



UNISUL
UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
JOYCE DE ARAÚJO DIONÍZIO

**OS PRINCIPAIS EFEITOS JURÍDICOS DA FECUNDAÇÃO ASSISTIDA
HETERÓLOGA**

PALHOÇA
2009

JOYCE DE ARAÚJO DIONÍZIO

**OS PRINCIPAIS EFEITOS JURÍDICOS DA FECUNDAÇÃO ASSISTIDA
HETERÓLOGA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
da Universidade do Sul de Santa Catarina -
Campus da Grande Florianópolis, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Prof^ª. Orientadora: Anna Lúcia Matoso Camargo

PALHOÇA

2009

JOYCE DE ARAÚJO DIONÍZIO

**OS PRINCIPAIS EFEITOS JURÍDICOS DA FECUNDAÇÃO ASSISTIDA
HETERÓLOGA**

Esta monografia foi julgada adequada a obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 08 de junho de 2009.

Prof^a. e Orientadora Anna Lúcia Matoso Camargo
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof^o.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof^a.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

**OS PRINCIPAIS EFEITOS JURÍDICOS DA FECUNDAÇÃO ASSISTIDA
HETERÓLOGA**

Declaro para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca da monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativamente, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 08 de junho 2009.

Joyce de Araújo Dionízio

Aos meus pais, Jonas e Marília, pelo carinho, amor, dedicação, e por toda confiança que em mim depositaram. As minhas irmãs Dayse e Flávia, torcedoras fanáticas pelo meu sucesso. Aos meus familiares por todas as orações realizadas em favor do meu sucesso.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por ter me concedido todo discernimento e sabedoria necessária para concluir este trabalho.

Aos meus pais que sempre nos momentos de dificuldade sempre foram meus alicerces, para que pudesse ir adiante, com mais segurança, perseverança e dedicação.

Ao meu namorado por toda paciência, nos momentos de dificuldade.

As minhas irmãs Dayse e Flávia que sempre torceram pela minha felicidade, e a meu cunhado por todo apoio.

A minha orientadora Anna Lúcia Camargo, na qual estou agradecida pelo apoio neste trabalho.

“[...] o homem deixará seu pai e sua mãe e se unirá a sua mulher, e os dois serão uma só carne.”. (Mateus, 19, 5)

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo demonstrar a importância da criação de leis que regulem a reprodução assistida, que se divide em homóloga e heteróloga. Neste trabalho cuidaremos mais efetivamente da reprodução humana assistida heteróloga, que se utiliza de material genético de uma terceira pessoa. Esta técnica não cria vínculo de paternidade do doador com a criança concebida.

O Código Civil de 2002, ora vigente, extingue com qualquer tipo de desigualdade na filiação, além de dar aos pais direitos e obrigações com relação aos filhos. Assim, os filhos não são mais distinguidos pela forma de concepção. Esta igualdade se estende aos filhos advindos da reprodução assistida, por conseguinte também adquirem os mesmos direitos patrimoniais e pessoais dos filhos concebidos naturalmente. O dilema encontra-se na falta de norma reguladora da técnica de fecundação assistida, tendo que o avanço da biotecnologia faz surgir a cada dia mais situações que a interpretação extensiva, nem a analogia conseguem alcançar.

O Conselho Federal de Medicina atenta a essa necessidade, traz resoluções sobre o assunto, mas ainda é pouco para a efetiva segurança jurídica que a filiação concernente da reprodução assistida heteróloga precisa.

Palavra-chave: Poder familiar, paternidade civil, reprodução assistida heteróloga, efeitos jurídicos na reprodução assistida heteróloga.

SUMÁRIO

RESUMO

1.INTRODUÇÃO	11
2. ASPECTOS HISTÓRICOS DA FORMAÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA	14
2.1 CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA.....	14
2.1.2 A família no Código Civil Brasileiro de 1916 e nas leis posteriores..... (1917-1988)	16
2.1.3. A situação do direito de família no Código Civil de 2002.....	20
2.2 PRINCIPAIS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A FAMÍLIA E A PATERNIDADE.....	21
2.2.1 Princípio do Pluralismo Familiar.....	21
2.2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	22
2.2.3 Princípio do melhor interesse da criança como membro da família.....	23
2.2.4 Princípio da paternidade responsável.....	25
2.3 OS DEVERES DA PATERNIDADE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	26
2.3.1 Poder familiar.....	26
2.3.2 Do usufruto e administração dos bens de filhos menores.....	31
2.3.3 Suspensão, destituição ou perda do poder familiar.....	31
2.3.4 Extinção do poder familiar.....	33
2.3.2. Guarda dos filhos.....	34
3. FILIAÇÃO E PATERNIDADE	36
3.1 Paternidade civil.....	38
3.2 Paternidade biológica.....	42
3.2.1 Filiação Legítima e Ilegítima.....	44
3.4 Paternidade Socioafetiva.....	50
4. PRINCIPAIS ASPECTOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL	55
4.1 Inseminação Artificial.....	57
4.1.2 Transferência Tubária de Gametas e Embriões.....	58
4.1.3 Transferência de gametas para as trompas (GIFT).....	58
4.1.4 Transferência Intratubária de Zigoto (ZIFT).....	59
4.1.5 Transferência Tubária de Embriões (TET).....	59

