



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Filiação Heteróloga e os Novos Direitos

Fabiana Lopes Fernandes Mattos

Rio de Janeiro
2009

FABIANA LOPES FERNANDES MATTOS

Filiação Heteróloga e os Novos Direitos

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof^ª. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

FILIAÇÃO HETERÓLOGA E OS NOVOS DIREITOS

Fabiana Lopes Fernandes Mattos

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: trata-se de trabalho acerca da filiação decorrente das técnicas de reprodução assistida, que busca demonstrar a necessidade de uma legislação capaz de acompanhar os avanços da biotecnologia face à necessidade de limites éticos e jurídicos à procriação artificial. Analisa as principais técnicas de reprodução humana artificial e sua repercussão no Direito de Família. Diante da possibilidade de reprodução com material genético de um terceiro, estranho ao casal, surgem questões relativas à verdade real de filiação. Nesse contexto, surge este trabalho, já que muitos confundem o estado de filiação com o direito ao conhecimento da origem genética.

Palavras-chaves: Reprodução, Assistida, Filiação.

Sumário: Introdução. 1. Família e Filiação. 1.1. A Filiação no Direito Positivo Brasileiro. 1.2. Critérios de Fixação de Filiação. 1.3. Direito à Reprodução e Autonomia Reprodutiva. 2. Reprodução Medicamente Assistida. 2.1.1. Inseminação Artificial. 2.1.1.1. Técnicas de Inseminação Artificial. 2.1.2. Fertilização *in vitro* (FIV). 2.1.2.1. Técnicas de Fertilização Artificial. 3. A Filiação Heteróloga. 4. A Reprodução Assistida Heteróloga e o Direito da Pessoa Gerada ao Conhecimento de sua Origem Genética. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o Direito advém da realidade social, pois mediante os costumes, os fatos e as novas tecnologias a lei transforma-se.

No que diz respeito à filiação, sempre houve dificuldades para se atribuir a paternidade a alguém. A ciência jurídica, por sua vez, não fugiu a essa regra, e, procurando amenizar estas dificuldades, os doutrinadores criaram o sistema de presunções para determinar de forma mais coerente o vínculo filial.

Surgiu, então, a presunção de paternidade, ou seja, presunção *pater is est*, por meio da qual passou a se atribuir ao marido a paternidade de filho concebido pela mulher na constância do casamento. Essa presunção surgiu com o objetivo de proteger a família, sustentando, muitas vezes, uma mentira jurídica em nome da paz familiar.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o instituto família foi constitucionalizado, ganhando mais proteção do Estado. Referidas reformas, porém, acabaram por modificar os ditames do estabelecimento da paternidade, igualando todos os filhos, legítimos e ilegítimos, proibindo qualquer tipo de tratamento discriminatório entre eles.

Posteriormente, em 1990, surgiu a lei 8.069, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, garantido ao filho, em seu artigo 27, o direito de a qualquer momento buscar a verdadeira paternidade biológica. Essa busca tornou-se mais evidente após a descoberta do exame de DNA, que veio conferir a certeza da filiação biológica aos pais e filhos.

É cediço que não há em nosso ordenamento jurídico legislação capaz de acompanhar a velocidade dos avanços científicos da reprodução assistida. Assim, de início, a proposta do presente estudo baseia-se no seguinte questionamento: será que é possível resolver todas as questões controversas mediante o princípio da legalidade, levando-se em consideração que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei?

É notório o descompasso entre os costumes e a norma, mas ele se torna mais evidente no que tange à reprodução humana artificial, que traz indubitavelmente importantes consequências para o estado de filiação da criança.

Destarte, faz necessário que o legislador assim como estabeleceu a presunção de paternidade no artigo 1.597 do novo Código Civil, também discipline as diversas situações derivadas da filiação decorrente da reprodução assistida, a fim de que não fiquem à mercê de entendimentos e sem o mínimo de uniformização.

1. FAMÍLIA E FILIAÇÃO

1.1. A FILIAÇÃO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

No Brasil, a questão dos direitos relativos à filiação é regulada pelo Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Sob este prisma, a matéria é regulada no Livro IV – Do Direito de Família, que, entre outras inovações, traz em seu bojo a substituição do ideal conservador da existência única da família dita legítima, ou seja, aquela que tem por base o casamento dos pais quando da concepção, ao reconhecer outras formas de convivência, com fundamento no estabelecido na Carta Magna de 1988.

