixa de atender a anseios meramente patrimoniais para fundar-se, sobretudo, no afeto, na igualdade entre os cônjuges e na proibição de discriminação entre os filhos.

1.2. Filiação jurídica, biológica e sócio-afetiva.

Conforme visto, o direito de família e, conseqüentemente, o direito de filiação sofreram um sem-número de transformações na passagem do Código Civil de 1916 à Constituição Federal, transformações estas pautadas pelo desenvolvimento da sociedade brasileira e dos valores que a informam.

Nessa travessia, há que se reconhecer a existência de três critérios que foram sucessivamente eleitos pelo ordenamento jurídico como fonte do instituto da filiação: os critérios jurídico, biológico e sócio-afetivo.

Como se sabe, o Código Civil de 1916 preocupou-se sobremaneira em garantir a estabilidade das relações familiares e do casamento. Assim, consagrou o modelo jurídico da filiação, ao estabelecer a presunção "*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*": pai é o marido da mãe, independente da correspondência ou não da verdade jurídica e da verdade biológica. Nesse sentido:

A filiação jurídica, portanto, se vincula obrigatoriamente ao casamento como valor absoluto, impondo o estabelecimento da relação de paternidade-filiação independentemente do fator biológico, já que era presumivelmente impossível que o filho de mulher casada tivesse outro pai que não o marido. Ainda que se constatasse a falta de pertinência biológica entre o homem e a criança, a lei impunha a filiação jurídica, somente ressalvando tal vínculo nos casos e prazos limitados, e no resguardo dos interesses do homem/marido, sem qualquer atenção à criança gerada e nascida. O grande argumento para a filiação legal era o resguardo à *paz doméstica* que de nenhum modo poderia ser abalada pelo ingresso de um *bastardo*, o que levava o marido a muitas vezes receber como seu, independentemente da certeza biológica¹⁴.

Portanto, o modelo codificado de 1916 fazia prevalecer a verdade jurídica, a fim de proteger os interesses da família e do patrimônio da mesma, vez que o ingresso de um filho dito ilegítimo no âmbito familiar acarretaria inevitável desestruturação e instabilidade. A filiação ilegítima posicionava-se à margem do ordenamento jurídico, e a paternidade distanciava-se de suas origens biológicas.

¹⁴ GAMA, G. C. N.da. *Op. cit.*, p. 481.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, opera-se a introdução do princípio da igualdade absoluta e irrestrita entre os filhos, independentemente de sua origem. Dissociam-se as noções de casamento e filiação: a família agora se destina à realização pessoal e felicidade de seus integrantes.

Logo, todos os filhos passam a ter o direito de ver sua paternidade estabelecida, quer a relação existente entre seus pais seja matrimonializada ou não. Desta forma, o critério biológico da filiação passa a ganhar relevo a partir do texto constitucional de 1988, no sentido de retirar qualquer restrição ou limitação para o estabelecimento da relação paterno-filial.

Concomitantemente à evolução legislativa, com a descoberta científica do ácido desoxirribonucleico, operou-se uma verdadeira "biologização da filiação": com os precisos resultados obtidos com o exame em DNA, que determina a paternidade com quase 100% de certeza, esvazia-se o sistema das presunções de paternidade. Então, nos casos de filiação oriunda de uma relação matrimonializada ou não, o exame em DNA poderá apontar efetivamente quem é o genitor da criança, conferindo tutela ao direito dos filhos de ter a sua paternidade reconhecida.

Entretanto, atualmente questiona-se acerca do verdadeiro sentido das relações paterno-filiais: afinal, a paternidade se esgota no mero ato de gerar, ou é construída por laços afetivos que se desenvolvem com a convivência entre pai e filho?

Eduardo de Oliveira LEITE considera que a verdadeira filiação só pode vingar no terreno dos laços de afetividade que unem pais e filhos, independentemente da ascendência genética¹⁵. De fato, a verdadeira paternidade se revela muito mais no amor e no desvelo que se tem para com o filho, do que na circunstância de gerar, de fornecer material genético. A paternidade é, antes de tudo, um ato de vontade, um ato de desejo de educar e servir a criança, podendo ou não decorrer de um fato biológico. Assim, nem sempre o melhor pai ou a melhor mãe será o genitor genético, já tendo a jurisprudência brasileira considerado o critério sócio-afetivo da filiação como aquele que melhor promove os interesses da criança¹⁶. Há, portanto, a superação do vínculo de sangue em favor do vínculo do afeto.

¹⁵ LEITE, E. O. *Temas de direito de família*, p. 121.

¹⁶ É o caso da seguinte decisão, em favor da paternidade afetiva em detrimento da biológica: "Negatória de paternidade. Adoção à brasileira. Confronto entre a verdade biológica e a socioafetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana. Procedência. Decisão Reformada. 1. Ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada adoção à brasileira (isto é, da situação de um casal ter registrado com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade socioafetiva, estando baseada na

Portanto, a verdade científica, materializada pelos modernos exames em DNA, só há de ser buscada quando efetivamente tutelar o melhor interesse da criança. O critério biológico pode ser sacrificado em prol do critério sócio-afetivo.

Defende-se, portanto, que o parâmetro biológico subsista apenas na ausência de outro melhor, já que o liame de consangüinidade que vincula o genitor e a criança não é garantia de amor incondicional ou de afeto automático¹⁷. De fato, o critério que verdadeiramente promove os interesses mais caros da filiação no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro é o sócio-afetivo, que estabelece uma paternidade desejada, fruto da convivência e do amor que se tem em relação aos filhos, independentemente do liame genético, que pode estar presente ou não¹⁸.

1.3. A filiação e o direito ao planejamento familiar.

Atualmente, em consonância com a concepção eudemonista de família, cogita-se em falar na existência de um direito fundamental à livre decisão quanto a ter ou não filhos. Contudo, é imperioso salientar que os efeitos do ato de gerar não se esgotam na esfera de interesses de apenas um indivíduo, vez que interferem decisivamente nos direitos fundamentais do filho, mundialmente reconhecidos.

O tema atinente aos direitos reprodutivos vem causando preocupação na maior parte do globo. Segundo Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, os primeiros

tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular adoção à brasileira, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado" (TJ/PR, Ap. Cív. n. 108.417-9, Relator Des. Accácio Cambi, j. unânime 12.12.2001).

¹⁷ GOMES, R. R. A relevância da Bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional. In: *Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito*. p. 353.

¹⁸ O novo Código Civil, em seu artigo 1.593, consagra a afetividade nas relações paterno-filiais, ao dispor que "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem". Nesse sentido, foi aprovado o enunciado 256 na III Jornada de Direito Civil, que trata da posse de estado de filho: "A posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil". Já o enunciado 103 da I Jornada de Direito Civil contemplou as hipóteses de parentesco sócio-afetivo oriundo da reprodução humana assistida, e assim dispõe: "o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse de estado de filho". CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados Aprovados: III Jornadas de Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>> Acesso em: 27. jul. 2005.

questionamentos na esfera da reprodução humana iniciaram-se com os movimentos culturais de emancipação feminina, especialmente ocorridos na década de sessenta, como a pregação do livre exercício da sexualidade e o uso da pílula anticoncepcional. Além disso, começam a causar repercussão os problemas advindos da constituição de prole numerosa por parte de famílias pobres, sobretudo nos países subdesenvolvidos, acarretando miséria, marginalização, aumento da criminalidade e impacto sobre as finanças públicas. A preocupação acerca do tema é, portanto, recente, e envolve a quase totalidade dos governos dos países ocidentais, que buscam cada vez mais a adoção de medidas no sentido de impor limites ao exercício dos direitos sexuais e reprodutivos¹⁹.

Se, por um lado, todo sujeito possui liberdade para exercer sua sexualidade, vez que tal direito encontra-se estreitamente ligado à intimidade da pessoa, por outro, deve haver certo controle por parte do Estado, a fim de que a humanidade não se veja compelida a enfrentar os prejuízos causados pela falta de informação, aumento populacional excessivo e conseqüente escassez de bens materiais para atender às necessidades de todos. Dessa forma, reside incontestável a importância da inclusão do planejamento familiar como preocupação essencial dos governos de todo o mundo.

Assim, homem e mulher devem ser livres para exercer seus direitos de liberdade sexual e planejamento familiar, decidindo quantos filhos ter, como e quando. Porém, tais decisões devem ser pautadas pela responsabilidade, e para isso o Estado deve fornecer informações a respeito dos mecanismos de controle de fertilidade, bem como propiciar o acesso a serviços de saúde adequados para atender a gestante e a futura criança.

A Constituição Federal reconhece expressamente em seu artigo 226, §7º, o direito ao livre planejamento familiar²⁰. Entretanto, tal direito, como qualquer outro, não possui caráter absoluto, uma vez que deve respeitar aos princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e, ainda, do melhor interesse da criança. Aliás, o próprio artigo 226, §7º, legitima a intervenção estatal, propiciando informação e acesso às técnicas de controle da concepção, para o livre exercício dos direitos sexuais.

¹⁹ GAMA, G. C. N.da. *Op. cit.*, p. 443-444.

²⁰ "Art. 226 (...) §7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".

A Lei nº. 9.263/1996, em nível infraconstitucional, regulamentou o artigo 226, §7º da Constituição Federal. Ela prevê que o planejamento familiar é direito de todo o cidadão²¹, e o define como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”²².

Como limites ao livre planejamento familiar, a Constituição Federal elege a dignidade da pessoa humana, a paternidade responsável e o melhor interesse da criança. Isso quer dizer que qualquer ação do homem, da mulher ou do casal tendente a violar qualquer um desses princípios não pode ser aceita como legítimo exercício do direito à liberdade sexual e reprodutiva pelo ordenamento jurídico. Assim, exemplificadamente, “não atende ao fundamento da dignidade da pessoa humana, nem muito menos, do melhor interesse da criança e da paternidade responsável a adoção de qualquer técnica de reprodução assistida sob o manto do determinismo genético para a prática de eugenia ou assemelhada”²³.

1.3.1. A paternidade responsável

Como anteriormente explicitado, por disposição expressa da Lei nº 9.263/1996 tanto o homem, como a mulher e o casal, possuem o direito de livre exercício de sua sexualidade, bem como de optar pela paternidade/maternidade ou não, o que atualmente se tornou possível em virtude da eficiência dos métodos contraceptivos.

Entretanto, ao decidir por gerar um filho, a pessoa passa a assumir inúmeras responsabilidades em relação à futura criança, notadamente quanto à sua criação, felicidade, atendimento de suas necessidades básicas (alimentação, vestuário, educação, lazer) e bem-estar. Logo, a opção por ter um filho deve ser precedida de profunda reflexão por parte dos pais, sobretudo quanto à possibilidade de oferecer uma vida digna à criança desejada.

Nesse sentido, a paternidade responsável acarreta assunção de inúmeros deveres para com o futuro filho, tanto por parte do homem, como por parte da mulher

²¹ Art 1º, Lei nº 9.263/96.

²² Art. 2º, Lei nº 9.263/96.

²³ GAMA, G. C. N.da. *Op. cit.*, p. 451.

que o gerou. Ao direito de usufruir das liberdades sexuais se contrapõem as responsabilidades adquiridas quando do nascimento da criança, que deve ter seus interesses priorizados. Daí a importância do planejamento familiar, a fim de garantir que o casal, ou o homem e a mulher individualmente considerados, tenham plena ciência das conseqüências de seus atos e dos deveres de garantir bem-estar físico, psíquico e social ao novo ser, resultado do livre exercício dos direitos reprodutivos.

É importante, portanto, a atuação estatal, no intuito de informar a sociedade acerca dos mecanismos de controle de fertilidade, permitindo que a decisão acerca da paternidade/maternidade seja feita conscientemente, de forma a atender os interesses e necessidades do novo ser humano a ser gerado. Repita-se, a opção pela paternidade/maternidade, implica em uma grande responsabilidade, da qual não é possível esquivar-se, sobretudo após o nascimento da criança. Nesta ordem de idéias coloca-se a lição de Eduardo de Oliveira LEITE:

Pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é. Mas o que o novo texto constitucional não pode aceitar – e nisto deu mostras de intenso realismo, mesmo sacrificando noções tradicionais do direito de família brasileiro – é que o ato irresponsável de pôr um novo ser no mundo possa, sob alegação legal (como ocorria até então) furtar-se das responsabilidades daí decorrentes. Mesmo que este pai não queira assumir a paternidade confirmada pelo nascimento, a responsabilidade existente em relação ao filho passa a existir desde a data do nascimento²⁴.

1.3.2. O melhor interesse da criança

A Constituição Federal de 1988 recepcionou a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, sobretudo quando dispõe 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”²⁵.

Ou seja, houve uma importante modificação nas relações paterno-filiais: o filho deixa de ser considerado, com acerto, como mero objeto, para ser elevado à

²⁴ LEITE, E. O. *Temas de direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 101.

²⁵ Art. 227, *caput*, CF.

categoria de sujeito de direito, merecedor de especial proteção do ordenamento jurídico no âmbito familiar.