4.1.6 Fecundação In vitro (FIV).....	60
4.1.7 Fertilização In Vitro Seguida da Transferência de Embriões (FIVETE).....	62
4.2 O EXAME DE DNA E SUA INFLUÊNCIA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	63
4.3 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO DESMEMBRAMENTO DA PATERNIDADE COM FECUNDAÇÃO HETERÓLOGA.....	67
4.3.1 Inseminação Heteróloga.....	68
4.3.2 Contrato na clinica de fecundação artificial heteróloga.....	71
4.3.3 Banco de sêmen.....	73
4.3.4 Anonimato.....	75
4.4 OS PRINCIPAIS EFEITOS JURÍDICOS DA FECUNDAÇÃO HETERÓLOGA.....	76
5. CONCLUSÃO.....	85
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	88

INTRODUÇÃO

A família desde a sua origem passou por diversas transformações, até chegar aos modelos familiares que hoje estão constituídos em nossa sociedade.

Na Roma antiga, tínhamos o *pater*, que era a figura central da sociedade familiar, sendo ele chefe do lar e do culto aos antepassados. O casamento era de fundamental importância, pois através dele se poderia constituir uma família, não sendo reconhecidos nesse período os filhos advindos de relações extraconjugais.

Com o surgimento das primeiras Revoluções, esse modelo familiar ganha outra menção sobre a figura do *pater*, nesse período histórico surge a figura do poder do pai, ou seja, o pai passa a ter direitos e obrigações com a pessoa do filho, caindo por terra toda e qualquer soberania paternal, igualando o homem e a mulher na instituição familiar.

No Brasil, a legislação demonstra essa mudança claramente, com o Código de 1916, onde descaracteriza qualquer desigualdade entre os pais, além de classificar os filhos em legítimos, ilegítimos e legitimados. Filhos legítimos eram os que foram concebidos dentro da relação conjugal do casamento, ilegítimos eram os concebidos fora da relação matrimonial e os legitimáveis que eram os que através da adoção foram instituídos no seio familiar.

A Constituição de 1988 veio quebrar com todos esses paradigmas de discriminação existente quanto à classificação da filiação. Estabelece a todos os filhos, sejam eles concebidos na constância do casamento, ou não, igualdade no tratamento, nos direitos e obrigações inerentes ao pai com a criança, como já ocorria com as crianças que eram concebidas dentro da relação matrimonial.

Hoje, podemos classificar a filiação, somente para uma melhor compreensão de estudo, ressaltando que entre elas não existe qualquer diferença referente a direitos e obrigações. Assim, temos a paternidade biológica, civil e socioafetiva. A paternidade biológica é a resultante da consangüinidade existente entre o casal e a criança gerada; a paternidade civil é que se estabelece pela adoção; e a socioafetiva como o próprio nome já diz é fundada no afeto, ou seja, é a relação existente entre o casal e uma criança que não são ligados por laços de sangue.

Ainda podemos vislumbrar com o avanço da biotecnologia a filiação em decorrência da reprodução assistida, que se divide em homóloga e heteróloga. A reprodução assistida homóloga ocorre quando o casal sofre de alguma infertilidade podendo ser em um ou em ambos, mas destaca-se que na criança concebida o material genético de ambos vai estar presente. Já na técnica de reprodução assistida heteróloga é utilizado material genético de uma terceira pessoa que é desconhecida pelo casal. Este tipo de fecundação traz mais divergência doutrinária e jurisprudencial pelo fato da criança concebida não possuir nenhum vínculo parental com o doador.

Neste estudo, verificamos nos diversos autores pesquisados o benefício da reprodução assistida que tem por mérito dar aos pais que por via natural não podem conceber seus filhos a oportunidade de realizarem esse desejo que antes de tudo é um ato de amor, por conseguinte apresentaremos as soluções advindas das ciências médicas. No entanto não poderíamos deixar de destacar as implicações jurídicas advindas da reprodução assistida heteróloga.

Por fim, visamos com esse estudo chamar a atenção das autoridades responsáveis pela elaboração das leis nesse país para que se motivem para que no menor tempo possível editem leis que possam coibir abusos e o mau uso destas técnicas que tem como objetivo ser promotora da felicidade a um casal.

Essa situação preocupa, nos dias atuais por ainda não possuir legislação específica que trate da matéria, e assim, por conseguinte faz surgir vários dilemas jurídicos em torno do assunto. Mais especificamente na fecundação heteróloga, podemos dizer que estes problemas se agravam, pois, diante do princípio da igualdade e do melhor interesse do menor, é salvaguardado a criança concebida por fecundação heteróloga direitos pessoais e patrimoniais, tema de nossa pesquisa, onde destacaremos até onde esses efeitos jurídicos podem ser assegurados no direito.

Devido ao exame de DNA, que dá quase cem por cento de certeza numa investigação de paternidade, o conhecimento do genitor da criança é fato. Mas no que concerne a fecundação heteróloga o princípio da identidade genética em nosso País ainda não aceita de maneira abrangente. A lei limita os casos que podem incorrer esse exame, sendo que um dos pressupostos para que ocorra a procriação heteróloga é o anonimato do doador.