Filiação é uma palavra que deriva do latim *filiatio*, traduzindo-se pela relação de parentesco que se estabelece entre os pais e o filho em linha reta, gerando o estado de filho. Nem sempre essa filiação decorre da consangüinidade, que deriva da união sexual dos pais. Além da filiação civil estabelecida por meio do instituto da adoção hoje há também as técnicas de reprodução medicamente assistida.

Analisando o conceito amplo da palavra filiação, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos. Portanto, sob esse prisma, o direito de filiação abrange também o pátrio poder, atualmente denominado poder familiar, que os pais exercem em relação aos filhos menores, bem como os direitos protetivos e assistenciais em geral.

Ordinariamente, afirmava-se que a maternidade era sempre certa, cuja expressão em latim é *mater semper certa est*, diferentemente da paternidade que era sempre incerta (*pater semper incertus est*). Tratava-se, pois, de um dogma, visto que a maternidade era sempre suscetível de ser provada, enquanto a paternidade era de difícil comprovação. Hoje, pode-se apontar como quase absoluta certeza a paternidade diante dos enormes avanços tecnológicos no mundo da ciência genética.

Contudo, é notória a série de inovações trazidas pelo novo diploma civilista, especificamente no instituto da filiação, inclusive, com a modificação no artigo 1.596, CC, que reza expressamente acerca da impossibilidade de distinção de direitos entre filhos.

Atualmente, nem sempre é possível fazer coincidir a verdade biológica com a verdade jurídica, pois quando a filiação é decorrente de procriação artificial heteróloga deve prevalecer a verdade sócio-afetiva que dá fundamento à verdade jurídica, uma vez que a procriação natural não agracia a todos.

1.2. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE FILIAÇÃO

É oportuno observar a existência de classificação para o instituto ora analisado, que leva em conta o critério da fonte da filiação. Diante disso, poder-se-ão encontrar filiação legal (jurídica) – esta relacionada à ficção jurídica criada na lei –; filiação biológica – vinculada à verdade biológica –; e filiação afetiva – atinente à verdade sócio-afetiva, que, em determinados casos, prevalece sobre as duas anteriores.

No Direito brasileiro, com base na noção do melhor interesse da criança, tem-se considerado a prevalência do critério socioafetivo para fins de se assegurar a primazia da tutela à pessoa dos filhos, no resguardo dos seus direitos fundamentais, notadamente o direito à convivência familiar.

1.3. DIREITO À REPRODUÇÃO E AUTONOMIA REPRODUTIVA

É da natureza do ser humano o desejo de se perpetuar e, quando este se vê incapaz de procriar, sente-se inconformado, pois não é de hoje que a infertilidade preocupa e gera danos psíquicos ao homem, haja vista o sentimento de impotência que surge face à impossibilidade de gerar descendentes.

A reprodução artificial humana veio por solucionar o problema da esterilidade de muitos casais, ao tornar possível a realização do sonho de ter filhos, porém os progressos não atingiram somente o casamento em si mesmo considerado, privilegiando a relação marido e mulher, mas afetaram a filiação que vincula uma criança a seu pai e a sua mãe.

Na esfera do estudo dos aspectos civis do acesso às técnicas de reprodução assistida, surge a questão envolvendo o direito à reprodução (ou o direito à procriação), sendo matéria presente na história de todas as civilizações e, ainda, nos próprios ordenamentos jurídicos dos povos desde os tempos antigos.

Indubitável é a relevância do tema – a própria sobrevivência e preservação da espécie encontram-se intimamente relacionadas à procriação. A questão central encontra-se na discussão sobre se a busca da reprodução além dos limites impostos pela natureza, ou seja, por meio das técnicas de reprodução medicamente assistida, pode ser justificada em uma nova categoria de direitos humanos fundamentais – O Direito à reprodução.

O direito à procriação é garantido mundialmente, ao lado do direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, sendo reconhecido na Declaração Universal dos Direitos do Homem – Resolução da III Sessão Ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas, aprovada em Paris, em 10 de dezembro de 1978 –, sendo o direito de família previsto nos artigos I, III, VII e XVI.

Nesse passo, torna-se desumano frente às técnicas de procriação e avanço biogenético negar o direito de reprodução ao ser humano. Inobstante, há quem defenda que os casais inférteis deveriam recorrer à adoção, entretantes, embora seja uma forma indireta de minimizar um problema social do país, não satisfaz por completo a necessidade do casal de criar um filho que tenha ao menos o material genético de um deles.

De tal sorte, as técnicas devem auxiliar na resolução dos problemas da infertilidade e facilitar o processo de procriação, quando outras técnicas terapêuticas tenham sido ineficientes para a solução da situação da infertilidade, conforme, o artigo 1º, Seção I, da Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.

2. REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

Podemos conceituar a reprodução humana assistida como um conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano.

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 da infertilidade, conforme estabelecido na Resolução n. 1.358/92 do CFM.

Como se vê, não constituem um método alternativo à reprodução natural e só devem ser utilizadas quando não for possível, por outros meios, o tratamento da infertilidade.

Nesse sentido, as técnicas de reprodução medicamente assistida têm como escopo a substituição da forma natural de reprodução, a relação sexual entre homem e mulher, por um procedimento reprodutivo que envolve uma técnica de fecundação pela via não natural.

Assim, é conveniente separar as espécies de parentalidade-filiação segundo a técnica adotada: a) inseminação artificial, de fertilização *in vitro* e outras que envolvam apenas o

material fecundante do casal – de cônjuges ou de companheiros; b) inseminação artificial, de fertilização *in vitro* e outras que envolvam o material fecundante de apenas um dos cônjuges ou companheiros, contando com a doação de sêmen (ou espermatozóide) de terceiro; c) transferência de embriões de terceiros, não contando com qualquer contribuição dos cônjuges ou companheiros no que toca ao material genético da futura criança; d) maternidade-de-substituição, que envolve a gravidez por outra mulher que não aquela desejosa por ter um filho.

Explicitadas as diversas espécies de parentalidade-filiação, pode-se observar que as técnicas de reprodução assistida reduzem-se a duas espécies, quais sejam: a homóloga e a heteróloga.

A homóloga traduz-se pela utilização do material genético dos demandantes para a gestação da criança. A heteróloga, por sua vez, consiste em uma espécie de reprodução na qual é utilizado material genético diverso dos futuros pais da criança a ser gerada, ou seja, o espermatozóide ou o óvulo, ou ambos, são provenientes de um (a) terceiro (a) ou mais doador (es).

A espécie heteróloga é, sem dúvida alguma, a técnica de reprodução artificial cujos resultados trazem mais problemas para o mundo jurídico e, por essa razão, a questão será tratada, levando-se em conta as consequências de sua utilização no Direito de Família e no Direito de Sucessões.

2.1.1. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL (IA)

A inseminação artificial é o processo pelo qual dá-se a transferência mecânica de gametas masculinos, previamente colhidos e tratados, para o interior do aparelho genital feminino.

Pode-se dizer que a inseminação artificial é a inoculação de esperma nos órgãos genitais da mulher, sendo realizada através de utilização de aparelhos especiais. Constitui o método mais simples da fertilização assistida, em que se colhe o material genético do homem, mediante a masturbação, para após ser implantado na mulher, para que, dentro dela, ocorra a fecundação.

A inseminação artificial ou fecundação *in vivo*, se processa sem haver relação sexual ou qualquer manipulação externa do embrião, enquanto na fertilização *in vitro* há manipulação externa. A referida técnica pode ser homóloga, quando, tanto o doador do sêmen, quanto a receptora, formam um casal, ou heteróloga, quando há participação, como doador do sêmen, uma terceira pessoa.

A inseminação homóloga ou auto-inseminação é aquela realizada com sêmen do próprio marido ou companheiro. Esta técnica é indicada para casais que possuem as células sexuais aptas à fecundação (óvulo e espermatozóides), entretanto, veem-se impossibilitados de conceber um filho naturalmente, sem a intervenção de terceiro.

A técnica da inseminação artificial homóloga consiste em ser a mulher inseminada com o esperma do marido ou do companheiro, previamente colhido por meio da masturbação. O líquido seminal é injetado, pelo médico, na cavidade uterina ou no canal cervical da mulher, na época em que o óvulo encontra-se apto a ser fertilizado.

A inseminação artificial homóloga, quanto à filiação, não gera maiores problemas, pois o material genético utilizado no procedimento é fornecido pelo próprio casal que se submete à reprodução assistida e que ficará com a criança. Portanto, haverá uma conciliação entre a filiação biológica e a afetiva.

O problema ocorre quando se trata de casal separado em que há sêmen congelado e sobre eventual utilização, em que traria conflitos na esfera da paternidade e no direito à

sucessão. Outro ponto polêmico é o da utilização do sêmen criopreservado após a morte do marido ou companheiro.

A inseminação heteróloga é aquela feita em mulher casada ou companheira, durante o matrimônio ou união estável – nos casos em que o marido ou companheiro seja infértil – com sêmen originário de terceira pessoa. Aplica-se, principalmente, nos casos de esterilidade do marido e incompatibilidade de fator Rh.

