

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 13/12/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34381-da-efetividade-do-direito-filia-o-na-concretiza-o-do-projeto-parental-por-meio-da-reprodu-o-humana-assistida>

Autori: Carlos José Cogo Milanez, Valéria Silva Galdino Cardin

Da efetividade do direito à filiação na concretização do projeto parental por meio da reprodução humana assistida

La eficacia del derecho de filiación en la ejecución del proyecto pariental mediante el reproducción humana asistida

DA EFETIVIDADE DO DIREITO À FILIAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DO
PROJETO PARENTAL POR MEIO DA REPRODUÇÃO HUMANA
ASSISTIDA
LA EFICACIA DEL DERECHO DE FILIACIÓN EN LA EJECUCIÓN DEL
PROYECTO PARENTAL MEDIANTE EL REPRODUCCIÓN HUMANA
ASISTIDA

Carlos José Cogo Milanez¹
<http://lattes.cnpq.br/9423456257815179>
Valéria Silva Galdino Cardin²

SUMÁRIO: Introdução; 2 Dos princípios constitucionais; 3 Da constituição do vínculo familiar; 4 Da filiação; 4.1 Do direito de filiação na Constituição Federal e no Código Civil; 4.2 Da constituição da filiação: filhos naturais, adotivos e biogeneticamente concebidos; 4.3 Do princípio da igualdade da filiação; 4.4 Da verdade afetiva, da verdade biológica e da verdade real; 4.5 Dos novos modelos da filiação; 4.6 Da filiação decorrente da reprodução humana assistida; 4.6.1 Da filiação na reprodução assistida homóloga; 4.6.2 Da filiação na reprodução assistida heteróloga; 4.6.3 Da Maternidade Substitutiva; 5 Do Poder Familiar; 5.1 Do Pátrio Poder ao Poder Familiar; 6 Considerações finais; Referências.

RESUMO: As técnicas de reprodução assistida consistem na intervenção humana empregada para garantir a fecundação de gametas. Referidas técnicas alcançaram maior notoriedade no século XXI. Podem ser aplicadas tanto na modalidade homóloga quanto heteróloga e tais procedimentos admitem que na fecundação sejam utilizados material genético do próprio casal interessado em ter filhos; material genético de uma das partes do casal combinada ao material de doadores ou ainda a fecundação utilizando material genético inteiramente doado. Há a necessidade de regulamentação legal, pois, as técnicas de reprodução assistida são discutidas, sobretudo, em relação aos valores bioéticos que vêm sendo construídos a partir dos avanços tecnológicos obtidos e dos próprios valores defendidos no nosso Direito de Família.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Filiação. Da Realização do Projeto Parental. Reprodução Humana Assistida.

RESUMEN: Las técnicas de reproducción asistida empleadas consisten en la intervención humana para asegurar la fertilización de los gametos. Estas técnicas han alcanzado mayor notoriedad en el siglo XXI. Se puede aplicar en forma homóloga y heteróloga y tales procedimientos aceptan que la fertilización con material genético de la pareja interesada en tener hijos, el material genético de una parte a material combinado de la pareja o de inseminación artificial con material genético donado por completo. Hay una necesidad de una mayor regulación legal, ya que las técnicas de reproducción asistida se discuten, en particular en relación con los valores bioéticos que se han construido a partir de los avances tecnológicos y los valores reales defendidos en el patriotismo Derecho de Familia.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la afiliación; desde Proyecto Parental; Reproducción
INTRODUÇÃO

¹ Advogado. Professor da Universidade Estadual de Londrina – UEL. Professor da Faculdade Arthur Thomas de Londrina. Mestrando em Ciências Jurídicas pelo CESUMAR.

² Advogada em Maringá-PR, professora da Universidade Estadual de Maringá e do Centro Universitário de Maringá-PR; mestre e doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; pós-doutoranda em Direito pela Universidade de Lisboa. Endereço eletrônico: <valeria@galdino.adv.br>.

A infertilidade ainda é um fato que traz angústia a diversas pessoas, uma vez que não permite a realização do projeto parental.

Com o desenvolvimento biotecnológico, foram desenvolvidas técnicas de reprodução assistida que proporcionaram as pessoas inférteis terem filhos, fazendo uso do próprio material genético ou de terceiro.