Os objetivos desses estudos serão alcançados mediante leituras de obras jurídicas, legislações e artigos, e tendo como método utilizado, o dedutivo. Essas obras jurídicas, legislações e artigos utilizados, conforme técnica de pesquisa bibliográfica encontra-se relacionados, devidamente, ao término desta monografia.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DA FORMAÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA

2.1 CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA

De acordo com diversas áreas do direito a constituição da família contemporânea advém da família romana. No transcorrer do tempo foi modificada pelo Direito Canônico e pelas instituições germânicas. Tinha como característica a figura do *pater*, palavra que na sua origem significa mais chefe do que propriamente pai.¹ O *pater* era o ascendente mais velho, o senhor absoluto do lar².

No modelo de estrutura patriarcal, o *pater* enquanto vivo dirigia a sociedade familiar, independente da idade de seus filhos, podendo até decidir sobre o futuro dos mesmos, incluindo noras e escravos. O *pater* exercia o cargo de chefe, juiz e sacerdote.³

Elucida Silvio Rodrigues que,

[...] o *pater* é não só o sacerdote do culto familiar, como chefe de um pequeno agrupamento humano, a família, que constitui a célula em que se baseia toda a organização política do Estado. Através de sua autoridade se estabelece a disciplina e assim se consolida a vida dentro do lar e, por conseguinte, dentro da sociedade.⁴

Observa-se que a instituição familiar funda-se no poder paterno, derivando-se de um vínculo que é maior que o nascimento, sendo a religião doméstica e o culto dos antepassados.

Destaca-se que com o casamento, a mulher abandonava o culto do lar de seu pai, para prestar culto aos deuses e rituais religiosos do seu marido. A mulher vivia subordinada à autoridade do marido, nunca adquiria autonomia, pois passava da condição de filha à esposa, sem alterar sua capacidade.

Na família antiga, enuncia Fustel de Coulanges que:

O casamento era assim obrigatório. Sua finalidade não era o prazer; seu objeto principal não era a união de dois seres que simpatizavam entre si e

¹ LUZ, Valdemar P. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: LTr. 2002. p. 22

² ALBUQUERQUE, J.B. Torres; FIDA, Orlando. **Investigação de Paternidade**. São Paulo: Albuquerque Editores Associados. 1998. p.19

³ LUZ, Valdemar P. **Curso de Direito de Família**. p. 22

⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva 2004. v.6. p. 353-354.

desejavam se associar para atingir a felicidade e enfrentar as dificuldades da vida. O efeito do casamento, perante a religião e das leis era, ao unir dois seres no mesmo culto doméstico, deles fazer nascer um terceiro que estivesse apto a continuar esse culto.⁵

Aponta Silvio de Salvo Venosa acerca da instituição familiar:

A instituição funda-se no poder paterno ou poder marital. Essa situação deriva do culto familiar. Os membros da família antiga eram unidos por vínculos mais poderosos que o nascimento: a religião doméstica e o culto dos antepassados. Esse culto era dirigido pelo *pater*.⁶

Nesse sentido, Fustel de Coulanges considera que a união dos membros da família antiga era estabelecida pela religião. Tratando-se de uma associação religiosa, que é ressaltada sobre a associação natural.⁷

Afirma este autor ainda que:

Não foi a religião que criou a família, mas seguramente foi ela que lhe deu suas regras, daí resultando que a família antiga recebeu uma constituição tão diferente daquela que teria recebido se os sentimentos naturais tivessem constituído por si sós seu fundamento.⁸

Desta forma, inferimos que as regras basilares para a formação da família foram estabelecidas pela religião.

A respeito da antiga organização familiar, postula Caio Mário da Silva Pereira que:

Quem rastreia a família em investigação sociológica encontra referências várias a estágios primitivos em que mais atua a força da imaginação do que a comparação fática; mais prevalece a generalização de ocorrências particulares do que a indução de fenômenos sociais e políticos de franca aceitabilidade.⁹

Destaca-se que o Direito Bárbaro teve grande influência na organização familiar romana. Baseando-se no poder do pai e não no poder do *pater*, caracterizando a família patriarcal.¹⁰

⁵ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma: tradução de Edson Bini. São Paulo – Bauru: Edipro, 3. ed., 2001. p. 48.

⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6. p. 4.

⁷ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma: tradução de Edson Bini. p. 40.

⁸ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma: tradução de Edson Bini. p. 40.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito de Família: Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 23.

¹⁰ LUZ, Valdemar P. **Curso de Direito de Família**. p. 23.

Orlando Gomes relata que: "ocorreu em Roma à evolução jurídica da família, dando ela alicerce inconfundível, para consolidar-se como uma unidade jurídica, econômica e religiosa, sólida, tendo como base a autoridade soberana de um chefe."¹¹

2.1.2 A família no Código Civil Brasileiro de 1916 e nas leis posteriores (1917-1988)

Pontes de Miranda denota que: "este código revelou um direito mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação". Conservando ele num Estado neutro, uma técnica canônica, e, numa sociedade evoluída do século XX, o privatismo doméstico e o patriarcalismo conservador do direito das Ordenações.¹²

Tem-se indissolúvel o vínculo que o casamento estabelece como respeitou os preceitos do direito canônico em relação à habilitação do casamento, como também seus impedimentos e sua nulidade e anulabilidade.¹³

A família é vista como uma organização familiar com participação e exercício de direito de todos os seus membros, não existindo mais a figura exclusiva do pai como chefe de família, mais a direção da família era exercida pela mãe e o pai, indica ainda em seu ordenamento o regime de comunhão parcial de bens como padrão¹⁴.