A inseminação artificial heteróloga gera dúvidas no que tange à filiação, visto que a criança gerada através dessa técnica possuirá um pai biológico diverso daquele que o irá registrar e acolher.

Desse modo, a diferença crucial entre a inseminação homóloga da heteróloga reside no fato de que nesta última há a presença de uma terceira pessoa, tendo em vista que o material genético do homem, qual seja, o sêmen, é doado por terceiro.

O consentimento informado é fundamental para a inseminação de mulheres casadas ou vivendo em união estável, de acordo com o estabelecido na Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, no momento em que exige a aprovação do cônjuge ou companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

2.1.1.1. TÉCNICAS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

Quanto às técnicas de inseminação artificial, cabe salientar as seguintes técnicas: inseminação intra-uterina, inseminação intraperitoneal, inseminação intratubárica (GIFT).

A inseminação intra-uterina consiste em depositar o sêmen coletado na cavidade do útero da mulher receptora, mediante o uso de um cateter, para que ocorra a fecundação intracorporal.

A inseminação intraperitoneal não é muito utilizada, pois necessita de um número muito grande de espermatozóides para se conseguir a fertilização, e consiste fundamentalmente na injeção do sêmen dentro da cavidade abdominal da mulher, a fim de se fertilizar o óvulo.

Por fim, a transferência intratubárica de gametas (*gamete intrafalopian transfer*) destina-se, principalmente, ao tratamento da esterilidade inexplicada. Trata-se de uma técnica de procriação assistida na qual, após a estimulação química, os óvulos são recolhidos e introduzidos em um fino cateter junto com o material genético do homem, previamente coletado e preparado, sendo, em seguida, transferido para a trompa de Falópio (lugar natural da fertilização). A fecundação ocorrerá dentro do corpo humano.

2.1.2. FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* (FIV)

A fertilização *in vitro*, a contrário da inseminação artificial, é uma técnica de reprodução medicamente assistida em que a concepção da nova vida ocorre fora do corpo da mulher, vale dizer, em laboratório.

Consiste na fecundação do óvulo *in vitro*, ou seja, os gametas masculino e feminino são previamente recolhidos e colocados e contato *in vitro* para que sejam fecundados. O embrião resultante é transferido para o útero ou para as trompas. Podem-se utilizar óvulos e espermatozóides doados, neste caso a fecundação será heteróloga, ou do próprio casal interessado, sendo a fecundação homóloga.

A diferença entre a técnica de inseminação artificial homóloga da fertilização *in vitro* homóloga é que, nesta última, a fecundação ocorre, em regra, em uma placa de Petri, fora do útero ou cavidade cervical.

O procedimento realizado é bastante simples, consistente na retirada do óvulo com a consequente fecundação com o sêmen do próprio marido ou companheiro, para posterior implantação do embrião no útero da mulher que forneceu o óvulo ou de outra mulher, quando esta não tiver condições para realizar a gestação.

As situações conflitantes brotam da fecundação *in vitro* na sua forma heteróloga, uma vez que a filiação não corresponderá à verdade biológica, pois um ou os dois gametas não são fornecidos pelo casal interessado. Nesse tipo de procedimento, diversas possibilidades podem ser encontradas, como: óvulo da mulher fecundado por sêmen de um terceiro; óvulo de uma doadora fecundado pelo sêmen do marido ou companheiro; ou, tanto o óvulo quanto o sêmen são de doadores estranhos à relação.

2.1.2.1. TÉCNICAS DE FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL

Quanto às técnicas de fertilização artificial, cabe salientar as seguintes técnicas: transferência de zigoto nas trompas de Falópio (ZIFT) e transferência em estágio pró-núcleo (PROST).

A transferência de zigoto nas trompas de Falópio (*zibot intra fallopian transfer*) ocorre quando o embrião a ser implantado no corpo da mulher já sofreu uma divisão celular, encontrando-se com duas a oito células.

Já a transferência em estágio pró-núcleo, dá-se quando há a transferência do óvulo já fecundado em estágio de pró-núcleos (*pro nuclear stage transfer*) para o corpo da mulher, depois de se constatar a existência de pró-núcleos, o que ocorre aproximadamente após 18 (dezoito) horas da fecundação.

3. A FILIAÇÃO HETERÓLOGA

Como já explicitado anteriormente, as técnicas de reprodução assistida heteróloga pressupõem a necessidade de utilização de material fecundante de terceiro, estranho ao casal, ou seja, um dos cônjuges ou companheiros contribui com seu material fecundante e o outro não, por força da esterilidade. Vale salientar que também é possível adotar a referida técnica nos casos em que ambos os cônjuges ou companheiros não tenham condições de contribuir com qualquer material fecundante.