As técnicas reprodutivas homólogas e heterólogas geram debates doutrinários de conteúdo ético e jurídico, tendo em vista a polêmica que sobrevém de sua aplicação. No Brasil referidas técnicas foram inseridas no ordenamento jurídico pátrio por meio do atual Código Civil no artigo 1597, incisos III, IV e V.

Percebe-se, entretanto, que a utilização desses métodos podem trazer reflexos na ordem jurídica, ética, religiosa e emocional dos envolvidos.

Não se pode ignorar ainda as conseqüências que a evolução científica trouxe para os frutos da reprodução humana assistida em matéria de filiação, tendo vista a quantidade de pessoas geradas por intermédio dessas técnicas.

O objetivo do presente trabalho é apresentar soluções para os problemas que dele dimanam, e constatar quais são os efeitos jurídicos incidentes sobre a filiação oriunda das técnicas reprodutivas.

2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os avanços que a sociedade vem sofrendo repercutem no âmbito jurídico, que muitas vezes não consegue acompanhar tais progressos, procurando resolver questões até então desconhecidas.

Ao analisar a evolução da família brasileira, face às técnicas de reprodução de reprodução humana assistida, percebe-se a importância dada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Alexandre de Moraes:

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana se apresenta em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos; em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.³

³ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 129.

O direito à dignidade da pessoa humana tem como fundamento a defesa dos direitos individuais clássicos - os quais somados aos direitos sociais - compõem um conjunto de direitos fundamentais, imprescindíveis para a vida em sociedade.

A dignidade da pessoa humana pode ser apreendida como um atributo natural, intrínseco ao indivíduo, irrenunciável e inalienável, “constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal”.⁴

Todo pessoa é capaz de autodeterminar seus atos, ou seja, ter a autonomia para determinar e gerir a própria vida, o que significa respeito à dignidade.

A autodeterminação, entendida como a capacidade que cada pessoa tem para livremente governar os seus interesses, conduzindo a sua vida conforme o seu livre arbítrio tem respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição Federal.

Os direitos fundamentais garantidos na atual Constituição Federal, são necessários para a concretização da dignidade da pessoa humana. Assim, consoante Ingo Wolfgang Sarlet “verifica-se ser indissociável a relação entre dignidade da pessoa e os direitos fundamentais (...) sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade da pessoa humana.”⁵

Já o princípio da igualdade previsto na Constituição Federal no art 5º, inciso I, tem como fundamento o tratamento igualitário, ou seja, não se pode fazer distinção entre os indivíduos.

Quanto ao princípio da liberdade, este se vincula ao direito de privacidade, intimidade e de livre exercício da vida privada. A liberdade manifesta a possibilidade de autodeterminar-se.

Verifica-se que o princípio da liberdade individual depende da reserva legal, que o relativiza perante aspectos como por exemplo a proteção da futura criança, por exemplo.

Ainda, há uma linha tênue entre o direito à liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a noção de dignidade é fundada, essencialmente, na liberdade do ser humano.

Note-se que a privacidade não é um princípio irrestrito, tendo sempre em vista o princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à vida baseia-se na proteção da vida como bem precioso e inviolável, cuja abrangência reúne o corpo e as suas partes, isto é, o corpo físico e psíquico e ainda após a

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p.27.

⁵ Ibidem, p. 86-87.

morte. O direito ao corpo é um dos direitos da personalidade, que aborda assuntos como o transplante de órgãos, o aborto e a reprodução assistida.

O direito ao planejamento familiar garante a liberdade de escolha do casal, observados os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável e o melhor interesse da criança, cabendo ao Estado prover os meios científicos e educacionais.

3 DA CONSTITUIÇÃO DO VÍNCULO FAMILIAR

Hodiernamente, a formação das entidades familiares não está adstrita ao casamento.

Rui Ribeiro de Magalhães apresenta duas classificações do instituto familiar: quanto à sua formação e quanto ao sistema que se subordina. Na primeira hipótese, a família é classificada como monoparental, sendo apenas um dos pais responsável por seus descendentes, ou biparental, quando ambos os pais são responsáveis em provê-los. Na segunda, por sua vez, a família pode ser matriarcal ou patriarcal.⁶

Prossegue o aludido autor afirmando que a família moderna é essencialmente nuclear, iniciando-se com a conjunção de duas pessoas e se desenvolve com o nascimento dos filhos, desdobrando-se sua constituição pelos laços colaterais.⁷

Saliente-se que não é raro a prole não possuir vínculo biológico com os pais, como, por exemplo, nas famílias que se formam civilmente pela adoção. No caso em tela, há socioafetividade na estrutura familiar.