O Direito confere, portanto, absoluta prioridade aos interesses da criança e do adolescente, em detrimento dos interesses dos pais. Isso porque a criança e o adolescente, como seres humanos em processo de formação psíquica e social, necessitam de especial proteção. Nesse sentido, foi promulgada em 1990 a Lei nº 8.069/90, o denominado Estatuto da Criança e do Adolescente, conferindo a todas as crianças e adolescentes a proteção especial do direito à vida, saúde, liberdade, dignidade, e à convivência familiar e comunitária. Tudo isso com o objetivo de possibilitar “o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”²⁶.

Guilherme Calmon Nogueira da GAMA considera que o princípio do melhor interesse da criança ganha especial importância diante da temática do planejamento familiar, não se restringindo seu alcance apenas às crianças e adolescentes presentes, mas também àqueles futuros, fruto do exercício responsável dos direitos reprodutivos por parte de seus pais. Nesse sentido, afirma-se que o melhor interesse da criança engloba inclusive as gerações futuras, servindo como poderoso instrumento para coibir abusos no exercício das liberdades sexuais e reprodutivas²⁷.

Portanto, qualquer ato do homem, mulher ou casal, relacionado ao exercício do direito ao planejamento familiar e às liberdades sexuais e reprodutivas, que de alguma forma for contrário aos interesses da criança, deve ser integralmente repudiado. Isso porque, no conflito entre tais interesses, deve sempre prevalecer o do menor. Este, por ser pessoa em fase de formação, goza de especial tutela e proteção do ordenamento jurídico.

1.3.3. A dignidade da pessoa humana

²⁶ Art. 3º, Lei nº 8.069 de 1990.

²⁷ GAMA, G. C. N.da. *Op. cit.*, p. 462-463.

A Constituição Federal de 1988 elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana²⁸ como valor fundamental da República²⁹, além de inseri-la expressamente no artigo 226, §7º, como princípio norteador do planejamento familiar.

Neste último sentido, a dignidade da pessoa humana possui duplo aspecto: o primeiro é a tutela da dignidade da pessoa ou casal, que possui o direito de exercer seus direitos reprodutivos livre da ingerência estatal ou de qualquer instituição privada. O segundo aspecto, por sua vez, contempla a dignidade do novo ser humano, do filho nascido em virtude da procriação do casal. Deve-se buscar compatibilizar esse dois interesses, por meio de políticas públicas visando a informar e educar a sociedade para um planejamento familiar adequado.

Não se trata de coibir o acesso às técnicas de reprodução humana assistida, ou permitir o controle do planejamento familiar por parte do Estado, o que feriria flagrantemente o art. 226, §7º, da Constituição Federal. O direito ao livre exercício da sexualidade e dos direitos reprodutivos é, repita-se, garantido constitucionalmente. Contudo, tais direitos não são absolutos, já que a eles eventualmente pode se contrapor o interesse da futura criança, que goza de especial proteção, por força do princípio do melhor interesse da criança. Portanto, o direito fundamental à reprodução humana não possui caráter absoluto, como nenhum outro direito, inclusive a própria dignidade da pessoa humana.

Diante de tudo o que foi exposto, portanto, podemos enunciar os seguintes princípios reconhecidos no texto constitucional de 1988 em matéria de Direito de Família e Filiação: a) o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III); b) princípio da tutela à família, independentemente de sua espécie (art. 226, *caput*); c) princípio da igualdade entre os cônjuges (art. 226, §5º); d) princípio da paternidade responsável, vinculado ao princípio do melhor interesse da criança (art. 226, §7º);

²⁸ José Afonso da SILVA realiza a distinção entre princípios, normas e regras: "As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são (como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) 'núcleos de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional" (SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 91-92).

²⁹ "Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III- a dignidade da pessoa humana".

e) princípio da isonomia entre os filhos, independentemente de sua origem (art. 227, §6º).

A partir de tais princípios deve ser analisada a questão envolvendo a filiação decorrente de técnicas de reprodução humana assistida, mais especificamente a filiação advinda de inseminação artificial heteróloga, levando-se em consideração as descobertas e avanços da biotecnologia. É o que será abordado nos capítulos seguintes da presente pesquisa.

Capítulo II – A filiação e as novas técnicas de reprodução humana assistida

A questão da infertilidade sempre foi objeto de preocupação ao longo da história da humanidade. Desde os primórdios da civilização humana, a fertilidade esteve ligada à noção de dádiva divina, enquanto que a esterilidade sempre foi tratada como algo negativo. Eduardo de Oliveira LEITE anota que, em Roma, a esterilidade feminina condenava a mulher a uma situação de rejeição, e mesmo de repúdio do marido, sendo que, naquela época, sequer se cogitava da possibilidade de ocorrer a infertilidade masculina³⁰.

Se outrora a infertilidade era encarada como um problema insanável, ou pelo menos de difícil resolução, atualmente, com os avanços das ciências biomédicas, ela pode ser contornada por meio do emprego de técnicas de reprodução humana assistida. Nesse sentido, é a lição de Eduardo de Oliveira LEITE:

A procriação artificial surge como meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de ter filhos em benefício de um casal estéril. Considerada com circunspeção por alguns, com reservas por outros e mesmo com hostilidade por terceiros (em razão dos meios utilizados e das conseqüências que podem resultar para o interesse maior da criança e o interesse dos pais), a procriação artificial, apesar dos excelentes resultados já alcançados, capazes de contornar a infertilidade, ainda provoca diversidade de opiniões, mas também, convergência sobre pontos essenciais, cuja validade continua sendo inegável: nem a inseminação artificial, nem a fecundação "in vitro", nem a maternidade por substituição não curam a esterilidade que as motivam. São paliativos, são tratamentos capazes de dar filhos a quem a natureza os negou. Assim como a adoção, tradicionalmente admitida no terreno mais conservador e formal do mundo jurídico³¹.

Foi John Hunter, no final do século XVIII, quem realizou a primeira gestação por meio de inseminação artificial, com o depósito de uma determinada quantidade de sêmen no canal vaginal. Mais tarde, no século XIX, o americano Willian Pancoast

³⁰ LEITE, E. O. *Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.p. 18.

³¹ LEITE, E. O. *Op. cit.*, p. 26.

obteve, com sucesso, a primeira inseminação artificial realizada com sêmen de doador³².

Porém, foi com o nascimento de Louise Brown, o primeiro bebê concebido em laboratório no mundo, na Inglaterra, em julho de 1978, que se popularizou a prática da reprodução humana assistida, com o surgimento de clínicas especializadas criadas para tal fim.

Muito embora a ciência biomédica venha se desenvolvendo rapidamente, criando novas técnicas e procedimentos com o intuito de contornar a infertilidade humana, subsiste uma espécie de estigma em relação à infecundidade. A opção pelo emprego de qualquer mecanismo de procriação artificial não raro é acompanhada de dor, dúvidas e incertezas, e por um sentimento de inferioridade do casal infértil.

A pressão da sociedade e da família ante a ausência de prole provoca um sentimento de angústia e frustração, podendo afetar o equilíbrio psicológico e social do sujeito, acarretando desequilíbrio em sua saúde e bem-estar.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Reprodução Assistida, há estimativa de que entre 15% e 17% dos casais em idade fértil sejam atingidos pela infecundidade. As causas podem ser tanto masculinas e femininas, sendo que cada uma representa um percentual de 40% dos casos de infertilidade³³.

Ainda, conforme dados da OMS, obtidos no censo realizado em 2002, a cada ano são diagnosticados cerca de 482.229 novos casos de infertilidade humana, o que representa 0,284% da população mundial. Conforme dados da referida entidade, cerca de 80 milhões de pessoas no mundo são inférteis e, desse montante, 30% dos casos exigem tratamento via reprodução assistida³⁴.

No caso brasileiro, conforme a justificativa apresentada pelo Deputado Lamartine Posella no Projeto de Lei nº 4.665/2001, há oito milhões de casais inférteis, sendo que foram realizadas 6000 tentativas de fecundação mediante procriação artificial em 2000, das quais resultou o nascimento de 2000 crianças.

Ante tais estatísticas, pode-se afirmar que a reprodução humana assistida constitui verdadeiro tratamento médico, já que se destina a resolver um problema ligado à saúde.

O seu emprego, porém, ainda gera muita polêmica ante todas as dificuldades que o procedimento envolve e as conseqüências que acarreta. Contudo, não há como

³² RIBEIRO, G. P. L. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. In: SÁ, M. F. F. *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 284.

³³ Disponível em: <www.lbrra.com.br> Acesso em 12/09/2005.

³⁴ Disponível em: <www.sbrh.med.com.br> Acesso em 15/07/2005.

refutar os bons resultados obtidos com a reprodução artificial, o que acarreta a crescente procura por tais meios de procriação. São várias as técnicas que podem ser utilizadas para contornar a esterilidade, o que será objeto do tópico seguinte.

2.1. Técnicas de reprodução humana assistida.

Álvaro Villaça AZEVEDO preceitua que “reprodução humana assistida é a fecundação, com artificialidade médica, informada e consentida por escrito, por meio de inseminação de gametas humanos, com probabilidade de sucesso e sem risco grave de vida ou de saúde, para a paciente e para seu futuro filho”³⁵.

Assim, diversas técnicas de reprodução humana assistida podem ser empregadas no tratamento da esterilidade, dependendo do problema que apresentar o casal³⁶.

Quando a infertilidade atingir o marido, por ausência de espermatozóides ou produção em quantidade inferior à necessária, utilizar-se-á a inseminação artificial heteróloga, ou seja, a inseminação realizada com a participação de um doador de sêmen.

Por outro lado, se for o caso de os espermatozóides apresentarem algum tipo de deficiência para fecundar o óvulo, poderá se recorrer à inseminação artificial homóloga (inseminação realizada com material genético oriundo do próprio casal, sem a interferência de terceiros), ou à transferência direta do espermatozóide ou do óvulo na trompa, técnica essa conhecida como GIFT (*Gamete IntraFallopian Transfer*).

Se a pessoa acometida pela infertilidade for a mulher, em caso de trompas ausentes ou obstruídas, recorre-se à fertilização “in vitro”, na qual o encontro do óvulo e do espermatozóide não se dá no seio materno, mas em laboratório. Formado o embrião, este é transferido para o útero.

Porém, se a situação for de ausência de óvulos, o casal pode valer-se da doação de óvulos, ou mesmo da doação de embriões. Por fim, quando a infertilidade

³⁵ AZEVEDO, A. V. Ética, direito e reprodução humana assistida. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 729, jul. 1996. p. 44.

³⁶ Assim dispõe a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina: “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”.

estiver relacionada a problemas com o útero, recorre-se à mãe de substituição, diferenciando assim os papéis da mãe gestadora e da mãe portadora.

Tais possibilidades e técnicas de reprodução humana assistida estão sintetizadas no quadro a seguir, elaborado por Eduardo de Oliveira LEITE³⁷:

<i>Técnicas</i>	<i>Indicações médicas</i>		<i>Origem dos gametas</i>
IAC (Inseminação Homóloga)	1)Hipofertilidade 2)Perturbações das relações sexuais 3)Esterilidade secundária após tratamento esterilizante		óvulo da esposa + espermatozóide do marido
IAD (Inseminação Heteróloga)	1)Esterilidade masculina definitiva 2)Doenças hereditárias		óvulo da esposa + espermatozóide de um doador
GIFT	1)Hipofertilidade inexplicada do casal 2)Hipofertilidade masculina 3)Endometriose		óvulo da esposa + espermatozóide do marido
FIV	1)Esterilidade tubária feminina 2)Hipofertilidade masculina 3)Endometriose 4)Esterilidade inexplicada		óvulo da esposa + espermatozóide do marido
FIV + DOAÇÃO DO ESPERMA	Esterilidade tubária feminina + Esterilidade masculina		óvulo da esposa + espermatozóide de um doador
FIV + DOAÇÃO DO ÓVULO	1)Esterilidade feminina por ausência de óvulos 2)Doenças hereditárias		óvulo de uma doadora + espermatozóide do marido
DOAÇÃO DE EMBRIÃO	1)Esterilidade feminina e masculina por ausência de óvulos e espermatozoides 2)Doenças hereditárias	Embrião congelado dado por um terceiro casal	óvulo de uma doadora + espermatozóide de um doador
MÃE DE SUBSTITUIÇÃO	Esterilidade feminina por impossibilidade de gestação	FIV a partir dos gametas do casal	óvulo da esposa + espermatozóide do marido
	Esterilidade feminina por ausência de óvulos e impossibilidade de gestação	Doações de óvulo + IA com esperma do casal	óvulo de uma doadora + espermatozóide do marido

³⁷ LEITE, E. O. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 29.

2.1.1. A fertilização *in vitro*.

A fertilização *in vitro* consiste na técnica de reprodução humana assistida que propicia o encontro dos gametas feminino e masculino fora do corpo materno, com posterior transferência do embrião para o útero.

O procedimento possui várias etapas. Primeiramente, realiza-se uma estimulação ovariana, a fim de obter um elevado número de óvulos a serem fecundados. Após, realiza-se a coleta de tais óvulos, mediante uma punção no ovário. Em seguida, os óvulos são armazenados em um meio de cultura.

Os espermatozóides são também colhidos, selecionados e armazenados em meio de cultura.