A maior parte dos casos de aplicação das técnicas de reprodução heteróloga vinculase à doação de sêmen de terceiro. Nesse mister, inexiste dúvida de que, relativamente à mulher, o fundamento do vínculo que se estabelecerá entre ela e a criança é o biológico. A questão mais divergente refere-se ao marido ou companheiro e à futura criança. Indubitável é que não será a consanguinidade a origem do vínculo de paternidade-filiação, sendo certo que haverá necessidade de se verificar a presença ou não do consentimento do marido para o fim de ser reconhecido o parentesco, que não será o natural, mas o civil, diante de a sua origem ser diversa da consangüinidade.

No contexto do casamento e dos aspectos civis da parentalidade-filiação, há alguns pontos que servirão de distinção entre as técnicas aplicadas em casos de casamento e companheirismo, levando em conta essencialmente a presença (ou ausência) de consentimento do consorte, normalmente o marido (ou companheiro).

Nos casos do recurso às técnicas de reprodução assistida heteróloga – com doador de sêmen – é necessário constatar se o momento em que se verificou a concepção era época da existência do casamento, abrangendo inclusive os prazos legais previstos no artigo 1.597 do Código Civil de 2002.

Em ocorrendo a concepção diante do tratamento que a mulher se submeteu no período do casamento, independentemente do consentimento do marido, haverá presunção de paternidade, já que tem como pressuposto o risco da situação em que se encontra o marido no sentido de assumir as consequências da procriação colocada em prática pelo cônjuge mulher, ainda que unilateralmente. Tal presunção, no entanto, é relativa, porque poderá ser afastada em se provando que não houve vontade por ele manifestada no sentido de consentir que sua mulher procriasse mediante assistência médica – com sêmen de terceiro. Diferente será a situação em que houver o consentimento do marido, sendo, neste caso, absoluta a presunção, o que impossibilita o marido ter êxito em eventual ação de contestação de paternidade, já que o pressuposto dessa relação será a vontade aliada à relação matrimonial existente.

Quanto às uniões fundadas no companheirismo, diante da ausência de presunção de paternidade relativamente ao companheiro, é forçoso reconhecer que o tratamento será distinto à disciplina que rege o casamento e seus vínculos com a paternidade-filiação. Tendo a concepção ocorrido durante o convívio entre os companheiros, independentemente do consentimento do companheiro, como já exposto, não há como se reconhecer a paternidade-filiação automaticamente, como ocorre no casamento, já que não há a presunção de paternidade. No entanto, a criança poderá pleitear o reconhecimento judicial da paternidade do companheiro de sua mãe se ele consentiu, pois a falta da relação sexual não interfere no estabelecimento da paternidade, levando-se em conta, nesse caso, a vontade juntamente com o companheirismo existente à época da concepção.

Diferentemente é a situação em que não há o consentimento do companheiro, não sendo possível o reconhecimento forçado da paternidade, já que na união estável não há que se observar deveres próprios do casamento, devendo, portanto, afastá-lo de qualquer responsabilidade parental.

Vale salientar que nada impede que o companheiro, espontaneamente, reconheça a paternidade da criança, baseado no pressuposto do risco, do convívio existente entre os pais à época da concepção e que o marido enquadre-se no projeto de reprodução iniciado pela companheira.

No que tange à transferência de embriões, tradicionalmente, utilizada pela tecnologia da fertilização *in vitro* e por outras em que a concepção ocorre fora do corpo da mulher, é relevante tratar de maneira distinta a transferência de embriões envolvendo gametas de doador de espermatozóide e de doador de óvulo, ou ainda, de doadores de embriões. Nesse mister, o casal interessado receberá o embrião no corpo da mulher (cônjuge ou companheira) que, por sua vez, gestará o embrião pelo período normal de gravidez, excluindo, portanto, a maternidade-de-substituição.

Na técnica acima exposta, o vínculo estabelecido é o do parentesco civil, relativamente às duas linhas, paterna e materna, porquanto não é a consanguinidade. Pode-se equiparar o parentesco decorrente da técnica de reprodução assistida à adoção bilateral, já que o marido e a mulher não são os genitores, sob o prisma genético.