O ordenamento jurídico brasileiro seguiu a evolução social, conferiu à família um conceito mais amplo, afastando-se de moralismos e conceitos predefinidos para alcançar o seu verdadeiro sentido, o afeto como elemento primordial na formação das famílias.

4 DA FILIAÇÃO

4.1 DO DIREITO DE FILIAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO CÓDIGO CIVIL

A filiação pode ser entendida como o vínculo jurídico que une o pai ao filho, muito embora não haja qualquer definição na legislação. É a relação de parentesco em primeiro grau e em linha reta que une alguém àqueles que a conceberam ou a adotaram.

O direito de filiação está no § 6º do art. 227 da Constituição Federal, que prevê a igualdade jurídica entre os filhos:

⁶ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. Direito de família no novo código civil brasileiro. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 23.

⁷ Ibidem, p. 24.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O mencionado diploma trouxe inovação nas regras de filiação ao reconhecer a igualdade de direitos e qualificações para os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, vedando qualquer tipo de discriminação, retirando da legislação civil termos como filhos legítimos, naturais, adotados, adulterinos ou incestuosos.⁸

O Código Civil também traz o princípio da igualdade no campo do direito de família no seu art. 1596:

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

Ainda, elencou o atual Código Civil a possibilidade de se reconhecer a filiação antes do nascimento ou ainda após o seu falecimento, caso exista descendentes, consoante o parágrafo único do art. 1.609.

O atual direito de filiação tem os seguintes fundamentos: a perfeita igualdade dos vínculos de filiação independentemente do estado dos pais, a facilidade da declaração da filiação, a responsabilização dos pais, a possibilidade de cada criança ter um vínculo de filiação que a conecte a cada um dos pais e a seguridade e permanência do vínculo da filiação.⁹

O estado de filiação emana do nascimento e este se constitui num direito indisponível, inalienável, imprescritível e irrenunciável.

Ressalta-se que o ordenamento jurídico pátrio privilegia o afeto quando da instituição do vínculo de filiação.

Assim, a filiação não se limita apenas aos laços biológicos ou genéticos, tendo extremo valor a afetividade, no intuito de fundar as relações de parentesco.

O vínculo da filiação impõe aos pais o poder familiar, ou seja, o poder-dever de criar e educar os filhos, conservando-os sob sua guarda e proteção, tendo em vista o princípio da paternidade responsável.

O art. 226, §7º, da Constituição Federal, estabelece o princípio da paternidade responsável:

⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.p. 824

⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. 2 ed. São Paulo: Método, 2009. p.1.126

§ 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.

José Afonso da Silva assevera que a paternidade responsável é aquela consciente, não animalésca. É no princípio da dignidade da pessoa humana, ligado ao da paternidade responsável, na qual se baseia o planejamento familiar, sendo este entendido como a livre decisão do casal, sem que haja qualquer intervenção do Estado.¹⁰

Assim, fundando-se na dignidade da pessoa humana, em hipótese alguma o Estado poderá intervir no projeto parental, prevalecendo o livre arbítrio do casal no que tange ao planejamento familiar.

4.2 DA CONSTITUIÇÃO DA FILIAÇÃO: FILHOS NATURAIS, ADOTIVOS E OS PROVENIENTES DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Segundo Arnaldo Wald, a filiação é o resultado natural da procriação, sendo os filhos fruto desse ato. No entanto, percebe-se que nem sempre o filho e os pais possuem vínculos consanguíneos.¹¹

A filiação natural decorre do critério biológico, ou seja, os pais são aqueles que participam da concepção do filho. Já a filiação civil é aquela estabelecida pela adoção.

De acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo:

[...] o estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele.¹²

A prova da filiação é realizada por meio do registro civil ou por sentença judicial em ações de estado. Há, ainda, a possibilidade de se provar a filiação por testamento e escritura de reconhecimento e emancipação. Portanto, sendo pública e evidente a posse do estado de filho, restando configurada a filiação.

Surgiu, atualmente, outro tipo de filiação, que aquela que decorre dos filhos biogeneticamente concebidos. As técnicas de reprodução são utilizadas, na maioria dos casos, por casais que possuem incompatibilidades genéticas para a reprodução ou que têm dificuldades para procriarem naturalmente.