Desde 1930, são criadas leis que versam a existência da instituição da família (Decreto-Lei nº 3.200, de 19-4-1941), temos também o Decreto-Lei nº 9.701 de 03-09-1946, focado na guarda dos filhos menores no desquite judicial e ainda o Decreto-Lei nº 7.485,23-04-1945 que fala sobre a prova do casamento para fins de previdência social.¹⁵

Como versa Valdemar P. Luz:

¹¹ Apud ALBUQUERQUE, J.B. Torres; FIDA, Orlando. **Investigação de Paternidade**. p. 18.

¹² Apud WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 21.

¹³ WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. p. 21.

¹⁴ BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, paternidade e filiação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 13.

¹⁵ WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. p. 22.

A primeira alteração significativa foi introduzida pela Reforma de 1962, através da Lei n. 4.121, denominada de “Estatuto da Mulher Casada”. Dentre outras inovações, a referida lei determinou nova redação ao art. 223¹⁶ do C.C., que passou a ser a seguinte: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.”¹⁷

No ano de 1977, a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho, de autoria do Deputado Nelson Carneiro, regulamentada pela Lei nº 6.515/77, introduziu o divórcio em nosso ordenamento jurídico, possibilitando a regularização da situação das pessoas desquitadas, oportunizando as mesmas a contrair novas núpcias.¹⁸

Maria Berenice Dias acerca do assunto postula:

A instituição do divórcio (Emenda Constitucional 9/1977 e Lei 6.515/1977) acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a idéia da família como instituição sacralizada. O surgimento de novos paradigmas – quer pela emancipação da mulher, quer pela descoberta dos métodos contraceptivos e pela evolução da engenharia genética – dissociaram os conceitos de casamento, sexo e reprodução. O moderno enfoque dado à família pelo direito volta-se muito mais à identificação do vínculo afetivo que enlaça seus integrantes.¹⁹

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 grandes mudanças ocorreram no concerne ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher. Dentre estas destacamos: igualdade entre marido e esposa no matrimônio, principalmente no que tange aos direitos e deveres; estabelecimento do dever dos filhos auxiliarem seus pais na velhice, enfermidade ou carência; fixação dos mesmos direitos aos filhos havidos ou não da relação de casamento.²⁰

O art. 226 da Constituição Federal consagra a proteção à família, compreendendo tanto a família fundada no casamento, como a união de fato, a família natural como também a família adotiva.²¹

Ressalta-se que, além da igualdade dos filhos, a Constituição Federal no seu art. 226 também se preocupou com a igualdade de tratamento dos cônjuges dentro da sociedade conjugal.

A respeito do assunto discorre Silvio Rodrigues que,

¹⁶ A redação original do art. 223 era: “O marido é o chefe da sociedade conjugal.”

¹⁷ LUZ, Valdemar P. **Curso de Direito de Família**. p. 24.

¹⁸ LUZ, Valdemar P. **Curso de Direito de Família**. p. 24-25.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual do Direito das Famílias**. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 30.

²⁰ BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, paternidade e filiação**. p. 16.

²¹ VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 10.

[...] igualando os cônjuges dentro da sociedade conjugal, derogou, por incompatibilidade com o preceito constitucional, muitos dos artigos dos capítulos “Direitos e deveres do marido” e “Direitos e deveres da mulher”. Todas as prerrogativas conferidas a um dos cônjuges o são ao outro, uma vez que ambos são titulares dos mesmos direitos e jungidos ao cumprimento das mesmas obrigações.²²

A Constituição de 1988 trouxe grandes avanços igualitários entre pais e filhos, conforme dispõe o artigo a baixo:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
 §4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
 §5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
 §7º - Fundado nos princípios da dignidade de 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.
 §8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integra, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.²³

Essas formas de modificações revolucionárias ditadas pela Carta Magna vigente, na conceituação e na proteção jurídica da entidade familiar, ensejaram a edição de novos dispositivos legais, assim como a derrogação de várias disposições do antigo Código Civil, tidas como institucionais.²⁴,

No bojo dessas mudanças a Constituição de 88, sabiamente no seu art. 227 que a baixo transcrevemos determina a obrigação da família, do Estado e da sociedade de proteger a criança e o adolescente.

Art. 227 - 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.

[...]

§5º - A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

²² RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 11.

²³ VADE MECUM, 2008. **Constituição Federal**, de 05.10.1998.

²⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Do direito de família**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coords). **Direito de família e o Novo Código Civil**. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 4.

§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.

§7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art.204 da Constituição Federal.²⁵

Portanto, a Constituição de 1988, além de dar proteção cuidadosa à família, buscou também proteger a criança e o adolescente, proteção esta posteriormente corroborada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 1990). Mesmo assim, a previsão constitucional do art. 227 é soberana e deve ser cumprida acima de toda e qualquer disposição.²⁶

Ressalta-se que, conforme o parágrafo 6º do art. 227, não serão mais cabíveis as expressões filhos legítimos, naturais e adotivos, pois terão os mesmos direitos e qualificações, determinando, a proibição de designações discriminatórias referentes à filiação.