Como de última prática possível decorrente das técnicas de reprodução humana assistida, tem-se aquela conhecida como maternidade-de-substituição, que, na realidade, não representa técnica distinta daquelas que já foram referidas no presente trabalho, mas uma prática que pode envolver qualquer das técnicas relatadas, com a diferença fundamental de que a gravidez se relaciona a outra mulher que não aquela que resolveu implementar a técnica. Nesse caso, há que ser dissociado o desejo da maternidade e a gravidez, pela impossibilidade da mulher (ou companheira) de engravidar.

Apesar de o texto legal se filiar à idéia de que a maternidade está ligada à gestação e ao parto, o desenvolvimento da ciência demonstrou que é possível que a mulher gestadora não seja aquela que tenha fornecido óvulo para ser fecundado e permitir a transferência do

embrião para o seu corpo, e, dentro de tal possibilidade, várias alternativas são viáveis, sendo três as mais ilustrativas: a) a maternidade-de-substituição que envolve o embrião resultante do óvulo e espermatozóide do casal, com sua implantação no corpo de outra mulher que não aquela que deseja a maternidade e forneceu seu óvulo; b) a maternidade-de-substituição que se relaciona ao óvulo e gravidez da mulher que não quer ser mãe da criança, mas empresta seu corpo, gratuitamente, para gestar o embrião, e se compromete a entregar a criança ao casal solicitante, sendo o sêmen utilizado o do marido que, juntamente com sua esposa, resolver efetivar o projeto parental; c) a maternidade-de-substituição, que consiste no embrião formado a partir da união de óvulo da própria mulher que engravida e de espermatozóide de doador, com o compromisso de a mulher entregar a criança ao casal que, por sua vez, não contribuiu com material fecundante.

No direito brasileiro, a atual doutrina tem se posicionado no sentido de estabelecer a maternidade pela gestação e pelo parto, considerando, assim, que mãe jurídica é aquela que deu à luz a criança.

Em se admitindo como legítima a prática da maternidade-de-substituição e, especialmente, apesar de ilegítima se ela efetivamente ocorrer, a solução a respeito da maternidade jurídica, data vênua, não pode ficar à mercê daquela (ou daquelas) que envolveram suas ações em tal prática. Devem-se abstrair os fatos jurídicos da gravidez e do parto, levando em conta que a concepção se dá em momento anterior a tais fatos e, desse modo, os pressupostos para o estabelecimento da maternidade e paternidade devem ocorrer antes da concepção. Nesse sentido, considerando a inexistência da relação sexual entre o homem e a mulher, mas verificando que a conjunção carnal foi substituída pela vontade vinculada a determinados outros pressupostos, como o projeto parental, é fundamental reconhecer que, para o Direito, apenas será mãe a mulher que desejou procriar, e não a mulher que engravidou.

4. A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA E O DIREITO DA PESSOA GERADA AO CONHECIMENTO DE SUA ORIGEM GENÉTICA

Nos dias atuais, ocorre uma total reformulação do conceito de família. O modelo tradicional de família vem sendo substituído por uma definição mais moderna, em decorrência da evolução do mundo globalizado e da aquisição de novos valores introduzidos na sociedade contemporânea.

Com a constitucionalização do Direito Civil após o advento da Carta Magna de 88, as relações familiares passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe e, dentro dessa perspectiva, despertou-se um grande interesse no segmento das relações de parentesco, já que um número significativo de descobertas científicas revelou fenômenos nunca cogitados.

Nesse contexto, diante de tantas inovações, a Bioética busca as respostas para uma série de desafios de difícil solução, sem que essas incertezas interrompam ou impeçam o avanço tecnológico.

Diante do exposto, conclui-se que a exploração dos temas referentes à reprodução medicamente assistida, em especial à reprodução heteróloga, é relevante pela sua atualidade, tendo em vista que atinge diretamente a vida da sociedade. Em fato, pretende-se substituir as dificuldades dos legisladores e aplicadores da lei, diante da inexistência de previsão legal ou inadequação desta, almejando um sistema de normas que assegure a realização total das potencialidades humanas e da manutenção de sua dignidade.

O Código Civil de 1916 determinava, em seu artigo 338, que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, no inciso I, e, no inciso II, os nascidos dentro dos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

Já o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, acrescentou mais três causas de presunção de paternidade/maternidade. A nova redação destaca a tentativa do legislador de abordar as técnicas de reprodução medicamente assistida, adequando as normas aos avanços científicos, imprevisos pelo legislador pretérito.

Os mencionados dispositivos tratam dos filhos nascidos do que se convencionou denominar reprodução assistida. Dessa maneira, o Código Civil enfoca a possibilidade de nascimento de filho através das técnicas de reprodução medicamente assistida homóloga, heteróloga e dos embriões excedentários.