¹⁰ SILVA, op. cit., p. 825.

¹¹ WALD, Arnaldo. O Novo Direito de Família. - 14 ed. - São Paulo: Saraiva, 2002, p. 195.

¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

4.3 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DOS FILHOS

O princípio da igualdade da filiação se encontra no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal (art. 227, § 6º), ainda previsto no art. 1.596 do Código Civil. Desse modo, não há mais um tratamento diferenciado entre os filhos de diferentes origens cabendo a todos os mesmos direitos.

Portanto, havendo entre pais e filhos o vínculo da parentalidade, oriundo do vínculo civil ou natural, terão os filhos direitos legais idênticos, não podendo existir qualquer distinção.

O princípio da igualdade está presente tanto no preâmbulo da Constituição, ou seja, no art. 5º, quanto no capítulo destinado a família (art. 227, § 6º).

Ao estabelecer a igualdade jurídica entre os filhos, a Constituição Federal proibiu que se qualificassem os filhos em decorrência do estado civil ou da condição dos pais. Logo, prevaleceu não só o princípio da isonomia, mas também o da dignidade da pessoa humana.

A igualdade entre os filhos contém dois significados: o formal e o material. A igualdade em sentido formal é a proibição de expressões como legítimos, naturais, etc. No sentido material, a não discriminação evita qualquer distinção de regime jurídico que acarrete lesão ou desproteção que não seja objetiva e razoavelmente estabelecida.¹³

Desse modo, o filho não pode sofrer discriminação referente ao fato ou as situações de seu nascimento, ou seja, não se pode, assim, beneficiar o filho tido como “legítimo” ou punir o que não o é.

Igualmente, não poderá haver diferenciações entre filhos nascidos na constância do casamento ou de união estável, e os filhos tidos fora da sociedade conjugal.

O direito à filiação como direito fundamental, juntamente com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, visa retirar qualquer disparidade entre a filiação biológica, adotiva ou socioafetiva.

A igualdade em análise é produto da desbiologização e do princípio da afetividade, porque a filiação leva em consideração a existência de um vínculo afetivo, ampliação do conceito de paternidade, a qual abrange o parentesco socioafetivo.

Derivam do direito de filiação, do princípio da proteção integral e da igualdade jurídica entre os filhos, o direito a alimentos e a mútua assistência, a sucessão hereditária, os impedimentos matrimoniais, até mesmo para os filhos adotados entre outras restrições legais.

¹³ LOUREIRO, op. cit., p.1.126.

4.4 DA VERDADE JURÍDICA, DA VERDADE AFETIVA, DA VERDADE BIOLÓGICA E DA VERDADE REAL

A maternidade, até pouco tempo atrás, era apresentada como certa, uma vez que a parentalidade repousava em critérios biológicos.

Desse modo, a maternidade seria conferida àquela que oferecesse os atributos biológicas de mãe, surgindo daí o brocado latino *mater semper certa est*.

O ordenamento legal absorveu essa presunção, determinando como mãe civil toda mulher que exibisse as características biológicas (gestação e parto). Apesar de comumente ser o vínculo biológico levado em conta para a determinação da verdade real da filiação, é possível ver o vínculo da filiação formado a partir de outras verdades.

Guilherme Calmon da Gama assevera que ao lado da filiação natural, a filiação civil foi arquitetada na Antiguidade da civilização humana contando com uma “ficção jurídica” para que os laços de maternidade-paternidade-filiação fossem constituídos.¹⁴

Hodiernamente, existem as mais diversas técnicas de reprodução humana assistida. A determinação da parentalidade e da filiação pode ser feita de modos variados. Nesse ponto, destaca-se o pensamento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁵ que traz diferentes verdades a serem apreciadas, a saber: a biológica, a jurídica ou a afetiva.

Na verdade biológica está presente a consanguinidade, isto é, a filiação pelo parentesco natural.

A verdade jurídica pode ter origem ou não nos laços sanguíneos, sendo reconhecida a filiação a partir de uma ficção jurídica criada pela lei, havendo, nesse caso, uma presunção do vínculo parentalidade-filiação como estabelecido no art. 1597 do Código Civil, ou seja, aqueles nascidos cento e oitenta dias depois de estabelecida a convivência conjugal, os nascidos trezentos dias após a dissolução da sociedade conjugal, os havidos por fecundação artificial homóloga e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga desde que haja autorização do marido.