Argumenta Maria Helena Diniz que,

[...] consagrado pelo nosso direito positivo, que (a) nenhuma distinção faz entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, pátrio poder e sucessão; (b) permite o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento; (c) proíbe que se revele ao assento do nascimento à ilegitimidade simples ou espuriedade e (d) vedações as designações discriminatórias relativas à filiação.²⁷

Constata-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeras inovações para a estrutura das famílias brasileiras, transformando a idéia de família legítima, que abrange tanto a família oriunda do casamento quanto a de fora deste, também se preocupou com a igualdade entre cônjuges, proibindo qualquer tratamento discriminatório aos filhos independente de sua origem. Percebe-se que as normas constitucionais consolidam o afeto como elemento fundamental no estabelecimento da filiação e formação da família.

²⁵ VADE MECUM, 2008. **Constituição Federal**, de 05.10.1998.

²⁶ BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, paternidade e filiação**. p. 16-17.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**.v.5: direito das coisas. 17 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 20-21.

2.1.3. A situação do direito de família no Código Civil de 2002

A legislação atual trouxe em seu art. 1.511 a igualdade entre os cônjuges e no art. 1.513 a não interferência das pessoas jurídicas de direito público na comunhão de vida instituída pelo casamento, ainda pontua o regime do casamento religioso e dos seus efeitos.²⁸

Dentre todas as mudanças ocorridas no Código Civil, a aplicação do princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges, foi a que obteve maior destaque.²⁹

Acentua-se que, no âmbito da entidade familiar, é dever dos pais salvaguardar a educação dos filhos, tendo-os em sua guarda e companhia, dando sustento necessário para a sua criação.³⁰

Portanto, o termo “família” vem se transformando no decorrer da história, igualando os direitos e deveres em relação aos filhos legítimos e ilegítimos, acabando com qualquer discriminação. Sendo assim, a família é tanto fundada no casamento, quanto na união estável, adotiva e a monoparental e estas passam a obter os mesmos valores. Deve-se lembrar que os filhos, havidos ou não na constância dessas famílias, tiveram seus direitos igualados, além dessas mudanças. Agora, o esposo e a esposa possuem os mesmos direitos e deveres dentro do contexto familiar.

As relações construídas dentro dessa “nova família” vêm mudando os conceitos e princípios relacionados aos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

²⁸ WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. p. 25.

²⁹ WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. p. 33.

³⁰ VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 323.

2.2 PRINCIPAIS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A PATERNIDADE E A FAMÍLIA

2.2.1 Princípio do Pluralismo Familiar

Disciplina Maria Helena Diniz que a norma constitucional abrange a família matrimonial e as entidades familiares (união estável e família monoparental), ressaltando que o novo Código Civil nada fala sobre a família monoparental, formada por um dos genitores e a prole, desta forma chama esse princípio de pluralismo familiar.³¹

A partir da Constituição Federal, as organizações familiares adquiriram novos rumos. Nas legislações anteriores, apenas o casamento tinha reconhecimento e proteção. As demais instituições familiares eram condenadas ao descaso. O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares.³²

As uniões extramatrimoniais não eram consideradas de natureza familiar, encontravam resguardo no direito obrigacional, sendo tratadas como sociedade de fato. Mesmo não sendo apresentadas expressamente na legislação, outras entidades familiares, como as uniões homossexuais e as uniões estáveis paralelas – preconceituosamente nominadas de “concubinato adúltero” -, são unidades afetivas que merecem ser abrigadas sob o manto do direito de família.³³

O art. 226 da Constituição Federal consagra a proteção da família, pela união de fato, família adotiva e a família instituída pelo casamento. Reconheceu-se assim a célula familiar independente da existência de matrimônio.

³¹ DINIZ, Maria Helena. Direito de família. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. p. 21.

³² DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 64.

³³ DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. p. 64.

2.2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Este princípio é considerado o maior, é a base do Estado Democrático de Direito, sendo citado já no primeiro artigo da Constituição. O constituinte preocupado em elevar a promoção dos direitos humanos e da justiça social, consagrou a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Apresenta particularidades que não são capturadas em palavras, mas incidem sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão. Quiçá possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções.³⁴

Maria Berenice Dias acredita que:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.³⁵

Maria Helena Diniz versa que este princípio constitui base da comunidade familiar, trazendo a garantia do total desenvolvimento e da realização de todos os seus membros, priorizando a criança e o adolescente. Faz ainda crítica aos juristas, que diante da nova estrutura familiar, falam da desagregação e desprestígio da família. Ela acredita que a família passe sim por mudanças, mas sendo um organismo natural ela não poderá se acabar e como organismo jurídico está sofrendo uma nova organização.³⁶

Pois havendo o ser humano o direito de constituir família, também tem direito de dissolve - lá, apresentando ela até a pena de perder a sua dignidade humana. Assim como está previsto na constituição o ser humano tem direito a felicidade e pode buscar meios para resolver o que lhe perturba. Desta maneira, tem

³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. p. 59.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. p. 59.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. p. 21-22-23.

o direito de buscar a separação e o divórcio que estão amparados no princípio da dignidade humana, nada justificando a resistência do Estado ao impor prazos ou exigir a identificação de causas para pôr fim ao casamento.³⁷

2.2.3 Princípio do melhor interesse da criança como membro da família

Atualmente, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio do melhor interesse da criança, esta disposto no *caput*, do art. 227, da Constituição Federal 88, que estabelece a predominância do interesse do filho.