Na realidade, ao se referir ao tema, o Código Civil omitiu-se a respeito de vários aspectos civis relevantes, o que pode ser atribuído à novidade da matéria.

Os novos dispositivos acrescentados ao Código Civil de 1916 trouxeram mais dúvidas do que soluções, sendo necessária a regulação da matéria através de lei específica, com normas que supram as lacunas trazidas pelas novidades da biotecnologia.

A grande questão relativa aos efeitos pessoais da reprodução heteróloga é a possibilidade ou não de acesso da pessoa gerada à sua identidade genética.

O estado de filiação, decorrente da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família, e a segunda, de direito da personalidade. As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram.

Para garantir a tutela do direito da personalidade, não é necessário investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é a garantia do direito da personalidade, na espécie, direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos

próximos, para prevenção da própria vida. Não há necessidade de atribuição da paternidade para o exercício do direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por doador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou concebido por inseminação artificial heteróloga.

A Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, prevê no inciso IV, números 2 e 3, o anonimato dos doadores e receptores. Assim sendo, deve ser mantido não só o anonimato do doador, mas também o sigilo do casal que busca as técnicas de reprodução assistida, de modo a resguardar o direito à intimidade das pessoas envolvidas (artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal) frente à coletividade.

Esse sigilo tem justificativa diante das consequências que as informações a respeito da origem da filiação podem gerar para aquele que foi concebido. O anonimato não só facilitaria a integração da criança à família, evitando a intervenção de terceiros na sua formação, como também impediria essa criança de ser tratada de maneira discriminatória na sociedade, pela situação peculiar de como foi gerada.

Na opinião de Maria Cláudia Crespo Brauner, a identidade do doador só pode ser revelada em caso de critérios médicos emergenciais, como, por exemplo, nas situações em que a pessoa tenha necessidade de obter informação genética indispensável à sua saúde, ou quando da utilização de gametas com carga genética defeituosa. A alegação de que a criança tem o direito de conhecer sua origem genética, serviria apenas para realçar o conceito de paternidade biológica, sendo este um conceito ultrapassado, em razão da valorização da paternidade afetiva (BRAUNER, 2003).

Já Belmiro Pedro Welter acredita que não importa se a reprodução é natural ou medicamente assistida. Em qualquer caso, os filhos e os pais possuem o direito de investigar e, até mesmo, negar a paternidade biológica, como parte integrante de seus direitos de cidadania e dignidade da pessoa humana. Em caso de interesse do filho, o anonimato deveria

ser desocultado, uma vez que não participou do acordo entre os doadores e os receptores (WELTER, 2003).

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o anonimato deve ser mantido, devendo ceder tão somente às informações relativas aos direitos fundamentais, como à identidade, à privacidade e à intimidade, podendo a pessoa ter acesso às informações sobre toda a sua história sob o prisma biológico para o resguardo de sua existência, com a proteção contra possíveis doenças hereditárias, sendo o único titular de interesse legítimo para descobrir suas origens (GAMA, 2003).

O autor acredita que, para fazer valer esse direito, a criança gerada poderia valer-se do remédio constitucional do *habeas data*, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, “a”, da Constituição Federal, que asseguraria o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

O *habeas data* não se restringiria à Administração Pública, podendo atingir entidades que mantenham bancos de dados de caráter público; o que abrange casas de saúde, bancos de sêmen e de embriões e, fundamentalmente, as pessoas dos profissionais que se responsabilizaram pelo procedimento médico concernente à procriação assistida heteróloga.

Sem dúvida, essa é uma questão que gera muita polêmica, pois envolve direitos fundamentais de várias ordens. De um lado, o direito dos doadores de preservarem o anonimato – de acordo com o princípio do direito à intimidade e à privacidade -; de outro, o direito das pessoas geradas pela reprodução heteróloga de buscarem a formação de sua identidade pessoal, com reflexos importantes em sua integridade físico-psíquica.

Porém, mesmo aqueles que defendem que o anonimato deve ser absoluto, não podem olvidar-se que este não poderá sobrepor-se aos riscos concretos de doenças hereditárias, que poderiam ser prevenidas ou até mesmo tratadas com a quebra do anonimato. É inconcebível

que o anonimato do doador prevaleça em detrimento da manutenção da saúde, ou até mesmo, da vida da pessoa concebida com o material genético de terceiros. O princípio constitucional do direito à vida deve prevalecer, sem dúvida, sobre o direito à privacidade e à intimidade do doador.