Na verdade afetiva, o que prevalece é o afeto, ou seja, o desejo de ser pai/mãe como atributo decisivo da relação. Nesse caso, o vínculo de filiação pela verdade afetiva é caracterizado pela afeição emocional que pais e filhos apesar de não possuírem vínculos biológicos, como acontece em casos de adoção.

¹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade – Filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 p.472.

¹⁵ Ibidem, loc. cit.

4.5 DOS NOVOS MODELOS DE FILIAÇÃO

A partir da Constituição de 1988 iniciou-se uma revolução no Direito de Família. O texto constitucional passou a estabelecer a igualdade entre os filhos, proibindo qualquer distinção, como já foi observado.

Destaque-se o reconhecimento da afetividade na relação de filiação. A filiação biológica não possui a superioridade sobre as outras. A afetividade e a posse do estado de filho passam a ser indispensáveis na afirmação da filiação e dos direitos e obrigações.

Há de se apontar o direito à origem biológica, como direito de personalidade, com a questão da filiação, a qual não provém mais exclusivamente do liame consanguíneo, como, por exemplo, na adoção e na fecundação heteróloga.

Acerca do tema, elucida Maria Berenice Dias:

A identificação dos vínculos de parentalidade não pode mais se buscar exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes. As facilidades que os métodos de reprodução assistida trouxeram permitem a qualquer um realizar o sonho de ter um filho. Para isso não precisa ser casado, ter um par ou mesmo manter uma relação sexual. Assim, não há como identificar o pai com o cedente do espermatozóide. Também não dá para dizer se a mãe é a que doa o óvulo, a que cede o útero ou aquela que faz uso do óvulo de uma mulher e do útero de outra para gestar um filho, sem fazer parte do processo procriativo. Submetendo-se a mulher a qualquer desses procedimentos torna-se mãe, o que acaba com a presunção de que a maternidade é sempre certa.¹⁶

Os filhos podem decorrer de procedência genética conhecida ou não, de escolha efetiva do casamento, de união estável, de entidade monoparental ou de outra entidade familiar implicitamente constitucionalizada, sendo observado o sujeito de direito e sua dignidade.

4.6 DA FILIAÇÃO DECORRENTE DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Com a evolução das técnicas de reprodução humana assistida, surgiu a necessidade de se regulamentar as relações jurídicas derivadas do seu uso, sobretudo no Direito de Família, no que tange à filiação e ao parentesco.

O Código Civil tratou da reprodução humana assistida no capítulo referente à filiação, no art. 1597, incisos III, IV e V, ou seja, os havidos por fecundação artificial homóloga e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga desde que haja autorização do marido

Referido dispositivo prevê casos de inseminação artificial homóloga, quando o material genético pertence ao casal e heteróloga, quando é de terceiro.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 321.

Destaca-se que embora o dispositivo se refira ao casamento, por força do disposto no art. 226 da Constituição Federal, as regras devem ser aplicadas as outras entidades familiares.

4.6.1 Da Filiação na Reprodução Humana Assistida Homóloga

A filiação proveniente da reprodução humana homóloga, concretizada com sêmen e óvulo do casal, não oferece maiores discussões. Quando há o consentimento livre e informado de ambas as partes para prática do procedimento, serão, assim, considerados pais do filho assim gerado.

Questão interessante é a da paternidade dos filhos obtidos através da inseminação artificial homóloga ao marido ou companheiro, ainda que o nascimento tenha ocorrido após o falecimento deste e aproveitados os embriões excedentários. Se o marido aprovou a efetivação da inseminação artificial com seu material genético acolheu a paternidade do filho, não se levando em conta a época de sua concepção e nascimento.

Logo, os filhos que derivarem de embriões com material genético do marido e da mulher gozam da presunção de paternidade, uma vez que a origem do material é conhecida, e, conseqüentemente, constitui-se a relação de filiação, a qual não poderá ser discutida.

No entanto, há debates na esfera do direito sucessório, posto que o filho, produto da inseminação artificial homóloga, pode nascer e até mesmo ser concebido após a morte de seu pai.