Da leitura deste art. observa-se que a família, o Estado e a sociedade têm o dever de assegurar essas garantias e direitos, sendo que o Estatuto da Criança e Adolescente é mais uma forma de salvaguardar esses direitos inerentes ao menor.

Ana Carolina B. Teixeira e Maria de Fátima F. Sá:

Disciplinam que a forma de implementação de todo esse leque de direitos e garantias, que devem ser assegurados com absoluta prioridade pela família, pela sociedade e pelo Estado, está no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), microssistema que traz normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, e abriga toda a legislação que reconhece os menores como sujeitos de direito. O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais.³⁸

Assim, é pertinente fazer menção ao art. 4º do Estatuto da Criança e Adolescente, para a correta configuração da prioridade absoluta dos interesses da criança e do adolescente:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo Único. A garantia de prioridade compreende: primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; destinação

³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. p. 60.

³⁸ Apud DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. p. 65.

privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.³⁹

Salienta-se ainda que é dever constitucional do Estado proteger as famílias, sendo responsável por sua segurança e manutenção das suas necessidades básicas, conforme dispõem os arts. 5º e 6º do ECA:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos direitos fundamentais.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.⁴⁰

No que diz respeito a prioridade absoluta Wilson Donizeti Liberati ressalta que:

A criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; que, primeiro, devem atender todas as necessidades das crianças e dos adolescentes. Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, praças, sambódromos, monumentos artísticos etc; porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.⁴¹

Observando o que foi citado anteriormente, fica claro que a criança e o adolescente possuem seus direitos priorizados e supervisionados pelo Estado, família e sociedade. Sendo assim o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe no seu art. 15º que:

Art.15º A criança e o adolescente têm direito à liberdade. Ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.⁴²

Diante do exposto, é de suma importância respeitar os direitos garantidos por lei. Observamos que nem sempre a família biológica consegue garantir, cabendo

³⁹ Estatuto da Criança e Adolescente, Lei nº 8.069, de 1990.

⁴⁰ VALENTE, José Jacob. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2002.p. 94.

⁴¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. **O Estatuto da Criança e do Adolescente**: comentários. São Paulo: IBPS, 1994. p. 4-5.

⁴² VALENTE, José Jacob. **Estatuto da Criança e do Adolescente**.p. 95.

ao Estado, no uso de suas atribuições, tomarem as devidas providências em virtude do melhor interesse da criança.

2.2.4 Princípio da paternidade responsável

O art. 226, §7 da Constituição Federal trata do livre planejamento familiar fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.⁴³

Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que essa situação é extremamente delicada, pois concerne por um lado, à liberdade e à intimidade de um casal, por outro, ao interesse social no povoamento do País. Destaca ainda que o que mais prejudica esse debate é a atitude da Igreja Católica, tanto tradicionalista como “progressista”, que é contrária à limitação da natalidade.⁴⁴

Por conseguinte a falta desse planejamento, e a conduta irresponsável de muitos casais, não raro por ignorância, conduzem à multiplicação de abortos, quando não da proliferação de crianças abandonadas, que vivem nas ruas de nossas grandes cidades.⁴⁵

Assim, temos que com o consentimento da Constituição Federal referente ao planejamento familiar a decisão de ter ou não filhos, ou ter tantos quantos, é do casal apenas. Por isso, a Lei Magna proíbe ação coercitiva por parte de instituições públicas ou privadas.⁴⁶

⁴³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 284.

⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. p. 284.

⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. p. 284.

⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. p. 284.

2.3 OS DEVERES DA PATERNIDADE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

2.3.1 Poder familiar

Como vislumbrado anteriormente no direito romano, o pátrio poder é representado por um conjunto de prerrogativas conferidas ao *pater*, na qualidade de chefe da organização familiar. Tratava-se de um direito absoluto, praticamente ilimitado, cujo escopo é efetivamente reforçar autoridade paterna, a fim de consolidar a família romana, célula-base da sociedade, que nela encontra o seu principal alicerce.⁴⁷

Atualmente pode-se dizer que os pais têm deveres em relação aos filhos, e que, para tanto, o Estado lhes outorga direitos que lhes permitem a operacionalização de suas obrigações. Este poder é concedido pelo Estado, e por ele fiscalizado. Ocorrendo o abuso dessas prerrogativas, o Estado pode e deve interferir, suspendendo, ou mesmo retirando, o poder familiar dos transgressores.⁴⁸

Silvio de Salvo Venozza elucida que fazendo uma comparação com o pátrio poder em Roma, com o instituto moderno, nota-se, destarte, uma profunda e radical modificação, que afeta sua própria estrutura. Em Roma, o pátrio poder tem uma conotação eminentemente religiosa: o *pater familias* é o condutor da religião doméstica o que explica seu aparente excesso de rigor. O pai romano não apenas conduzia a religião, como todo o grupo familiar, que podia ser numeroso, com muitos agregados e escravos. Sua autoridade era fundamental, portanto, para manter unido e sólido o grupo como célula importante do Estado.⁴⁹

A autoridade do *pater familias* não tinha limites e, com freqüência, os textos referem-se ao direito de vida e morte com relação aos membros do clã, aí incluídos os filhos. O *pater, sui jûris*, tinha o direito de punir, vender e matar os filhos, embora a história não noticie que chegasse a esse extremo. Estes, por sua vez, não tinham capacidade direito, eram *alieni jûris*. O patrimônio era integralmente do pai. Os filhos não tinham bens próprios. Essa primeira concepção romana vai-se

⁴⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 353.