Por fim, os óvulos e espermatozóides são colocados em meio de cultura que reproduz o ambiente da trompa de falópio, local onde naturalmente ocorreria a fecundação. Uma vez obtida a fusão dos gametas, o futuro embrião será transferido para o útero materno, e desenvolver-se-á a gestação³⁸.

2.1.2. A inseminação artificial.

A inseminação artificial, por sua vez, consiste na introdução de sêmen na cavidade uterina da mulher, por meio de uma sonda. Após a inserção, os espermatozóides dirigem-se naturalmente para as trompas de falópio, onde deverá ocorrer a fecundação do óvulo.

O sêmen é obtido por masturbação, e posteriormente é preparado em laboratório com o objetivo de selecionar os espermatozóides normais e com maior mobilidade.

Costuma-se submeter a mulher, também na inseminação artificial, à medicamentos que provocam uma hiperestimulação ovariana, com o intuito de aumentar as chances da fecundação com a produção de um maior número de óvulos³⁹.

³⁸ RIBEIRO, G. P. L. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. In: SÁ, M. F. F. *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 288.

³⁹ RIBEIRO, G. P. L. *Op. Cit.* p. 287.

2.2. Do direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida.

Durante muito tempo, a procriação foi considerada como um dos fins do casamento. O Direito, influenciado pela doutrina cristã, considerava a função reprodutiva como verdadeiro dever dos cônjuges, fruto da satisfação do débito conjugal.

Atualmente, superada a noção de reprodução como finalidade do matrimônio, discute-se em doutrina acerca da existência de um direito à procriação. Heloisa Helena BARBOZA salienta que, internacionalmente, existe um consenso no sentido de se afirmar que o “right to procreate” tem um conteúdo negativo, ou seja, “atribui ao indivíduo uma defesa contra qualquer privação ou limitação, por parte do Estado, da liberdade de escolha quanto a procriar ou não”⁴⁰.

Contudo, com a popularização do emprego das técnicas de reprodução humana assistida, cogita-se atualmente em considerar a existência de um direito reprodutivo positivo. Assim, dentro da denominada “autonomia reprodutiva”, tem o casal liberdade para decidir se quer reproduzir-se e quando o fará. Porém, para além deste direito reprodutivo negativo, ligado à possibilidade de utilização de métodos contraceptivos, fala-se hoje, também, em um direito reprodutivo de caráter positivo. Com efeito, graças ao desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, é possível ao casal escolher também como deseja se reproduzir.

No Brasil, a “autonomia reprodutiva”, bem como o acesso às informações e aos meios necessários para a sua realização, encontram-se assegurados pela Constituição Federal em seu artigo 226, §7º, o qual, conforme anteriormente visto, estabeleceu que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Assim, verifica-se que o “direito reprodutivo”, referido, constitucionalmente, como “direito ao planejamento familiar”, recebeu guarida no ordenamento jurídico pátrio, tanto em sua feição positiva como negativa. Como bem asseverou Jussara Maria Leal de MEIRELLES, “o desejo de gerar um filho e a conseqüente busca aos recursos da reprodução assistida estão contidos no princípio constitucional referente ao planejamento familiar”⁴¹.

⁴⁰ BARBOZA, H. H. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, E. O. *Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p. 157.

⁴¹ MEIRELLES, J. M. L. Filhos da reprodução assistida. In: PEREIRA, R. C. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 394.

Entretanto, cumpre alertar que os denominados “direitos reprodutivos” não podem ser encarados como absolutos; conforme estabelecido no capítulo anterior, o direito ao planejamento familiar encontra limites nos princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente. Tudo no intuito de proteger os direitos fundamentais do filho, que não pode ser considerado, em hipótese alguma, mero instrumento para a satisfação dos interesses paternos.

Assim, estando assegurado o direito à procriação, ou ao planejamento familiar, com os limites que lhe são inerentes, restam algumas observações acerca do direito à perpetuação da espécie via reprodução humana assistida.

Segundo Gustavo Pereira Leite RIBEIRO, o desejo de ter filhos é inato ao ser humano. Por outro lado, contra a plena realização de tal desejo, coloca-se a esterilidade humana. Na tentativa de superar tal problema, recorreu-se, em primeiro lugar, à adoção e, atualmente, também às técnicas de reprodução assistida⁴².

Dessa forma, entende-se que o acesso às técnicas de procriação artificial integra o direito ao planejamento familiar, por representarem uma tentativa da medicina de dar filhos aos casais que pelos meios ditos naturais não os podem obter. Nesse sentido, afirma Jussara Maria Leal de MEIRELLES:

Admite-se, dessa forma, que os distúrbios da função reprodutora constituem um problema de saúde, devendo o Estado assumir a responsabilidade quanto ao acesso das pessoas aos tratamentos para a esterilidade e o recurso à reprodução assistida (R.A), respeitando-se o princípio da liberdade e o direito à privacidade, e, concomitantemente, garantindo à criança nascida através de tais técnicas a proteção integral assegurada pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente da ONU, pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente⁴³.

Ainda, a adoção de qualquer técnica de reprodução humana assistida, como legítimo exercício dos direitos reprodutivos, ou planejamento familiar, deve levar em consideração os interesses da criança a ser gerada. Daí a afirmação de Gustavo TEPEDINO:

as técnicas de procriação assistida, para serem compatíveis com a ordem constitucional, devem se dissociar de motivações voluntaristas ou especulativas, prevalecendo sempre, ao contrário, quer como critério interpretativo, quer como premissa de política legislativa, o

⁴² RIBEIRO, G. P. L. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. In: SÁ, M. F. F. *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 296.

⁴³ MEIRELLES, J. M. L. *Op. Cit.* p. 394.

melhor desenvolvimento da personalidade da criança e sua plena realização como pessoa inserida no núcleo familiar⁴⁴.

Embora o direito à procriação artificial esteja assegurado ao casal casado, muito se discute acerca da possibilidade de pessoas solteiras ou em união estável valerem-se de tais técnicas de reprodução, sobretudo na modalidade heteróloga. Argumenta-se que tal acesso indiscriminado poderia ferir frontalmente os interesses da criança, que possui o direito de se desenvolver em uma comunidade familiar estável, composta de pai e mãe. Tais aspectos serão abordados no capítulo seguinte, que versará sobre o problema da filiação ante a prática de inseminação artificial heteróloga.

⁴⁴ TEPEDINO, G. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 415-416.

Capítulo III – O estabelecimento do vínculo paterno-filial na inseminação artificial heteróloga

Segundo Heloisa Helena BARBOZA, “entende-se por inseminação artificial (...) a obtenção da fecundação, que é sempre natural, por processos mecânicos e com a utilização de recursos médicos, através da introdução do esperma no interior do canal genital feminino, *sem* ocorrência do ato sexual. Em outras palavras, é a introdução de esperma no aparelho genital de uma mulher por todos os outros meios que não a relação sexual”⁴⁵.

Em julho de 1978, nascia Louise Joy Brown, a primeira criança concebida por inseminação artificial, em Oldham, Inglaterra. “A partir deste evento, a técnica de fecundação artificial foi se desenvolvendo, sendo a inseminação artificial empregada com muita frequência na atualidade”⁴⁶.

Denomina-se “homóloga” ou “auto-inseminação” aquela que é realizada com o material genético do marido, eis que, embora haja a possibilidade de procriação devido à produção de sêmen, não há possibilidade de inseminação natural intravaginal, por não ser possível manter a relação sexual. Tal situação pode ocorrer devido a diversas anomalias físicas do homem e da mulher, tais como anomalias do conduto urinário, transtornos de ereção, impossibilidade de introdução do pênis, fissuras, inflamações e erosões do colo do útero, entre outras⁴⁷.

A inseminação artificial “heteróloga”, ou “hetero-inseminação”, por sua vez, é aquela feita com sêmen de doador, em razão da esterilidade do marido por problemas como azoospermia, anomalias do pênis, contra-indicação para procriar devido a caracteres somáticos, etc.⁴⁸.

⁴⁵ BARBOZA, H. H. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 45.

⁴⁶ SZANIAWSKI, E. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual: estudo sobre o transexualismo: aspectos médicos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 142-143.

⁴⁷ BARBOZA, H. H. *Op. Cit.*, p. 45-46.

⁴⁸ BARBOZA, H. H. *Op. cit.*, p. 46.

A inseminação artificial homóloga não tem encontrado maiores objeções tanto no plano ético como jurídico, sendo considerada um serviço da medicina à vida humana, uma vez que o material genético provém integralmente do casal⁴⁹.

Por outro lado, a inseminação artificial heteróloga provoca indagações religiosas⁵⁰, éticas e jurídicas, vez que a mesma só pode ser realizada mediante a doação de material genético proveniente de pessoa estranha ao casal, dissociando a figura paterna do genitor⁵¹. Nas palavras de Luiz Edson FACHIN, “a incerteza quanto à paternidade superlativizou-se, e nesse horizonte de incógnitas abrem-se as portas para examinar a ausência de conceito monolítico da paternidade e anunciar a necessidade de um amplo repensar a base e a estrutura das relações paterno-filiais”⁵².

3.1. A inseminação artificial heteróloga realizada na constância do casamento.

Conforme anteriormente dito, entende-se por inseminação artificial heteróloga a técnica de reprodução humana assistida consistente na introdução de sêmen de doador no canal vaginal feminino. Portanto, em se tratando de mulher casada, a inseminação é realizada com material genético de terceiro estranho ao do marido.

⁴⁹ LEITE, E. O. *Op. cit.*, p. 40.

⁵⁰ Sobre o aspecto religioso, é oportuno destacar que o Vaticano, no documento denominado “Instrução sobre o respeito da vida humana nascente e a dignidade da procriação”, publicado em 1987 pelo então Cardeal Joseph Ratzinger, refuta a possibilidade de emprego de inseminação artificial heteróloga para contornar a esterilidade humana. Assim: “*Heterologous artificial fertilization is contrary to the unity of marriage, to the dignity of the spouses, to the vocation proper to parents, and to the child’s right to be conceived and brought into the world in marriage and from marriage (...). Heterologous artificial fertilization violates the rights of the child; it deprives him of his filial relationship with his parental origins and can hinder the maturing of his personal identity (...). These reasons lead to a negative moral judgment concerning heterologous artificial fertilization: consequently fertilization of a married woman with the sperm of a donor different from her husband and fertilization with the husband’s sperm of an ovum not coming from his wife are morally illicit. Furthermore, the artificial fertilization of a woman who is unmarried or a widow, whoever the donor may be, cannot be morally justified*”. JOSEPH R., Cardeal. Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e à dignidade da procriação. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/faith/documents/c_19870222_respect-for-human-life_en.html> Acesso em: 27 jul. 2005.

⁵¹ Parte da Doutrina entende pela impossibilidade de tal modalidade de inseminação artificial. Nesse sentido, transcreve-se a colocação de Álvaro Villaça AZEVEDO: “Após as colocações feitas, sou favorável, tão-somente, à inseminação homóloga (...). A inseminação heteróloga (...) fere a legislação vigente e as bases do Direito Natural”. (Ética, direito e reprodução humana assistida. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. RT, vol. 729, 1996, p. 51).

⁵² FACHIN, L. E. *Da paternidade; relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 50.

Nesta situação, tendo em vista a interferência de um terceiro no processo reprodutivo, que doa seu material genético para possibilitar a fecundação, constata-se a dificuldade de estabelecimento da paternidade. Seria o pai o ascendente biológico, que doou o sêmen, ou o vínculo parental recairia sobre o marido da mulher que se submeteu à inseminação e com ela consentiu?

Por muito tempo, a paternidade se fundamentou como o resultado de uma relação sexual entre o homem e a mulher. Em razão disso, estabeleceu-se o critério de presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, isto é, pai é o marido da mãe, ou seja, pai é quem manteve relações sexuais com a mãe, no período provável da concepção. Como se verificou no primeiro capítulo do presente trabalho, o Código Civil de 1916 estruturou seu sistema de presunção de paternidade partindo de tal premissa, onde a conjunção carnal constitui pressuposto imprescindível para o estabelecimento do vínculo paterno-filial.

Com o advento das técnicas de reprodução humana assistida, dissociou-se a procriação do ato sexual, ou seja, atualmente é possível o sexo sem o risco de filhos, haja vista os avanços em matéria de métodos contraceptivos, bem como é possível ter filhos sem sexo, por meio de procriação artificial. Isto atingiu profundamente os princípios nos quais sempre se assentou a paternidade. Nesse sentido, afirma Eduardo de Oliveira LEITE:

No processo natural de procriação, a criança só pode nascer do encontro carnal de seus pais. A premissa se relativiza desde o instante em que se considera a procriação artificial. A inseminação artificial dissocia a sexualidade da reprodução, no momento em que reconhece a utilização de gametas estranhos ao casal. O vínculo natural e jurídico do filho com seu pai e mãe, não mais pode depender exclusivamente da procriação "nupcial", ou "matrimonial". A filiação deixa de ser exclusivamente biológica, mas também passa a ser desejada e sobretudo vivida⁵³.