Acerca do tema, explica Caio Mario que não se pode pensar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, já que a transmissão da herança é resultado da morte, participando dela as pessoas nascidas ou já concebidas na ocasião da abertura da sucessão (art. 1798 do Código Civil).¹⁷

O enunciado número 106, elaborado durante a I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários, indica que seja presumida a paternidade do marido falecido quando houver autorização escrita para que a mulher utilize seu material genético após a sua morte. Quando há autorização, verifica-se a constituição dos vínculos paterno-filiais e conseqüentemente forma-se o direito do filho em ser reconhecido ainda que após a morte de seu pai.

Ainda, traz a Resolução n. 1957/2010, do Conselho Federal de Medicina, que deve haver autorização escrita do marido, divulgando seu consentimento para que seu material genético seja utilizado após sua morte.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v5 p. 31.

O Enunciado 107 coloca que, finda a sociedade conjugal, conforme o art. 1.571, a regra do inciso IV apenas poderá ser aplicada se houver autorização anterior, por escrito, dos ex-cônjuges, para utilização dos embriões excedentários, podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação dos embriões.

As diversas filiações determinadas pelas técnicas de reprodução assistida estão no Código Civil atual.

De acordo com Silvio de Salvo Venosa¹⁸ não obstante a filiação proveniente de técnicas biomédicas ter sido abrangida na lei civil, não se pode afirmar que tais técnicas estejam regularizadas ou autorizadas. O que há em matéria legal acerca das técnicas de reprodução é a Resolução número 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, que não possui caráter imperativo.

Portanto, mesmo em caso de reprodução humana homóloga, se faz necessária a interpretação de princípios constitucionais para se atribuir o estado de filiação.

4.6.2 Da Filiação na Reprodução Assistida Heteróloga

O inciso V, do art. 1597 do Código Civil confere a paternidade ao marido, dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja autorização prévia daquele.

Portanto, permitindo a realização da inseminação artificial heteróloga, o marido chama para si a paternidade do filho resultante, considera-se a existência de vínculo igual ao produzido pela geração natural havida no casamento.

De acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo, a lei não exige que haja autorização escrita, devendo apenas ser prévia, a qual pode ser verbal e demonstrada em juízo como tal.¹⁹

O Enunciado 104 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal dispõe que no campo das técnicas de reprodução assistida abrangendo o emprego de material fecundante de terceiros, a hipótese fática da relação sexual é trocada pela vontade juridicamente considerada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que se refere ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa ou implícita de vontade no andamento do casamento.

Consoante Maria Helena Diniz a impugnação da paternidade conduzirá o filho a uma paternidade incerta, pois há o segredo profissional médico e o anonimato do doador do sêmen utilizado. Desse modo, o art. 1.597, inciso V do Código Civil buscou fazer com que o princípio de segurança nas relações jurídicas prevalecesse ante o compromisso vinculante

¹⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família.** São Paulo: Atlas, 2006. v6. p. 245.

¹⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado.** São Paulo: Atlas, 2003. v16 p. 53.

entre cônjuges de assumir a paternidade e a maternidade, ainda que com elemento genético estranho, prevalecendo-se o elemento institucional e não biológico.²⁰

Entretanto, é admissível a impugnação da paternidade se for provado que, na realidade o filho é oriundo da infidelidade de sua mulher.

A imputação da paternidade ou maternidade, nas hipóteses de inseminação artificial heteróloga, evidencia que nem sempre o vínculo biológico deve prevalecer nas relações de filiação, e sim a relação socioafetiva.

Na reprodução humana assistida, o anseio de ter um filho e assumir todas as consequências da paternidade e da maternidade é prevacente ao liame genético que conecta os pais ao filho, assim como acontece na adoção.

A paternidade conferida ao homem pelo artigo 1.597, inciso V do Código Civil, no caso de reprodução assistida heteróloga, evidencia a intenção do legislador de se retirar o fator biológico como determinante do estado de filiação, conferindo a afetividade idêntico destaque.

4.6.3 DA MATERNIDADE SUBSTITUTIVA

Ainda sem qualquer regulamentação na legislação pátria, a maternidade substitutiva pode também ser considerada como uma das técnicas de reprodução humana, gerando grandes reflexos no estado de filiação.

Isto porque a mulher que pari a criança é pessoa estranha ao casal autor do projeto parental.