⁴⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Poder familiar e tutela** : à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Florianópolis : OAB/SC, 2005. p. 19.

⁴⁹ VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 318-319.

abrandando com o tempo. Dentre as modificações ocorridas, o filho passa a adquirir o pecúlio castrense, propriedade de bens adquirida e decorrente de atividade militar.

50

Silvio Rodrigues põe em dúvida o termo poder familiar:

O novo Código optou por designar este instituto como poder familiar, pecando gravemente ao mais se preocupar em retirar da expressão a palavra “pátrio”, por relacioná-la impropriamente ao pai (quando recentemente já lhe foi atribuído aos pais e não exclusivamente ao genitor) do que cuidar para incluir na identificação o seu real conteúdo, que, antes do poder, como visto, representa uma obrigação dos pais, e não da família, como sugere no nome proposto.⁵¹

Sobre o assunto Denize Damo Comel afirma que:

A palavra familiar não tem, em absoluto, o significado relativo a pai e mãe, nem mesmo se considerada em sentido estrito. Familiar quer dizer relativo à família, ou, ampliando, que vive na mesma casa, não sendo, daí, compatível com a titularidade do instituto, de modo algum. Acrescenta-se, ainda, que também não se vislumbra que a palavra familiar guarde qualquer significado hermenêutico relativo à igualdade entre os cônjuges. Por essas razões, então, não se divisa no termo poder familiar maior amplitude e identificação com a entidade formada por pais e filhos, muito menos que traduza com exatidão a idéia propulsora da igualdade dos cônjuges, entre si e como pais perante os filhos.⁵²

Diante do exposto, o “Poder Familiar”, de acordo com a denominação dada pelo novo Código Civil, é composto de poder e dever imposto pelo Estado aos pais, com plena igualdade de condições, direcionadas ao interesse do filho menor de idade não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para mantê-lo, protegê-lo e educá-lo.⁵³

O Código Civil cuida nos seus art. 1.630 à 1638 do poder familiar, estes artigos são ressaltados pelo ECA, quando trata do direito a convivência familiar e comunitária nos seus art. 21 à 24 e também quando fala da perda e suspensão do poder familiar art. 155 à 163.⁵⁴

O Estatuto da Criança e do Adolescente chama de criança quem tem 12 anos incompletos e, de adolescente, aquele com idade de 12 a 18 anos (ECA art.

⁵⁰ VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 318-319.

⁵¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 355.

⁵² COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 59.

⁵³ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Poder familiar e tutela: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente**. p. 21.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual do Direito das Famílias**. p. 379.

2º). O Código Civil reconhece como absolutamente incapazes os menores de 16 anos (C.C., art. 3º, I) e como relativamente incapazes os de 16 aos 18 anos (C.C., 4º, I). Em relação à maioridade, os dois estatutos convivem em harmonia: aos 18 anos ocorre o fim da adolescência e o implemento da maioridade (C.C., art. 5º e ECA art. 2º). Os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas do ECA (C.F., art. 228).⁵⁵

No caso de dissolução do casamento, ou da união estável, preserva-se o exercício conjunto do poder familiar, como já se fazia, limitando apenas o direito de um dos pais de ter os filhos em sua companhia, ressalvada a fixação de visitas (C.C., art. 1.632, renovando o conteúdo do art. 381 do Código de 1916).⁵⁶

Aos pais compete quanto à pessoa dos filhos menores conforme o art. 1634 do Código Civil:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o **poder** familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.⁵⁷

Assim, primordialmente, cabe aos pais dirigir a criação e educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Competindo aos pais tornar seus filhos úteis a sociedade. A atitude dos pais é essencial para a formação da criança. O progenitor faltoso, nesse dever, submete-se a repreensão de ordem civil e criminal, respondendo pelos crimes de abandono material, moral e intelectual (art. 224 a 246 do Código Penal). Ainda sobre a responsabilidade dos pais frente à educação do menor, os pais devem fornecer meios para tratamentos médicos que se fizerem necessários.⁵⁸

A respeito da direção, criação e educação Maria Helena Diniz esclarece que a norma jurídica não dispõe sobre o modo como devem criá-los e muito menos

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual do Direito das Famílias**. p. 380.

⁵⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 357.

⁵⁷ VADE MECUM, 2008. **Código Civil**, Lei nº 10.405, de 10.01.2002.