Assim, para o estudo da filiação proveniente das técnicas de reprodução humana assistida, mais especificamente da inseminação artificial heteróloga, é necessário considerar outro critério que não o biológico, vez que a figura paterna, neste caso, dissocia-se da figura do genitor genético (doador de gametas). Desmorona, portanto, o sistema de presunções estabelecido na codificação de 1916, em prol da primazia da afetividade na filiação.

Nesse aspecto, há que se distinguir os critérios jurídico, biológico e sócio-afetivo em relação à filiação advinda de inseminação artificial heteróloga. Evidente que, nesta situação, se tomaria insustentável defender as presunções de paternidade

⁵³ LEITE, E. O. *Procriações artificiais e o direito*. P. 360-361.

estabelecidas pela codificação civil; pai não pode ser quem manteve relações sexuais com a mãe no período provável da concepção, vez que aqui se dissocia o ato sexual do ato de gerar.

Por outro lado, restaria uma incerteza acerca da adoção da verdade biológica ou sócio-afetiva para o estabelecimento do vínculo paterno-filial na inseminação artificial heteróloga; indaga-se se o pai seria aquele que contribui com o sêmen, ou aquele que efetivamente participou de um projeto parental, que desejou a criança fruto de procriação artificial.

Colocam-se aqui então duas possíveis paternidades: a biológica (do terceiro que contribuiu com esperma) e a afetiva (do marido que concordou com a inseminação).

Os adeptos do critério sócio-afetivo da filiação não vacilariam em responder que a paternidade se estabelece em relação ao marido que consentiu com o procedimento de reprodução humana assistida, vez que é este quem verdadeiramente deseja a criança, quem efetivamente participa de um projeto parental⁵⁴.

Até pouco tempo, porém, não houve disposição legislativa que versasse sobre a matéria.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil (Lei nº. 10.406 de 2002), a temática atinente à inseminação artificial heteróloga passa a ter disciplina expressa⁵⁵.

O artigo 1.593 do novo texto codificado dá suporte a um outro tipo de parentesco que não aquele resultante de consangüinidade⁵⁶. Recepçiona, portanto, o parentesco sócio-afetivo que, conforme visto, é o que melhor se coaduna com as procriações artificiais.

Para Eduardo de Oliveira LEITE, a “outra origem” do parentesco prevista na parte final do referido dispositivo legal refere-se concretamente às hipóteses de filiação

⁵⁴ Sobre o tema, ensina Eduardo de Oliveira LEITE: “Os problemas suscitados pelas procriações artificiais (especialmente aqueles decorrentes da inseminação artificial e da fecundação in vitro) obrigam o mundo jurídico a encarar a verdade social aproximando a regra jurídica da realidade. A evolução médico-científica comprovou que a verdadeira paternidade não mais pode se reduzir apenas à autoria genética da descendência”. (*Op. cit.*, p. 363).

⁵⁵ Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 I- nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
 II- nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
 III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
 V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

⁵⁶ “Artigo 1.593: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

proveniente de reprodução assistida. O que o artigo 1.593 estabeleceu é que o parentesco pode ser natural ou civil, resultando ou da consangüinidade ou da afetividade, já que as hipóteses de procriação artificial estão muito mais ligadas ao elemento voluntário e sócio-afetivo da filiação, independentemente do fator ou origem biológica⁵⁷.

O artigo 1.597 do Código Civil, por sua vez, trata das presunções de paternidade na constância do casamento⁵⁸. Nos dois primeiros incisos, o legislador reafirma a presunção tradicional de concepção, fundada na relação de causa e efeito entre cópula e procriação. Nos incisos subseqüentes, enfrenta a questão da procriação dissociada da relação sexual, ou seja: a inseminação homóloga (inciso III); os embriões excedentes em decorrência da fertilização *in vitro* (inciso IV); e, por fim, a inseminação artificial heteróloga (inciso V).

Logo, o inciso V do artigo 1.597 do novo Código Civil pôs fim à tormentosa questão acerca do estabelecimento da paternidade na inseminação artificial heteróloga: pai será, portanto, o marido da mãe.

Questão essencial que se coloca aqui é a existência ou não de consentimento do marido. Isso porque o referido dispositivo legal prevê a presunção de paternidade do marido, desde que este tenha previamente consentido com a inseminação heteróloga de sua mulher. Portanto, se o procedimento se deu sem o seu consentimento, poderá impugnar a paternidade que lhe foi atribuída.

Quanto à natureza de tal consentimento, a lei utiliza-se da expressão "autorização". Melhor teria andado o legislador se tivesse se referido, assim como o fez com precisão a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina⁵⁹, ao

⁵⁷ LEITE, E. O. Bioética e presunção de paternidade (considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil). In: _____ *Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 23.

⁵⁸ Parte da doutrina critica a inserção do sistema de presunção de paternidade no Código Civil de 2002, o qual possui como fundamento a fidelidade conjugal da mulher, por meio do estabelecimento de prazos relativos ao período provável de concepção e gestação, por não se coadunar com a moderna noção de paternidade sócio-afetiva. Nesse sentido, coloca-se a observação de Paulo Luiz Netto LÔBO: "Todavia, sob o ponto de vista da família socioafetiva prezada pela Constituição, que relativiza a origem biológica, essa presunção não é determinante da paternidade ou da filiação, pois, independentemente da fidelidade da mulher, pai é o marido ou o companheiro que aceita a paternidade do filho, ainda que nascido antes do prazo de 180 dias do início da convivência, sem questionar a origem genética, consolidando-se o estado de filiação. Não se deve esquecer que a origem dessa presunção, e sua própria razão de ser, antes da Constituição, era a atribuição da legitimidade ou ilegitimidade da filiação" (LÔBO, P. L. N. *Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1591 a 1693, volume XVI*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 49).

⁵⁹ Tal resolução, baixada em 11 de novembro de 1992 pelo Conselho Federal de Medicina, tem por objetivo compatibilizar o emprego das técnicas de reprodução humana assistida nos casos de infertilidade humana com os princípios da ética médica.

“consentimento informado”⁶⁰: ou seja, deve haver um prévio processo informativo, a fim de que o paciente tenha ciência de todos os benefícios e riscos acerca do tratamento médico a ser empregado, no caso, a inseminação artificial heteróloga de sua esposa.

A necessidade de um procedimento de consentimento informado decorre, segundo a doutrina, da inviolabilidade do corpo. Assim, qualquer interferência médica que atinja o corpo da pessoa só pode ser praticada se houver uma concordância clara e precisa, sem ambigüidades, sob pena de grave violação da liberdade do indivíduo⁶¹.

Por fim, é imprescindível que o consentimento do marido, ou sua autorização para a prática da inseminação artificial heteróloga, seja anterior ao início do procedimento. O inciso legal corretamente assim dispôs, a fim de se evitar uma possível impugnação da paternidade após iniciada a gestação, o que se configura de todo inadmissível.

Portanto, tendo em vista a disposição expressa do artigo 1.597 do novo Código Civil, que atribuiu a presunção de paternidade ao marido que consentiu na inseminação heteróloga de sua mulher, sanam-se eventuais controvérsias que poderiam surgir em relação ao estabelecimento da paternidade nestes casos. No entanto, remanescem dúvidas acerca da possibilidade de impugnação da paternidade por parte do marido, sobretudo quando o procedimento se der sem o seu consentimento. Ainda, é incerto o tema atinente à inseminação artificial realizada em pessoas não casadas, o que será abordado a seguir.

3.2. A inseminação artificial heteróloga na união estável.

A Constituição de 1988, na tendência de repersonificação do Direito de Família, confere expressamente tutela jurídica às uniões estáveis (união de fato entre homem e mulher), conforme redação de seu artigo 226, §3^o⁶².

⁶⁰ Sobre o consentimento informado, dispõe a Resolução nº 1.358/92: “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”.

⁶¹ LEITE, E. O. *Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 142-143.

^{62a} Artigo 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Assim, diante da proteção conferida pelo texto constitucional à união estável, poder-se-ia chegar à conclusão de que o emprego de técnicas de reprodução humana assistida, notadamente a inseminação artificial heteróloga, quando o companheiro da mulher padecer de alguma patologia que inviabilize sua capacidade de procriar pelos meios ditos naturais, é perfeitamente possível. Alguns autores, porém, alertam para algumas questões controversas que podem advir do emprego de técnicas de reprodução humana assistida no âmbito das uniões livres.

Eduardo de Oliveira LEITE salienta a ausência de formalidades na ligação de fato entre homem e mulher, repercutindo em uma ausência de direitos e deveres, vez que a união é estabelecida tão-somente pela vontade dos companheiros. Assim, reconhece-se que mesmo que haja o desejo da filiação, o recurso dos companheiros às técnicas de reprodução assistida não se equipara ao compromisso existente no casamento de criar uma criança em uma comunidade de vida estável e segura⁶³.

Heloisa Helena BARBOZA adverte que a proteção constitucional conferida às sociedades de fato não derogou um dos efeitos do casamento, qual seja, o de firmar a presunção de paternidade dos filhos dele provenientes, decorrente dos deveres de coabitação e fidelidade impostos pelo matrimônio. Não se trata de discriminação, mas sim de uma situação jurídica decorrente do casamento, que é ato solene⁶⁴.

Não militaria, pois, a presunção de paternidade prevista no inciso V do artigo 1.597 do Código Civil em favor do filho concebido na constância de uma união estável por prática de inseminação artificial heteróloga, sendo necessário o reconhecimento de paternidade.

Se negado tal reconhecimento pelo companheiro, haverá grandes riscos de a criança ficar sem pai, visto que não há presunção de paternidade em seu favor, tampouco possibilidade de se determinar a ascendência biológica. Nesse sentido:

Contudo, inexistindo o casamento e negado que venha a ser o reconhecimento pelo companheiro, autorizado que esteja legalmente a fazê-lo, bastante dificultada ficará a prova para o filho. De um lado, não há como determinar-se o pai biológico, acobertado que estará pelo sigilo; de outro, se proposta a ação contra o companheiro, a prova pericial que venha a se produzir, provavelmente, excluirá a paternidade. Existindo no caso tão-só a presunção *hominis*, restará apenas a paternidade moral que o companheiro assume ao consentir na

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

⁶³ LEITE, E. O. *Op. cit.*, p. 349.

⁶⁴ BARBOZA, H. H. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 68. Como bem asseverou FACHIN: "Como a Constituição manteve o casamento como fonte da família, desaparece a designação discriminatória, mas permanece a distinção. Há um "resíduo diferenciador" sem que implique uma ofensa ao princípio da igualdade, porque distinguir não significa discriminar". (*Elementos críticos do direito de família*, p. 201).

inseminação pelo doador, mas que nenhum direito gera para o filho, salvo lei futura lhe confira efeitos correspondentes a uma *obrigação* de adotar⁶⁵.

Por tais motivos, parte da doutrina considera que se a mulher não é casada, dever-se-ia vedar a prática da inseminação artificial com doador, ante a possibilidade de a criança não ter o seu vínculo de paternidade estabelecido⁶⁶.

Por outro lado, conforme anteriormente visto, a Constituição Federal de 1988 reconhece o direito ao livre planejamento familiar em seu artigo 226, §7º. Tal norma passou a ser regulamentada pela Lei nº. 9.263 /96, que, por sua vez, prevê que o direito ao planejamento familiar não é prerrogativa do casal casado, mas também de qualquer pessoa individualmente considerada.

Logo, segundo o artigo 3º da referida Lei, teria o casal não casado direito ao planejamento familiar, o que inclui o acesso às técnicas de reprodução humana assistida⁶⁷.

Ainda, pelo entendimento extraído do texto da Resolução nº. 1.358/92 do CFM, não há dúvida de que a mulher em união estável tem direito à procriação assistida, vez que o mesmo prevê que “toda mulher capaz pode ser receptora das técnicas de RA” e que “estando casada ou em união estável, será necessária aprovação do cônjuge ou companheiro”.

As divergências e incertezas ainda são muitas. Porém, qualquer posição que se defenda no sentido de legitimar ou não o uso de técnicas de procriação artificial por casais não casados deve levar em conta os princípios limitadores do planejamento familiar, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, a paternidade responsável e o melhor interesse da criança. Certo é que o filho não pode ser encarado como mero objeto do interesse individual dos pais. Pelo contrário, possui o direito a uma correta inserção familiar, que supra suas necessidades básicas, tanto materiais como pessoais.

Por fim, impende que a sociedade existente entre os pais seja estável e contínua, para fins de acesso à inseminação heteróloga. Caso contrário poderá o companheiro impugnar a paternidade a qualquer tempo, gerando graves conseqüências

⁶⁵ BARBOZA, H. H. *Op. cit.*, p. 70-71.

⁶⁶ Heloisa Helena BARBOZA adverte que “...tem o casal não casado direito ao planejamento familiar, sendo razoável admitir-se a utilização das técnicas de reprodução assistida homólogas pelas pessoas que vivem em união estável, sendo de todo desaconselhável se heterólogas (...)”. (Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 165-166). Isso porque, na hipótese de negativa de reconhecimento do companheiro na inseminação homóloga, o filho pode valer-se do critério biológico para o estabelecimento da paternidade, por meio de exame em DNA, o que se torna impossível quando a inseminação é feita com material genético de doador.