Há dois tipos de maternidade substitutiva. A primeira pode ser considerada total, quando a cedente do útero gera um embrião com material genético proveniente de terceiros, ou parcial, quando esta concebe um embrião que contém seu material genético, portanto cedeu seu óvulo para a fecundação.²¹

Nestas hipóteses de maternidade substitutiva, a quem deve ser conferida a maternidade?

Nas afirmações de Zeno Veloso²²: “tem prevalecido na legislação comparada o princípio de que a mãe é aquela que dá a luz à criança. Advindo daí, que a maternidade é legalmente estabelecida pelo parto e não pela transmissão de patrimônio genético”.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. v5 p. 405.

²¹ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Direito penal genético e a Lei de Biossegurança*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 46.

²² VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 155.

José Roberto Moreira Filho entende que se deve atribuir a maternidade à mãe que gestou a criança, por questões de afinidade e aleitamento.²³

É de se discordar dos dois posicionamentos citados, uma vez que, no caso de maternidade substitutiva, a mulher que cede o útero apenas o meio utilizado para gerar a criança, não sendo ela autora do projeto parental.

No Brasil, a Resolução n.º 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina traz disposições acerca do assunto, proibindo envolvimento econômico, bem como exigindo que haja vínculo de parentesco próximo da mãe que doou o material genético.

Eduardo de Oliveira Leite afirma que “o direito de filiação não é somente o direito da filiação biológica, mas é também o direito de filiação querida, da filiação vivida, tendo em vista sobretudo o interesse da criança”.²⁴

Maria Helena Diniz²⁵ assim afirma:

Urge que haja norma privilegiando a maternidade socioafetiva, pois, independentemente da origem genética ou gestacional, mãe seria aquela que manifestou a vontade de procriar, recorrendo para tanto a terceiros para que esta se concretizasse.

Conclui-se, portanto, que em caso de maternidade substitutiva o estado de filiação também deve ser conferido ao casal que projetou o futuro filho, em detrimento da possível maternidade em relação à pessoa que apenas cedeu o útero para gerar a criança.

5 DO PODER FAMILIAR

O estudo da autoridade parental é de grande relevância, posto que a relação de autoridade entre pais e filhos não se restringe à consaguinidade, podendo ser muito mais ampla, na proporção em que se direciona especialmente à formação da prole, visando o seu melhor interesse.

Dispõe o art. 1603 do Código Civil que os filhos, enquanto menores estão sujeitos ao poder familiar. Assim, bastam a condição de filho e a menoridade para que haja a relação de autoridade parental.

Todo filho é subordinado ao poder familiar, independente de sua origem.

5.1 DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

²³ MOREIRA FILHO, José Roberto. Os novos contornos da filiação e dos direitos sucessórios em face da reprodução humana assistida. In: *Bioética e biodireito: uma introdução crítica*. GUERRA, Arthur Magno e Silva (org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 203.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 555.

O Código Civil de 1916, distinguia os filhos em razão de sua origem a autoridade parental, sendo dirigida somente aos filhos legitimados e legalmente reconhecidos, marginalizando os filhos ilegítimos, em seu art. 379 afirmava que: “Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.”

O poder familiar é a designação que adotou o Código Civil para o pátrio poder, nomenclatura anterior. O instituto, seguindo a evolução das relações familiares, modificou substancialmente no decorrer dos anos, distanciando-se da atribuição originária, direcionada ao exercício de poder dos pais sobre os filhos.

De acordo com Roberto João Elias:

[...] o conceito de pátrio poder, em nosso tempo, é bem diverso do existente na Antiguidade, antes do advento do Cristianismo. Outrora como ocorria, por exemplo, entre os romanos, o instituto representava para os seus titulares um poder absoluto, inclusive de vida e morte sobre os filhos.²⁶

O pátrio poder, reflexo da família patriarcal, matrimonilizada e hierarquizada concebia o poder que o pai tinha sobre os filhos. O marido era tido como chefe da sociedade conjugal, titular do pátrio poder sobre os filhos menores e apenas na sua falta ou impedimento o encargo para a mulher.

Tal situação foi modificada com o advento da Constituição Federal de 1988 que reconheceu a igualdade entre os cônjuges, conferiu o comando da sociedade conjugal e o poder familiar ao casal.