Mesmo diante do conhecimento da origem genética, não será estabelecido nenhum vínculo de parentesco entre doador e pessoa gerada. Serão três os efeitos causados: o efeito psicológico do conhecimento da origem genética, a preservação da saúde das pessoas geradas pela técnica de reprodução assistida frente doenças genéticas e os impedimentos matrimoniais.

Por mais que o vínculo de filiação existente entre a criança gerada e os receptores das técnicas de reprodução heteróloga já esteja definido pela filiação civil, desconsiderando os fatores biológicos, isso não deve impedir que, posteriormente, diante de real necessidade, a pessoa venha a conhecer sua origem biológica.

Para Maria Clara Osuma Diaz Falavigna e Edna Maria Farah Hervey Costa, não mais se admite em nosso Direito a vedação do acesso de uma pessoa às suas origens, sob pena de violação dos direitos de personalidade, essencialmente da integridade e da dignidade (COSTA e FALAVIGNA 2003).

Observando-se todas as questões acima abordadas, pode-se imaginar a quantidade de indagações que surgem a cada dia e a cada nova descoberta. Diante desse cenário, fica claro que a legislação existente é insuficiente para regular o assunto, causando mais dúvidas do que certezas. Faz-se necessária e urgente a regulação da matéria por meio de lei específica, que supra as lacunas do Código Civil, trazidas juntamente com as novidades da biotecnologia. Sem dúvida, esse tema é de grande complexidade e merece uma discussão aprofundada.

CONCLUSÃO

Como se denota do presente trabalho, o avanço da ciência e da biogenética trouxe indubitavelmente grandes transformações ao Direito de Família, em especial. No que se refere à filiação, com a dissociação da relação sexual da procriação, e às inúmeras técnicas de reprodução artificial, assiste-se a uma mudança significativa nos, até então, inabaláveis conceitos enraizados em nossa cultura durante décadas.

Assim, pilares vão desmoronando com o dogma *pater ist est*, em que se presumia como engendrado pelo seu marido o filho nascido da mulher casada. Hoje, face aos rotineiros exames de DNA, em que se prova quase de forma absoluta a ascendência de uma pessoa, tal presunção caiu por terra, levando consigo vários conceitos oriundos do direito romano e herança do modelo patriarcal adotado.

O estudo buscou primeiramente ressaltar a importância da família e do direito à procriação, bem como demonstrar o avanço da biogenética nas últimas décadas, em particular no que se refere à reprodução humana, que vem sendo utilizada geometricamente em todo o mundo, por solucionar diversos problemas gerados pela infertilidade, vez que propiciou que inúmeras pessoas realizassem o sonho de procriar. Entretanto, concomitantemente, esse avanço está sendo capaz de aterrorizar o homem mais cético ao separar a sexualidade da reprodução; a concepção, da filiação, e ao possibilitar o nascimento de uma criança após a morte de seus pais.

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, não há que se falar em qualquer tipo de qualificação discriminatória referente à filiação, pois a Carta Magna visou a garantir tratamento igualitário a todos os filhos, independentemente de sua origem. Buscou também proteger a Instituição Família que se encontra em constante mutação.

O Código Civil em vigor deu o primeiro passo ao dispor acerca da presunção de paternidade dos filhos concebidos mediante Reprodução Medicamente Assistida e, talvez, tal fato faça com que o sistema legislativo labore a fim de se preencher o vazio que ainda permanece no que se refere às inúmeras questões de trabalho suscitadas. Poderá o marido da mulher que consentiu na prática da inseminação artificial heteróloga impugnar a paternidade da criança gerada? Nos casos de maternidade de substituição, quem será a mãe da criança? Poderá a pessoa gerada da reprodução assistida heteróloga conhecer a identidade civil do doador de sêmen/óvulo ou de ambos? Poderá pleitear alimentos do doador de gametas? O que deverá prevalecer: o direito à paternidade reconhecida ou o sigilo do doador?

REFERÊNCIAS

BOSCARO, Márcio Antonio. *Direitos de filiação*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

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

CORRÊA, Marilena Vilella. *Novas tecnologias reprodutivas*. Rio de Janeiro: Uerj, 2001.

COSTA, Edna Maria Farah Hervey; FALAVIGNA, Maria Clara Osuma Diaz. *Teoria e prática do direito de família: de acordo com a Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Letras jurídicas: Bestbook Editora, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 8 ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim. *A Paternidade Presumida no Direito Brasileiro e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JUNIOR, Nelson Nery. *Novo código civil e legislação extravagante anotados: atualizados até 15.03.2002*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

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

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Belo Horizonte: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*. São Paulo: Themis, 2000.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2005. p. 256. BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.