⁶⁷ Artigo 3º, Lei nº 9.263/96: O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global à saúde”.

para o filho, o que o ordenamento jurídico não pode aceitar. A fim de evitar tal situação, Eduardo de Oliveira LEITE propõe a homologação prévia do consentimento dos companheiros, o que geraria um reconhecimento antecipado da criança nascida por inseminação artificial⁶⁸.

3.3. A inseminação artificial heteróloga inexistindo casamento ou união estável.

Se ainda remanescem muitas indagações acerca da possibilidade do casal não casado valer-se de inseminação heteróloga para realização do projeto parental, por todos os argumentos acima expostos, por outro lado, ainda mais controversa é a questão envolvendo o acesso à reprodução humana assistida à mulher solteira, que não convive *more uxorio* com nenhum homem. Mais uma vez, as opiniões se dividem acerca daquilo que a doutrina convencionou chamar de “monoparentalidade programada”⁶⁹.

A Constituição Federal de 1988 confere tutela jurídica à família monoparental, ou seja, a comunidade formada por um dos cônjuges e seus descendentes⁷⁰. Isso, somado ao fato de que o planejamento familiar foi tratado pela Lei nº. 9.263/96 como direito de todo cidadão individualmente considerado, levou parte da doutrina a aceitar a legitimidade da inseminação artificial em mulher solteira.

Na verdade, há aqui um conflito de direitos: o denominado direito reprodutivo da mulher, ou o desejo de gerar um filho, se contrapõe ao interesse da criança de ter uma correta inserção no âmbito familiar, reconhecendo a figura paterna e materna.

De fato, se aceita for a “monoparentalidade programada”, ou a “produção independente”, estar-se-ia privando a criança, desde o momento da concepção, do direito ao conhecimento e convívio com o pai. Nesse sentido é a posição de Heloisa Helena BARBOZA:

Impõe-se considerar, ainda uma vez, o *direito* da mulher de ter um filho e o fato da comunidade formada *por um dos pais e seus descendentes* ser constitucionalmente considerada uma família, gozando, portanto, da especial proteção do Estado.

⁶⁸ LEITE, E. O. *Op. cit.*, p. 351.

⁶⁹ MEIRELLES, J. M. L. de. Filhos da reprodução assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e cidadania – o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 394.

⁷⁰ “Artigo 226, §4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Ratificamos aqui nosso entendimento, no sentido de não se compatibilizar tal *direito* com as normas constitucionais vigentes. Aduza-se que razões sobejamente conhecidas confirmam a importância do pai na formação da criança.

O intuito do constituinte, ao dar natureza de família à comunidade formada por um dos ascendentes e seus filhos, fato social incontestável, foi estender-lhes a proteção do Estado e não o de autorizar ou incentivar o surgimento de famílias que, de início, privassem a criança de um de seus genitores⁷¹ (grifo nosso).

Em consonância com tal entendimento, Eduardo de Oliveira LEITE tece uma crítica à posição do Conselho Federal de Medicina, que permitiu a inseminação artificial heteróloga à “toda mulher capaz”. Isso porque, argumenta o referido autor, é evidente que uma mulher solteira não tem condições de garantir o padrão familiar constituído por pai e mãe, natural de uma família⁷².

Em posição contrária, parte da doutrina considera que, sendo perfeitamente aceita a adoção por pessoas solteiras no ordenamento jurídico pátrio, não haveria razão para coibir o acesso às técnicas de reprodução humana assistida nessa hipótese⁷³.

Contudo, é inegável que a hipótese de adoção por pessoa solteira não se confunde com a situação de acesso às técnicas de inseminação heteróloga, visto que a primeira se refere a uma pessoa já existente. Ainda, argumenta-se, as finalidades dos dois institutos são completamente distintas. A adoção visa a dar uma família a uma

⁷¹ BARBOZA, H. H. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 71-72. Corroborando esta tese, é a colocação de Jussara MEIRELLES: “Mas a Constituição também assegura a todos a dignidade (no art. 1º, inciso III), como princípio informador de todo o ordenamento jurídico, bem como o direito à identidade pessoal. Sendo assim, mesmo que se reconheça a total possibilidade de uma criança vir a se desenvolver em uma família monoparental, há que se estabelecer a sensível diferença entre as situações que apenas aparentemente se confundem: de um lado, há o reconhecimento pela Constituição às entidades familiares monoparentais formadas em razão de separações de fato ou de direito, divórcio ou morte, para que lhes seja dada a devida proteção (art. 226, §4º); de outro, a institucionalização deliberada da monoparentalidade, de maneira a coibir à criança o direito ao vínculo paterno-filial tão-somente porque assim sua mãe desejou”. (*Op. cit.*, p. 396).

⁷² LEITE, E. O. *Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 354. No mesmo sentido, considera o autor: “Afasta-se, também, o invocar precipitado e equivocado do art. 226, §4º do texto constitucional como argumento legitimador da inseminação artificial da mulher solteira, separada ou divorciada. Enfim, mulher só. O dispositivo constitucional, de forma louvável, apenas inseriu na esfera da proteção estatal, as famílias monoparentais; em momento algum as reconheceu com vistas à proliferação das mesmas.

Além disso, as famílias monoparentais ali citadas transformaram-se em monoparentais por força das circunstâncias (separação, divórcio, abandono, etc.), mas eram, inicialmente, famílias normais, constituídas de pai, mãe e filhos.

Ademais (...), quer a nível psicológico, quer a nível ético, quer a nível jurídico, a inseminação artificial não foi desenvolvida para atender a interesses egoísticos, mas a tão só e precipuamente, com vistas a corresponder a um projeto parental. Portanto, diante do risco de ficar sem pai, melhor é vedar-se projetos de reprodução assistida a essas categorias individuais”.

⁷³ “Contudo, diante da viabilidade da realização de adoção por apenas uma pessoa, não há razoabilidade em se negar a adoção de técnica de reprodução humana assistida, inexistindo elemento discriminador razoável a justificar tal proibição”. (GAMA, G. C. N.da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional*. In: TEPEDINO, G. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 538).

criança já nascida; o interesse maior a ser tutelado é, portanto o da própria criança. Por outro lado, ao se aceitar a inseminação de mulher solteira, estar-se-ia legitimando a monoparentalidade programada, o que é inaceitável.⁷⁴

No Brasil, em que pese a Lei nº. 9.263/96 afirmar que o planejamento familiar é destinado tanto à mulher, como ao homem e ao casal, bem como a Resolução nº. 1.358/92 estender o uso das técnicas de procriação artificial a toda mulher capaz, o Projeto de Lei nº. 90/99 proíbe a utilização das técnicas por mulheres não casadas ou que não vivam em união estável⁷⁵.

Na Espanha, por exemplo, a “Ley de Técnica de Reproduccion Assistida”, de 31 de maio de 1988, considerou possível a adoção das técnicas de reprodução assistida pela mulher não vinculada, formal ou informalmente, a um parceiro⁷⁶.

Portanto, se ainda inexistente consenso sobre o tema, certo é que a decisão acerca da possibilidade da mulher solteira ter acesso às técnicas de reprodução assistida heterólogas deverá passar pelo crivo do melhor interesse da criança, vez que esta, repita-se, não pode ser considerada como mero objeto dos interesses egoísticos de seus pais. Se, por um lado, se reconhece a tutela da liberdade no planejamento familiar a todo o cidadão individualmente considerado⁷⁷, por outro, há o interesse da criança a uma adequada inserção no âmbito familiar, interesse este que deve prevalecer sobre qualquer outro⁷⁸.

⁷⁴ LEITE, E. O. *Op. cit.*, p. 356.

⁷⁵ O artigo 37 do Projeto Substitutivo, de autoria do Senador Roberto Requião dispõe:
“Artigo 37: Realizar a procriação medicamente assistida em pessoas que não sejam casadas ou não vivam em união estável: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre o homem ou a mulher que solicitar o emprego da técnica para dela usufruir individualmente ou com outrem que não o cônjuge ou a companheira ou o companheiro”.

⁷⁶ GAMA, G. C. N.da. *Op. cit.*, p. 524.

⁷⁷ Parte da doutrina considera a existência de um direito à procriação, assim, “a família plural foi reconhecida pela Constituição Federal de 1988, incluída, portanto, a família monoparental. A Constituição também prevê o direito de todo o cidadão ao planejamento familiar. Sendo assim, o direito à procriação está garantido a todo indivíduo” (grifo nosso). (SÁ, M. F. F. de. Monoparentalidade e biodireito. In: PEREIRA, R. C. da. *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 446).

⁷⁸ Há quem considere que o melhor interesse da criança não se garante, necessariamente, pela biparentalidade. Assim, “o princípio do melhor interesse da criança não estará assegurado simplesmente pelo fato de ela nascer em família biparental, mas pela circunstância de ser amada, desejada e respeitada”. (SÁ, M.F. F. de. *Op. cit.*, p. 447).

Capítulo IV – Aspectos controversos acerca da inseminação artificial heteróloga

Conforme visto no capítulo anterior, que versou acerca da questão do estabelecimento do vínculo paterno-filial na inseminação artificial heteróloga, conforme haja ou não uma relação matrimonializada entre os futuros pais, tal técnica de reprodução humana assistida gera inúmeras controvérsias, haja vista a necessidade de utilização de material genético de doador a fim de possibilitar a procriação.

Isso leva alguns autores a afirmar que o acesso às técnicas de reprodução assistida heteróloga deve ser encarada como a última alternativa na tentativa de sanar o problema da esterilidade⁷⁹.

No caso brasileiro, a Resolução nº. 1.358/92 prevê que as técnicas de reprodução assistida somente podem ser empregadas com o objetivo de auxiliar nos problemas da infertilidade humana, a fim de facilitar a procriação quando qualquer outro método terapêutico tenha sido ineficaz ou insuficiente para a solução da infertilidade⁸⁰.

⁷⁹ Ao se referir à questão da excepcionalidade do remédio, ensina Pietro PERLINGIERI: “Não se pode, certamente, afirmar que no ordenamento a regra seja a inseminação artificial, e a união homem e mulher, a exceção. Considerar o recurso à inseminação artificial como excepcional não equivale a exprimir um juízo negativo sobre a mesma. A qualificação de excepcional significa que o emprego de tal técnica é possível somente quando se torna instrumento que não pode ser eliminado, ou que é muito útil ao pleno desenvolvimento da pessoa; nesta hipótese ela realiza principalmente o direito à saúde e insere-se na assistência sanitária nacional. Em presença de esterilidade incurável, de riscos de transmissão de doenças hereditárias, de razões de ordem psicológica, o problema da inseminação não se coloca mais em termos discricionários. Não existirá direito à prestação sanitária gratuita somente quando o recurso à inseminação for motivado por escolhas arbitrárias”. (*Perfilis do direito civil*; tradução: Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 175-176).

⁸⁰ Ainda, o Projeto de Lei nº. 90/99 prevê os casos em que se admite a aplicação de técnicas de RA:

“Art. 2º A utilização da RA só será permitida, na forma autorizada pelo Poder Público e conforme o disposto nesta Lei, para auxiliar na resolução dos casos de infertilidade e para prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, e desde que:

I – tenha sido devidamente constatada a existência de infertilidade irreversível ou, caso se trate de infertilidade inexplicada, tenha sido obedecido prazo mínimo de espera, na forma estabelecida em regulamento;

II – os demais tratamentos possíveis tenham sido ineficazes ou ineficientes para solucionar a situação de infertilidade;

III – a infertilidade não decorra da passagem da idade reprodutiva;

IV – a receptora da técnica seja uma mulher capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado ou autorizado o tratamento de maneira livre e consciente, em documento de consentimento informado a ser elaborado conforme o disposto no art. 3º;

Guilherme Calmon Nogueira da GAMA ressalta a existência de duas etapas a serem superadas para se possibilitar o acesso à inseminação artificial heteróloga: a) deve-se verificar a possibilidade do casal solicitante ter prole via procriação carnal, sem interferência médica; b) se for confirmada a impossibilidade da procriação carnal, passa-se à apreciação acerca da técnica de reprodução humana assistida cabível, priorizando-se a procriação assistida homóloga. Se esta não for possível, busca-se a reprodução assistida heteróloga, como último recurso⁸¹.

Com efeito, a prática da inseminação artificial heteróloga gera algumas conseqüências que afetam os pais, a criança e o doador. Segundo Eduardo de Oliveira LEITE, apesar dos bons resultados proporcionados pela referida técnica de procriação artificial, a perspectiva de sua utilização para o casal é freqüentemente sentida como um verdadeiro desastre, podendo provocar sérios problemas emocionais envolvendo homem e mulher⁸². Disto surge a necessidade de um minucioso estudo e regulamentação acerca do procedimento, a fim de analisar as circunstâncias que autorizam a constituição de vínculos de parentalidade-filiação decorrentes da procriação assistida heteróloga, além de princípios que impõem certos comportamentos às pessoas envolvidas, incluindo os doadores de gametas⁸³.