Concedido o poder familiar ao casal, existindo desacordo entre os cônjuges, não prevalecerá a vontade paterna, e aquele que estiver inconformado deverá recorrer à Justiça, posto que o exercício do poder familiar é de ambos os cônjuges, de maneira igualitária.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo:

As vicissitudes por que passou a família, no mundo ocidental, repercutiram no conteúdo do poder familiar. Quanto maiores foram a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos, entre os membros da família, tanto maior foi o pátrio poder e o poder marital. À medida que se deu a emancipação da mulher casada, deixando de ser ‘alieni juris’, à medida que os filhos foram emergindo com dignidade e obtendo tratamento legal isonômico, independentemente de sua origem, houve redução do *quantum* despótico, restringindo esses poderes domésticos.²⁷

Objetivando a formação apropriada dos filhos e proteção destes, alterou-se o alicerce

²⁶ ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder**: guarda dos filhos e direito de visita. Saraiva: 1999. p 5.

²⁷ LÔBO, op. cit., p. 49.

da família para o afeto, conferindo-se aos cônjuges igualdade no direito sobre os filhos.

Arnold Wald conceitua o poder familiar como:

[...] o direito do pai sobre os filhos, outrora considerado como verdadeiro direito subjetivo, é definido, pelo direito contemporâneo, como um poder jurídico, ou seja, como pátrio poder-dever, exercido pelo pai e pela mãe, por delegação do Estado, no interesse da família.²⁸

Trata-se a autoridade parental de instituto complexo, posto que há a imputação de poderes e deveres a serem desempenhados, em favor dos filhos, pelo titular do poder. Todavia, não são considerados os filhos como sujeitos passivos da citada relação jurídica, sendo tão-só seus favorecidos. Inexiste, na relação parental o predomínio entre os sujeitos abrangidos.

Considerações Finais

Existem diversas discussões a respeito da reprodução assistida, muito embora esteja prevista no Código Civil vigente.

No entanto, não se deve negar que, apesar de ser um campo controverso, constitui direito de cada um a reprodução, uma vez que a Constituição Federal protegeu o livre planejamento familiar.

O emprego das técnicas de reprodução assistida é possível, seja na modalidade homóloga, heteróloga ou ainda através da maternidade substitutiva, na vigência da entidade familiar ou após a morte do cônjuge. Porém, devem-se observar os requisitos indispensáveis à sua aplicação e as demais providências a serem adotadas, especialmente no que diz respeito às técnicas heterólogas ou em caso de cessão do útero.

Em caso de reprodução assistida homóloga, constatou-se que, apesar de disciplinada no atual Código Civil, algumas lacunas ainda são visíveis como no caso de inseminação *post mortem*.

Já em relação a reprodução humana heteróloga, verifica-se a ausência de previsão legal no tocante a maternidade, uma vez que o Código Civil se refere apenas e tão somente à paternidade.

A maternidade substitutiva é a técnica de reprodução assistida de maior polêmica, uma vez que a presunção *mater semper certa est*, que sempre foi utilizada como princípio para se conferir a maternidade a alguém, encontra-se em total decadência, face à possibilidade de uma mulher estranha ao casal gerar e parir criança projetada pelo casal.

²⁸ WALD, op. cit., p. 227.

Diante de tais possibilidades, faz-se necessário, a observância e proteção do melhor interesse da criança concebida, em virtude da sua vulnerabilidade jurídica, biológica e afetiva.

Verifica-se o avanço no direito de família, ocorrido, nomeadamente pela influência dos princípios e normas adotadas pela Constituição Federal de 1988.

O progresso da Constituição Federal refletiu principalmente em matéria da proteção dos filhos e no seu direito irrenunciável e inalienável de filiação.

Logo, não é lícito qualquer tipo de discriminação entre os filhos, pois são juridicamente iguais, em direitos e deveres, independente de serem biológicos, adotados ou socioafetivos.

Referências

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. v 4.

_____. *O Estado Atual do Biodireito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder**: guarda dos filhos e direito de visita. Saraiva: 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade – Filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

_____. **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de família no novo código civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA FILHO, José Roberto. Os novos contornos da filiação e dos direitos sucessórios em face da reprodução humana assistida. In: **Bioética e biodireito**: uma introdução crítica. GUERRA, Arthur Magno e Silva (org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. .4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v 5.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Direito penal genético e a Lei de Biossegurança**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. São Paulo: Atlas, 2006. v 6.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. - 14 ed. - São Paulo: Saraiva, 2002.