4.1. Gratuidade, sigilo e anonimato.

Grande parte das legislações que admitem o emprego da inseminação artificial heteróloga como método para solucionar a esterilidade humana impõem algumas regras quanto à doação de gametas, com o objetivo de proteção do direito ao próprio corpo. Assim, bem observou Guilherme Calmon Nogueira da GAMA:

V – exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a mulher receptora ou a criança;

VI – no caso de prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, haja indicação precisa com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica”.

⁸¹ GAMA, G. C. N. da. *A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 808.

⁸² LEITE, E. O. *Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 40.

⁸³ GAMA, G. C. N. da. *Op. cit.*, p. 792.

Inexiste dúvida quanto à existência de limites de interferência no corpo da pessoa humana nas suas várias etapas e dimensões. Nesse contexto, a disposição de certas partes do corpo humano deve observar, estritamente, os limites juridicamente reconhecidos especialmente em observância ao valor e princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (...). Assim, à própria pessoa não é reconhecido dispor livremente e sem restrições de partes de seu corpo, mas agir em perfeita consonância com os limites impostos pelo direito positivo nos atos de disposição que pretenda realizar, como, por exemplo, em relação aos gametas – espermatozóide e óvulo⁸⁴.

Assim, a primeira regra atinente à doação de gametas para a inseminação artificial heteróloga seria a gratuidade. Não é admissível, em um ordenamento jurídico que pretenda proteger a dignidade e a intangibilidade do corpo humano, o pagamento em troca de fornecimento de material genético para utilização em técnicas de reprodução humana assistida. Como bem anotou Pietro PERLINGIERI, a comercialização e a patrimonialização desses fenômenos é absolutamente inaceitável. A necessidade de procriar não pode ser associada à satisfação de interesses patrimoniais⁸⁵.

De fato, é contrário ao princípio da dignidade humana o tratamento do corpo como mero objeto suscetível de trânsito na esfera do patrimônio. A doação de gametas deve ser encarada como um ato de liberalidade, solidariedade, altruísmo, contrário a qualquer tipo de interesse pecuniário.

A Resolução nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, compartilhando da tese da gratuidade, aduz que a doação de gametas nunca poderá ter caráter lucrativo ou comercial. Da mesma forma, o Projeto de Lei nº. 90/99 veda a remuneração dos doadores e a cobrança pelos gametas, a qualquer título⁸⁶.

Ainda, a Constituição Federal, em seu artigo 199, §4º, prevê que a lei deverá dispor acerca das condições que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue, vedando qualquer tipo de comercialização. Assim, segundo uma interpretação analógica no direito brasileiro consagrou-se o

⁸⁴ *Ibid.*, p. 793.

⁸⁵ PERLINGIERI, P. *Perfil do Direito Civil*/ tradução: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p. 177. No mesmo sentido, é a lição de Eduardo de Oliveira LEITE: "A segunda regra, da gratuidade, decorre igualmente da indivisibilidade da pessoa e do seu corpo. O corpo, por ser elemento constitutivo e formador da pessoa deve permanecer fora do comércio. A regra se impõe também pela necessidade de proteger a pessoa contra a tentação de agredir a integridade de seu corpo, movida pelo dinheiro". (*Op. cit.*, p. 143).

⁸⁶ Art. 6º, Projeto de Lei nº 90/99.

princípio da gratuidade em matéria de procriação assistida, sendo que a disposição de gametas deve se dar exclusivamente por liberalidade do doador.

Em 2001 foi promulgada a Lei nº. 10.205, que “regulamenta o §4º do artigo 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados”. O artigo 14 da referida Lei estabelece os princípios e diretrizes da Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados. Segundo Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, há possibilidade de tais princípios e diretrizes se aplicarem, em uma integração analógica, à doação de gametas⁸⁷. Dentre eles, destacam-se os seguintes: a) utilização exclusiva da doação voluntária, não-remunerada, do sangue, cabendo ao poder público estimulá-la como ato relevante de solidariedade humana e compromisso social; b) proibição de remuneração ao doador pela doação de sangue; c) proibição da comercialização da coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, componentes e hemoderivados; d) proteção da saúde do doador e do receptor; e) obrigatoriedade de responsabilidade, supervisão e assistência médica na triagem de doadores; f) segurança na estocagem e transporte do sangue, componentes e hemoderivados.

Defendida a gratuidade na doação de gametas, outra regra merecedora de observação ao se tratar do tema atinente à inseminação artificial heteróloga concerne ao sigilo acerca do procedimento e, conseqüentemente, ao anonimato do doador.

Guilherme Calmon Nogueira da GAMA ressalta que na maior parte dos sistemas jurídicos o anonimato foi elevado à condição de princípio fundamental e inafastável. No caso francês, por exemplo, estabeleceu-se o anonimato absoluto, proibindo-se o fornecimento de qualquer informação que possibilite a identificação do doador ou do receptor e vice-versa, salvo em caso de necessidade terapêutica, situação na qual somente os médicos poderão ter acesso às informações que permitam a identificação⁸⁸.

Em verdade, na inseminação artificial heteróloga, o sigilo e o anonimato devem desempenhar duas funções básicas: primeiramente, possibilitar a total integração do recém-nascido aos pais que o conceberam por meio da procriação heteróloga, impedindo a interferência de terceiros como o doador na formação e desenvolvimento da personalidade da criança; em segundo lugar, impedir um

⁸⁷ GAMA, G. C. N.da. *Op. cit.*, p. 799-800.

⁸⁸ *Ibid.* p. 803. Nesse sentido, é a afirmação de Heloisa Helena BARBOZA: “Todos os que admitem a inseminação artificial heteróloga insistem em que deve ser mantido sigilo absoluto sobre a identidade do doador, assim como esse não deve ter conhecimento do destino do seu sêmen. A recomendação é razoável e não é incompatível com o sistema que vislumbramos”. (*A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.p. 64).

tratamento discriminatório por parte da sociedade em geral em relação aos pais e à criança fruto de inseminação artificial heteróloga, daí a importância do sigilo acerca do procedimento, somado ao anonimato do doador⁸⁹.

Eduardo de Oliveira LEITE defende a tese do anonimato absoluto do doador, a fim de privilegiar os interesses do futuro filho, que devem ser resguardados em qualquer hipótese. Dessa forma, para o referido autor, o terceiro que contribui com seu material genético para o tratamento da esterilidade não deve conhecer o casal que auxiliou, e vice-versa, nem antes, durante ou após o tratamento⁹⁰.

No Brasil, a Resolução nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina recepcionou o princípio do anonimato, dispondo que os doadores não devem conhecer os receptores e vice-versa, bem como que o sigilo sobre a identidade poderá ser quebrado apenas em situações especiais, como hipóteses de necessidade terapêutica, caso em que as informações devem ser fornecidas apenas aos médicos, resguardando-se a identidade do doador.

Todavia, o Projeto de Lei do Senado nº. 90/99 opõe-se a tal posicionamento, reconhecendo a possibilidade de a criança vir a conhecer a identidade do doador. Assim:

Art. 12. A criança nascida a partir de gameta ou embrião doado ou por meio de gestação de substituição terá assegurado, se assim o desejar, o direito de conhecer a identidade do doador ou da mãe substituta, no momento em que completar sua maioridade jurídica ou, a qualquer tempo, no caso de falecimento de ambos os pais.

De fato, parte da doutrina vem reconhecendo a existência de um direito ao conhecimento da origem genética⁹¹, o que é veementemente refutado por aqueles que entendem que o sigilo e o anonimato devem ser absolutos, com o intuito de preservar os interesses da criança, que tem o direito a ser integrada em um núcleo familiar

⁸⁹ GAMA, G. C. N.da. *Op. cit.*, p. 805.

⁹⁰ LEITE, E. O. *Op. cit.*, p. 145.

⁹¹ Nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira da GAMA faz uma comparação entre a adoção e a inseminação artificial heteróloga, considerando que "É fundamental observar que os princípios relativos ao sigilo do procedimento – judicial (adoção) e médico (reprodução assistida heteróloga) – e o anonimato das pessoas envolvidas devem ser mantidos com vistas à tutela e promoção dos interesses do adotado e da futura criança, mas logicamente deverão ceder relativamente à pessoa do próprio adotado e da pessoa que resultou de técnica concepcionista heteróloga, diante do reconhecimento, no direito brasileiro, dos direitos fundamentais à identidade, à privacidade e à intimidade, podendo a pessoa ter acesso às informações sobre toda sua história sob o prisma biológico, não por simples curiosidade, mas para o resguardo da sua existência, e proteção contra possíveis doenças hereditárias (ou genéticas) que pudesse vir a contrair diante da ascendência biológica". (*Op. cit.*, p. 803).

normal, livre da interferência de terceiros. Nesse sentido, as opiniões se dividem, e o conflito entre estas duas ordens de idéias será analisado em seguida.

4.2. Direito ao conhecimento da identidade genética.

No âmbito das questões controversas que podem surgir em decorrência da utilização da técnica de inseminação artificial heteróloga, coloca-se o tema concernente ao sigilo do procedimento e anonimato do doador, em contraposição às repercussões que as informações acerca da origem biológica podem gerar para a pessoa concebida com material genético de pessoa diversa de seu pai.

Aqui, os posicionamentos se dividem entre aqueles que consideram o caráter absoluto do anonimato, e os que entendem que tal princípio deve ceder diante de outros interesses maiores, como o direito ao conhecimento da própria origem genética.

Para a defesa do anonimato absoluto, utiliza-se freqüentemente o argumento de que o conhecimento da identidade do doador pelo receptor e vice-versa poderia gerar inúmeras situações que não tutelariam os interesses da criança gerada com o auxílio da técnica de procriação artificial, a qual poderia estabelecer relações de fato com doador de gametas, prejudicando assim sua integração na comunidade familiar. Nesse sentido, ensina Eduardo de Oliveira LEITE:

Se o anonimato é suprimido instaura-se uma situação ambivalente e altamente perigosa contra a própria criança: garante-se o direito da criança de conhecer sua origem, mas a ruptura do sigilo pode gerar o estabelecimento de relações de fato ou de direito com o doador. O caos se instauraria. Assim: a criança herdaria do pai biológico? ou só do pai afetivo? ela poderia demandar alimentos a qual dos pais? ou qual deles, na velhice ou em caso de necessidade estaria habilitado a solicitar ajuda ao filho? que nome de família a criança adotaria? o do pai biológico ou o do pai afetivo? Para evitar estas e outras questões ainda mais embaraçosas é que o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) estabelece o rompimento com o pai biológico e instaura segurança e harmonia jurídicas através da "absorção integral" pela nova família⁹².

Ainda, argumenta o referido autor que garantir o direito ao conhecimento da origem genética, além de desestruturar as relações familiares, significa um retrocesso, vez que privilegia a noção já ultrapassada de paternidade biológica em detrimento da verdade afetiva. Assim:

⁹² LEITE, E. O. *Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.p. 341.

Se o interesse maior a ser protegido é o da criança, então o anonimato se impõe de forma irrefutável (...). O anonimato (...) é a garantia da autonomia e do desenvolvimento normal da família assim fundada e também a proteção leal do desinteresse daquele que contribui na sua formação. Na hierarquia dos valores estas considerações sobrepujam o pretendido "direito" de conhecimento de sua origem.

Mas não é só. A pretendida alegação de que a criança tem "direito" a conhecer sua origem genética realça expressivamente a paternidade biológica (matéria já ultrapassada no direito de filiação mais moderno) quando é sabido que, atualmente, a paternidade afetiva vem se impondo de maneira indiscutível⁹³.

Por outro lado, parte da doutrina defende a existência de um direito fundamental ao conhecimento da origem genética, tutelado pelo ordenamento jurídico, e que mitigaria, em determinadas situações, o sigilo e o anonimato do doador.

Elimar SZANIAWSKI salienta que na Alemanha o Tribunal Constitucional Federal decidiu no sentido de tutelar o direito ao conhecimento da própria origem genética dos filhos nascidos de inseminação artificial heteróloga. Tal direito fundamentar-se-ia no direito geral de personalidade, vez que todo ser humano tem direito de conhecer sua paternidade biológica⁹⁴.

Álvaro Villaça AZEVEDO considera que o estabelecimento do sigilo e anonimato absolutos na inseminação artificial heteróloga implicaria em verdadeira violação ao direito de personalidade do futuro filho, uma vez que o mesmo não participou do procedimento de que resultou seu nascimento. Logo, lhe seria negado o direito à própria identidade, já que seria impossível conhecer sua filiação⁹⁵.

Da mesma forma, certos autores argumentam que, no período do desenvolvimento da personalidade e convívio familiar com os ditos pais afetivos, dever-se-ia privilegiar o anonimato do doador. Porém, alcançada a maioridade civil (e no caso brasileiro isto ocorre ao se completar dezoito anos) teria a pessoa oriunda de inseminação artificial heteróloga o direito de optar por conhecer ou não o doador de gametas. Assim:

... a partir da verificação da plena integração do filho à família, da apresentação de condições pessoais de discernimento para ser informado, e do melhor interesse do próprio filho quanto ao direito à identidade genética – como parte integrante da esfera de sua personalidade – o segredo do procedimento e o anonimato do doador devem ceder ao interesse do filho, o que não significa que tais circunstâncias se publicizem, porquanto não

⁹³ LEITE, E. O. *Op. cit.*, p. 339.

⁹⁴ SZANIAWSKI, E. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual: estudo sobre o transexualismo: aspectos médicos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 148-149.

⁹⁵ AZEVEDO, A. V. Ética, direito e reprodução humana assistida. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 729, p. 43-51, jul. 1996. p. 48.

há qualquer dever da pessoa que descobre seu genitor/sua genitora – sob o prisma biológico – em divulgar ou informar às outras pessoas as suas descobertas e a sua intimidade⁹⁶.

Tal entendimento, inclusive, é respaldado pelo Projeto de Lei nº 90/99 do Senado Federal que, em seu artigo 12, prevê que a criança nascida a partir de gameta doado poderá, ao completar sua maioridade jurídica, conhecer a identidade do doador.

Diante de tais premissas, indaga-se: há efetivamente um direito ao conhecimento da ascendência genética por parte da pessoa concebida por inseminação artificial heteróloga?

Se a resposta for afirmativa, há que se realizar a distinção, como o fez Paulo Luiz Netto LÔBO, entre o estado de filiação e o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua identidade genética. A primeira situação tem natureza de direito de família e, a segunda, de direito de personalidade, logo, não se confundem⁹⁷.

Assim, segundo o referido autor, cada pessoa teria o direito de personalidade de perseguir sua origem biológica, contudo, esta não se confunde com o estabelecimento da paternidade. Conforme visto neste trabalho, atualmente se consagrou a noção de paternidade afetiva, de modo que a figura do pai muitas vezes se dissocia da figura do genitor genético. A verdadeira paternidade configura-se muito mais no exercício de amar e servir uma criança, do que no ato de fornecer os gametas necessários à formação do embrião.

Logo, não se identifica a investigação de paternidade com o direito ao conhecimento da origem genética. No que tange à inseminação artificial heteróloga, portanto, teria a pessoa a faculdade de conhecer sua ascendência biológica, no caso a identidade do doador de sêmen, porém com ele não estabeleceria nenhum vínculo de parentalidade-filiação em virtude de tal conhecimento. Nesse sentido:

Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação de paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não). O avanço da

⁹⁶ GAMA, G. C. N. da. *Op. cit.*, p. 806. No mesmo sentido, Rose Melo VENCELAU reconhece um direito do ser humano em ver reconhecida sua identidade genética: "A identidade genética corresponde ao genoma de cada indivíduo. Salvo a situação dos gêmeos monozigóticos, não há dois seres humanos possuidores da mesma carga genética. Em suma, o direito à identidade genética é o de não ter duplicada ou alterada a constituição genética. O direito do ser humano conhecer (ou desconhecer) a origem genética deflui também do direito à identidade, sobre a história pessoal de cada um, a saber do onde vim, às vezes, como premissa necessária para saber aonde vou" (*Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica*. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 389).

⁹⁷ LÔBO, P. L. N. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, R. C. *Afeto, ética família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 523.

biotecnologia permite, por exemplo, a inseminação artificial heteróloga, autorizada pelo marido (art. 1.597, V, do Código Civil), o que reforça a tese de não depender a filiação da relação genética do filho e do pai. Nesse caso, o filho pode vindicar os dados genéticos de dador anônimo de sêmen que constem dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Conseqüentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade, para tal fim⁹⁸.

Assim, a investigação acerca do vínculo biológico não criaria qualquer vínculo de paternidade em relação ao doador de material genético. Para Heloisa Helena BARBOZA, o não estabelecimento de relação de parentesco surge como forma de harmonização entre o sigilo legalmente assegurado à identidade do doador, e o direito ao conhecimento da identidade genética, que deverá prevalecer em último caso. Contudo, ressalvam-se os direitos do doador, que não sofrerá nenhum ônus com a revelação de sua identidade⁹⁹.

Dessa forma, o tema concernente ao direito de conhecer a ascendência biológica na inseminação artificial heteróloga, em contraposição ao sigilo e anonimato do doador de gametas, é recente e controverso, não havendo consenso na doutrina acerca de qual direito deve prevalecer¹⁰⁰. Certo é que na análise do caso concreto, dever-se-á privilegiar a solução que melhor se coadune com os interesses da criança, principal foco das atenções do ordenamento jurídico.

Porém, se ainda é incerto o entendimento doutrinário acerca da possibilidade do indivíduo oriundo de inseminação artificial heteróloga conhecer a identidade do doador de gametas, por outro lado, o tema atinente à faculdade de impugnação da paternidade atribuída ao marido da mulher que consentiu com o procedimento é ainda de maior relevância, ante a possibilidade de a criança restar desprovida de vínculo parental determinado. É o que será analisado a seguir.

⁹⁸ LÔBO, P. L. N. *Op. cit.*, p. 525.

⁹⁹ BARBOZA, H. H. Direito à identidade genética. In: PEREIRA, R. C. *Família e cidadania – o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 387.

¹⁰⁰ A jurisprudência do STF já firmou entendimento no sentido de reconhecer o direito ao conhecimento da identidade genética, em caso de adoção, contudo sem interferir no *status* de filho do investigante:

Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no artigo 48 da Lei 8.069/90. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no artigo 27 do ECA. (STJ, Resp nº 127.541/RS, Terceira Turma, Relator Min. Eduardo Ribeiro, j. 10.04.2000. Disponível em <www.stj.gov.br> Acesso em: 14 jul. 2005).

4.3. Não constituição de vínculos em relação aos doadores de gametas e impossibilidade de impugnação da paternidade.

Um dos efeitos decorrentes do emprego de inseminação artificial heteróloga consiste no não estabelecimento de relação de parentesco entre o filho e seu ascendente genético, ou seja, entre a criança oriunda da técnica de reprodução humana assistida e o doador de gametas não há constituição de vínculo paterno-filial, mesmo que se admita o direito ao conhecimento da origem genética¹⁰¹.

De fato, não se pode conceber a atribuição da paternidade à pessoa do doador de esperma, vez que este nunca manifestou o desejo de ser pai, de ingressar em um projeto parental. Conforme afirmou Eduardo de Oliveira LEITE, “a doação (...) é abandono a outrem, sem arrependimento, nem possibilidade de retorno. É medida de generosidade, medida filantrópica, logo, não é possível se obrigar a alguém que doou material genético que assuma uma paternidade que não é sua, mas dos usuários que se socorrem da técnica para contornar a infertilidade”¹⁰².

Desta forma, pai será aquele que efetivamente aderiu a um projeto parental, que verdadeiramente deseja a criança, ou seja, o homem que acompanhado de sua

¹⁰¹ Conforme anteriormente visto, o reconhecimento do direito de conhecer sua origem biológica não implica no estabelecimento de qualquer vínculo paterno-filial entre a criança e o doador de gametas, vez que a verdade biológica da filiação nem sempre corresponde à verdade sócio-afetiva. Nesse sentido: “Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filho, pois a imputação da paternidade biológica não determina a paternidade jurídica. O biodireito depara com as conseqüências da doação anônima de sêmen humano ou de material genético feminino. Nenhuma legislação até agora editada, nenhuma conclusão da bioética apontam para atribuir a paternidade aos que fazem doação anônima de sêmen aos chamados bancos de sêmen de instituições especializadas ou hospitalares. Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo”. (LÓBO, P. L. N. *Op. cit.*, p. 525).

¹⁰² LEITE, E. O. Bioética e presunção de paternidade (considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil). In: _____ *Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 32. Segundo o referido autor, a exclusão do estabelecimento de qualquer vínculo de filiação entre doador e criança é o fundamento para a defesa do anonimato absoluto do primeiro. Em sentido contrário: “É oportuno observar que a não-constituição dos vínculos parentais relativamente aos doadores não tem íntima relação com o anonimato, sendo perfeitamente possível ocorrer, conforme se verifica na legislação sueca, por exemplo, da pessoa ter acesso à informação sobre a identidade do doador sem que haja o estabelecimento de vínculos de parentalidade entre a pessoa e o genitor – sob o prisma biológico. Assim, não há como se raciocinar com base no automático efeito do anonimato tão-somente em razão da não-constituição dos vínculos de parentalidade-filiação. Ainda que seja necessário o anonimato por algum tempo relativamente à pessoa concebida – especialmente no período em que ainda não adquiriu discernimento suficiente para bem compreender os aspectos relacionados à procriação assistida heteróloga -, é perfeitamente possível a coexistência da não-constituição de vínculos parentais com o conhecimento da identidade do doador pela pessoa que foi concebida com seu material fecundante”. (GAMA, G. C. N.da. *A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 888).

esposa ou companheira (em caso de se admitir a inseminação heteróloga em casais não casados) solicitou o acesso à técnica de procriação artificial. Nenhum vínculo poderá ser construído com o doador de material genético, que não terá qualquer direito ou dever em relação à criança. Fundamenta-se a paternidade no elemento afetivo, não no biológico. Assim:

Não há dúvida de que o não-estabelecimento de qualquer vínculo de parentalidade-filiação entre a pessoa que doou seu material fecundante para a procriação assistida heteróloga e a pessoa que foi concebida e nasceu em decorrência do emprego do material doado, representa exceção ao biologismo, exatamente por força da desconsideração da consangüinidade no campo do parentesco civil. Prevalece, como visto, o fundamento da vontade que, desse modo, norteia a parentalidade-filiação, excluindo, portanto, as pessoas que não manifestaram vontade no sentido da constituição de vínculos jurídico-familiares que as envolvesse; é a prevalência da parentalidade-filiação voluntária, fundada na perspectiva da verdade afetiva. Sob o prisma da filiação, é importante a segurança jurídica que proporciona à criança o estabelecimento da parentalidade-filiação com relação às pessoas (cônjuges ou companheiros) que a desejaram e que envidaram os esforços necessários para a sua concepção. Tal como na adoção, a inexistência de qualquer vínculo parental com os doadores de gametas por um lado e a constituição de vínculos parentais com as pessoas dos cônjuges ou companheiros que tanto a desejaram por outro lado permitem a total integração da pessoa concebida com auxílio da procriação assistida heteróloga na família de maneira a assegurar todos os seus direitos fundamentais, notadamente o direito à convivência familiar, da mesma forma que se verifica na adoção, com a ressalva de que nesta haverá a nova família¹⁰³.

Ainda, no Brasil, o Código Civil, em seu artigo 1.597, inciso V, estabeleceu a presunção de paternidade do marido que consentiu com a inseminação heteróloga de sua mulher. Logo, é evidente que o referido dispositivo não pretende compelir o doador de material genético a assumir paternidade por ele não desejada.

Se, por um lado, não há o estabelecimento de parentesco em relação ao doador, há que se questionar acerca da possibilidade de o marido da mulher que se submeteu à inseminação artificial heteróloga impugnar a paternidade a ele atribuída, sob a alegação de que não há qualquer ligação de cunho genético entre o mesmo e a criança.

Aqui, deve-se perquirir acerca da existência ou não de consentimento. Com efeito, se houver consentimento (que sempre deverá ser prévio ao início do procedimento, conforme visto), não poderá o marido posteriormente pretender desvencilhar-se da paternidade a ele atribuída. Admitir-se a possibilidade da impugnação da paternidade neste caso significaria expor a criança a uma situação de instabilidade quanto à determinação de sua filiação, o que não tutelaria os princípios da

¹⁰³ GAMA, G. C. N. da. *Op. cit.*, p. 884-885.

paternidade responsável e do melhor interesse da criança¹⁰⁴. Nas palavras de Heloisa Helena BARBOZA, “deve-se considerar que em razão do consentimento do marido uma criança veio ao mundo, devendo ser reprovada sua decisão posterior de abandonar uma pessoa que é moralmente seu filho”¹⁰⁵.

Nesse sentido, ensina Eduardo de Oliveira LEITE:

... se o marido, após a inseminação pretender negar a paternidade da criança concebida mediante inseminação, a improcedência da pretensão é inquestionável. Admitindo-se tal negatória estar-se-ia promovendo a retratação de uma autorização já dada, o que, no caso em análise, além de injusto, seria ilegal. Injusto, porque como se viu, o marido estaria renunciando a paternidade aceita, o que não só é inaceitável em relação à mulher (com quem concordou na operação), mas, especialmente, em relação ao filho que não pode ficar a mercê das indecisões paternas¹⁰⁶.

Heloisa Helena BARBOZA relata a ocorrência, em 1987, nos Estados Unidos, do caso “Baby Doe”, no qual o marido que concordara com a inseminação artificial heteróloga de sua mulher, após a separação, procurou desvincular-se da paternidade. A Suprema Corte da Carolina do Sul entendeu por atribuir-lhe a paternidade e a obrigação de sustentar o filho, vez que havia consentido com o procedimento¹⁰⁷.

Ainda, destaca Paulo Luiz Neto Lôbo a decisão da Corte de Cassação Italiana que, nessa linha de entendimento, estabeleceu que “o marido que tinha validamente concordado ou manifestado prévio consentimento à fecundação heteróloga não tem ação para contestar a paternidade da criança nascida em decorrência de tal fecundação”¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Nesse sentido, Luiz Edson FACHIN considera que, na legislação portuguesa, o consentimento do marido impossibilita a impugnação da paternidade. Assim:

Código Civil Português, art. 1.893: “Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu” (*Da paternidade; relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 53).

¹⁰⁵ BARBOZA, H. H. A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 60.

¹⁰⁶ LEITE, E. O. *Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 365.

¹⁰⁷ BARBOZA, H. H. *Op. cit.*, p. 60.

¹⁰⁸ LÔBO, P. L. N. *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts 1591 a 1693, volume XVI*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 55.

Assim, havendo consentimento, a presunção de paternidade atribuída ao marido é incontestável¹⁰⁹. Por outro lado, a falta de consentimento enseja a possibilidade de impugnação da paternidade, vez que seria no mínimo injusto vincular-lhe a um projeto parental com o qual não consentiu. Nesse caso, poderá o filho restar sem o estabelecimento de sua paternidade, tendo em vista a impossibilidade de constituição de vínculo de parentesco em relação ao doador de gametas.

Portanto, ante as graves conseqüências que podem advir para o filho, é indispensável que o procedimento de consentimento informado seja pressuposto para a prática da inseminação artificial heteróloga. Reitere-se que a difícil decisão acerca do emprego de tal técnica de reprodução humana assistida, além de ser um remédio excepcional no tratamento da infertilidade do casal, deve ser precedida de profunda reflexão, tendo em vista as conseqüências por ela geradas. "Sem um rígido controle, parece-nos que não deva ser permitida a inseminação artificial heteróloga, por todas as razões já apresentadas"¹¹⁰.

¹⁰⁹ O enunciado 258 da III Jornada de Direito Civil estabeleceu que "não cabe a ação prevista no artigo 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inciso V do artigo 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta". CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados Aprovados: III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>> Acesso em: 27. jul. 2005.

¹¹⁰ BARBOZA, H. H. *Op. cit.*, p. 65.

Conclusão

Vivencia-se, atualmente, uma verdadeira transformação dos conceitos jurídicos de família, paternidade e filiação. Na travessia que se operou entre a codificação civil de 1916 e o advento da Constituição Federal de 1988, o Direito de Família ganhou novos contornos; da entidade patriarcal, matrimonializada, hierarquizada e transpessoal, passa-se à comunidade familiar eudemonista, como lugar de plena realização das potencialidades do sujeito, fundamentada no princípio da afetividade e no respeito à dignidade de seus integrantes.

Concomitantemente às transformações legislativas, a humanidade acompanha, perplexa, os crescentes avanços da ciência, sobretudo da biotecnologia, que operaram uma verdadeira ruptura com teorias e dogmas antes considerados inabaláveis e incontestáveis.

Com o surgimento das técnicas de reprodução assistida, advindas do esforço da comunidade médica e científica no sentido de encontrar um tratamento eficaz, que pudesse contornar ou ao menos amenizar as conseqüências decorrentes do problema da infertilidade humana, relativizaram-se conceitos como o de paternidade e filiação.

De fato, técnicas como a inseminação artificial heteróloga, objeto do presente estudo, que pressupõem a figura de um doador de gametas para a sua realização, dissociam a figura paterna do ascendente genético, impondo um profundo repensar acerca da constituição do vínculo de parentalidade-filiação.

Logo, é necessário estudo e reflexão acerca do tema. O estabelecimento do vínculo paterno-filial, outrora ligado ao liame biológico/sangüíneo, ante os avanços em matéria de reprodução humana assistida e especialmente em relação à inseminação artificial heteróloga, deve ceder espaço a uma estrutura familiar fundamentada no afeto, privilegiando o critério sócio-afetivo da filiação.

Ainda, uma vez que o acesso às técnicas de procriação artificial constitui um aspecto do direito ao planejamento familiar, em seu caráter positivo, resta imprescindível o respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, da plena igualdade entre os filhos e do melhor interesse da criança e do adolescente quando do seu emprego.

Realizadas tais considerações, cumpre agora apresentar algumas conclusões específicas acerca da questão central de nossas preocupações, qual seja, o problema da filiação perante a inseminação artificial heteróloga, atingidas por meio da realização do presente trabalho.

A inseminação artificial consiste, sumariamente, na introdução de esperma no canal genital da mulher sem a ocorrência de uma relação sexual. Em sua modalidade heteróloga, é realizada com material genético de doador, em razão da esterilidade do marido ou companheiro.

Constata-se de plano, portanto, a dificuldade em se estabelecer a paternidade, visto que o pai poderia ser tanto o ascendente biológico, que doou seu sêmen, quanto marido ou companheiro da mulher.

O artigo 1.597 do Código Civil de 2002 resolveu em parte o problema, ao inserir o tema da inseminação heteróloga no sistema de presunções de paternidade (inciso V); quando realizado o procedimento em mulher casada, portanto, o pai da criança será o marido da mãe, que consentiu com a inseminação. Privilegiou-se, portanto, o critério sócio-afetivo, em detrimento do vínculo biológico para a determinação do vínculo paterno-filial.

O Código Civil não resolve, contudo, a questão atinente à inseminação artificial heteróloga realizada em mulher que convive com seu companheiro em união estável. Muito embora o ordenamento jurídico reconheça o direito ao livre planejamento familiar dos conviventes, não há, neste caso, presunção de paternidade e, se negado o reconhecimento pelo companheiro, a criança poderá restar sem sua paternidade estabelecida.

Questão ainda mais grave coloca-se no sentido de se permitir ou não o acesso à inseminação artificial heteróloga à mulher solteira, dando ensejo à denominada "monoparentalidade programada".

Parece-nos que, no primeiro caso, não há como se negar a possibilidade de os conviventes valerem-se da inseminação heteróloga para realizar o desejo da filiação, vez que o casal possui o direito ao livre planejamento familiar. Contudo, há de se certificar que a união existente é estável e duradoura, no sentido de conferir ao futuro filho um ambiente familiar normal e saudável, no qual possa reconhecer a figura materna e paterna. Em suma, é imprescindível que os companheiros estejam efetivamente integrados no desejo da realização do projeto parental. A fim de se evitar a possibilidade de uma posterior impugnação de paternidade, ante a falta de presunção legal e liame consanguíneo, pode-se adotar a solução já apontada na doutrina, no

sentido de uma homologação prévia do consentimento dos companheiros, que geraria um reconhecimento antecipado da paternidade.

No caso de inseminação heteróloga realizada em mulher solteira, porém, entendemos que não deveria ser permitida tal prática, por afrontar o princípio constitucional do respeito ao melhor interesse da criança e do adolescente. O filho, que não pode ser encarado como mero instrumento de realização dos desejos paternos e maternos, se gerado sob tais circunstâncias, restaria privado desde o nascimento da figura paterna, essencial ao seu pleno desenvolvimento, felicidade e integração social.

Por outro lado, tendo em vista que a prática da inseminação heteróloga exige a presença de um terceiro estranho ao casal, que contribua com seu material genético para possibilitar a fecundação, impõem-se algumas regras atinentes à doação de gametas.

O princípio da gratuidade da doação tem por objetivo a proteção da intangibilidade do corpo humano, que não pode ser encarado como um objeto suscetível de trânsito na esfera patrimonial. Assim, tal princípio deve ser consagrado em todos os ordenamentos jurídicos que pretendam reconhecer a dignidade humana como um de seus valores fundamentais.

Outra regra merecedora de atenção refere-se ao sigilo acerca do procedimento e, conseqüentemente, ao anonimato do doador. Em que pese tais princípios terem sido recepcionados pela maioria dos sistemas jurídicos de todo o globo, parte da doutrina questiona sua supremacia diante da possibilidade de se falar em um direito de todas as pessoas ao conhecimento de sua origem genética.

A questão é, de fato, das mais tormentosas, demandando profundo estudo e reflexão. Se, por um lado, o sigilo e o anonimato garantiam uma maior estabilidade nas relações existentes nas famílias constituídas com o auxílio de inseminação artificial heteróloga, por outro lado estar-se-ia violando o suposto direito inerente à personalidade da cada ser humano, que é o conhecimento de sua ascendência biológica.

Certo é que, independentemente da tutela ou não do sigilo e do anonimato, não haveria, sob qualquer hipótese, a possibilidade de estabelecimento do vínculo de paternidade em relação ao doador de gametas, vez que este em momento algum manifestou o desejo de ser pai, de participar de um projeto parental. O doador de material genético não assumirá, portanto, qualquer direito ou dever em relação à criança.

A paternidade é, pois, fundamentada no critério sócio-afetivo, e não biológico. Pai será o marido ou companheiro da mulher que se submeteu ao procedimento de procriação artificial, e com ele consentiu.

Verifica-se, portanto, que a existência de consentimento prévio do marido ou companheiro com a inseminação heteróloga é questão de extrema relevância vez que, uma vez presente, não haverá a possibilidade de impugnação da paternidade. Na ausência de consentimento, contudo, poderá haver tal impugnação, ocasionando graves conseqüências para a criança, daí a necessidade de rigoroso controle envolvendo o procedimento.

Diante de tudo o que foi exposto, conclui-se, derradeiramente, que a difícil opção pelo emprego da inseminação artificial heteróloga como forma de realizar o desejo da filiação deve ser precedida de responsável reflexão por parte do casal, tendo em vista as inúmeras conseqüências que acarreta. Há urgente necessidade de elaboração de lei que regule a prática da inseminação artificial heteróloga em todos os seus aspectos, na tentativa de compatibilizá-la com o critério sócio-afetivo da filiação e com os princípios constitucionais que informam a matéria.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, M. C. de. O direito à filiação integral à luz da dignidade humana. In: PEREIRA, R. C. *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA. In: PEREIRA, R. C. *Família e cidadania – o novo CCB e a “vacatio legis”*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

ASCENSÃO, J. de O. Problemas jurídicos da procriação assistida. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 328, p. 69-80, out/nov/dez, 1994.

AZEVEDO, A. V. Ética, direito e reprodução humana assistida. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 729, p. 43-51, jul. 1996.

BARBOZA, H. H. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. Direito à identidade genética. In: PEREIRA, R. C. *Família e cidadania – o novo CCB e a “vacatio legis”*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

_____. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, E. O. *Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 153-167.

_____. Novas relações de filiação e paternidade. In: PEREIRA, R. C. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. O direito de família brasileiro no final do século XX. In: CONAILLE, J. *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

CARBONERA, S. M. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, L. E. *Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados Aprovados: III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>> Acesso em: 27. jul. 2005.

DINIZ, M. H. *O estado atual do Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, L. E. A nova filiação – crise e superação do estabelecimento da paternidade. In: PEREIRA, R. C. *Repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. *Comentários ao novo Código Civil, volume XVIII: do Direito de Família, do direito pessoal, das relações de parentesco*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Da paternidade; relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Paternidade e ascendência genética. In: LEITE, E. O. *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GAMA, G. C. N. da. *A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, G. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 515-546.

_____. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n. 5, p. 7-28, abr/jun, 2000.

_____. A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 5, n. 19, p. 41-75, ago/set, 2003.

GOMES, R. R. A relevância da Bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional. In: LEITE, E. O. *Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 337-355.

HIRONAKA, G. M. F. N. Bioética e Biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 40-55, jan/fev/mar, 2003.

JOSEPH R., Cardeal. Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e à dignidade da procriação. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/faith/documents/c_con_cfaithdoc_19870222_respect-for-human-life_en.html> Acesso em: 27 jul. 2005

LEITE, E. O. Bioética e presunção de paternidade (considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil. In: _____ *Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17-40.

_____. *Direito civil aplicado, volume 5: direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: _____ *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Procriações artificiais: Bioética e Biodireito*. In: PEREIRA, R. C. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. *Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Temas de direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

LIMA, T. M. M. de. Filiação e Biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n. 13, p. 143-161, abr/jun, 2002.

LÔBO, P. L. N. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, R. C. *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MAIDANA, J. D. O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 24, p. 50-79, jun/jul, 2004.

MEIRELLES, J. M. L. de. Bioética e Biodireito. In: *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Filhos da reprodução assistida. In: PEREIRA, R. C. *Família e cidadania – o novo CCB e a “vacatio legis”*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

MELO, A. D. de. *Filiação biológica – tentando diálogo direito-ciências*. In: LEITE, E. O. *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERLINGIERI, P. *Perfis do Direito Civil*/ tradução: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIBEIRO, G. P. L. *Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida*. In: SÁ, M. F. F. *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 283-303.

RUZYK, C. E. P. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SÁ, M. F. F. de. *Monoparentalidade e Biodireito*. In: PEREIRA, R. C. *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, M. C. C. L. *Quem são os pais? O DNA e a filiação, proposta de solução ou início dos dilemas?* In: LEITE, E. O. *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SAVIN, G. *Crítica ao conceito de maternidade e paternidade diante das novas técnicas de reprodução artificial*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 659, ano 79, p. 234-242, set. 1990.

SCARPARO, M. S. *Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SILVA, R. P. e. *Acertos e desacertos em torno da verdade biológica*. In: LEITE, E. O. *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SZANIAWSKI, E. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual: estudo sobre o transexualismo: aspectos médicos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENCELAU, R. M. *Status* de filho e direito ao conhecimento da origem biológica. In: RAMOS, C. L. S. *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VERUCCI, F. O direito de ter pai. In: LEITE, E. O. *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.