⁵⁸ VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 326.

como devem executar os encargos parentais. Segundo ela se deve porque a vida íntima da família se desenvolve por si mesma e sua disciplina interna é ditada pelo bom senso, pelos laços afetivos que unem seus membros e pela convivência das decisões tomadas. Podendo utilizar-se de maneira moderada seu direito de correção, pois o poder familiar não poderia ser exercido, efetivamente, se os pais não pudessem castigar seus filhos para corrigi-los.⁵⁹

Os pais poderão ser destituídos do poder familiar, se incorrendo em abusos no exercício desse direito, respondendo civilmente e penalmente, art. 1.638, I do Código Civil e 136 do Código Penal.⁶⁰

A companhia e guarda dos filhos menores é um direito, ela é um complemento indispensável na criação e educação dos filhos. Só poderá ser tirada em casos excepcionais como já foi destacado a cima.⁶¹

Reforça Denise Damo Comel que ter em companhia é função típica e da essência do poder familiar, e não significa apenas morar com o filho, tê-lo sob o mesmo teto, numa convivência contínua e de relativa permanência.⁶²

O inciso III, menciona o consentimento para os filhos menores se casarem.

Este benefício conferido aos pais, no direito brasileiro não apresenta uma importância transcendental, porque o consentimento pode ser suprimido judicialmente.⁶³

Dispõe o inciso IV: nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar, este inciso dá aos pais a autonomia de escolher a pessoa a quem confiar os filhos menores, sendo que os pais são as melhores pessoas para cuidar dos interesses dos filhos.⁶⁴

Versa o inciso V: representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento, a lei protege os incapazes na atuação da vida jurídica, pois tem-se o entendimento que sua inexperiência possa conduzi-los a prática de atos prejudiciais.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. p. 443-444

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. p. 444..

⁶¹ VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 326.

⁶² COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. p. 111

⁶³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 361.

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. p. 445..

Assim o legislador os coloca sob a orientação de uma pessoa capaz, que o represente ou os assista em todos os atos da vida civil.⁶⁵

Este assunto também é abordado no art. 1.690 do Código Civil, que copia a forma como será suprida ou integrada à incapacidade do menor: pela representação ou assistência, conforme seja menor ou maior de 16 anos.⁶⁶

Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.

Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária

O inciso VI dá o direito de reclamar de quem o ilegalmente o detenha seu filho menor.⁶⁷

A ação utilizada para reclamar da pessoa que a detenha ilegalmente é a medida cautelar de busca e apreensão prevista no artigo 839 do Código de Processo Civil. Há entendimento diverso por alguns doutrinadores que entendem que o mais adequado seria utilizar-se do rito ordinário.⁶⁸

O inciso VII traz da obrigação dos menores em prestar obediência, respeito e ainda a prestação de serviços de acordo com sua condição, quer dizer o menor deve participar da manutenção do lar, preparando-se para os desafios da vida.⁶⁹

A legislação trabalhista prevê as restrições com o objetivo de proteger o menor, disciplina que proíbe o seu trabalho fora do lar até os 16 anos (Código de Legislação Trabalhista, artigo 403), salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos (C.F., art., 7º, XXXIII), e proíbe o trabalho noturno até os 18 anos (CLT, artigo 404).⁷⁰

⁶⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 362.

⁶⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 362.

⁶⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 362.

⁶⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Poder familiar e tutela: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente**, p. 34.

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. **Direito de família. Curso de direito civil brasileiro**. p. 482.

⁷⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 363.

2.3.2 Do usufruto e administração dos bens de filhos menores

Aos filhos menores não lhes é dada capacidade de direito para administrar seus bens, que podem ser obtidos de diversas formas, geralmente advém de doação, testamento, ou por fruto do seu trabalho. O que freqüentemente mais ocorre é pela morte de um dos pais, onde ocorre na administração da herança que os menores recebem do falecido. Esta matéria é disciplinada pelos art. 1.689 à 1.693 do vigente Código Civil. A regra é que os pais são os administradores naturais dos bens dos filhos menores, de acordo com o art. 1.689,II do C.C. Os atos dessa administração não autorizam, em princípio, a alienação. A lei versa apenas sobre atos restritos da administração, tais como locação, aplicações financeiras, pagamento de impostos, defesa de direitos.⁷¹

Silvio de Salvo Venozza explica que no exercício da administração dos bens dos filhos não há necessidade de caução ou qualquer outra garantia, pois se entende que não a pessoa melhor do que os pais para cuidar do patrimônio do filho. Sendo que o progenitor somente responderá por culpa grave, e não estará obrigado a prestar contas.⁷²

Os pais na administração dos bens dos filhos devem zelar pela preservação do patrimônio de que cuidam, não podendo praticar atos que impliquem alienação direta ou indireta de bens, ou dos quais possa resultar uma diminuição patrimonial. Esta restrição obtém uma ressalva, caso ocorra evidente necessidade ou utilidade da prole os pais mediante autorização do juiz podem exorbitar dos atos da administração (C.C.,art. 1.691, parte final).⁷³

2.3.5 Suspensão, destituição ou perda do poder familiar

Conceituam-se a suspensão e a destituição do poder familiar as sanções aplicadas aos pais pela infração ao dever genérico de exercerem o poder parental

⁷¹ VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 327.

⁷² VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 329-330.

⁷³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 364-365.

de acordo com normas estabelecidas pelo legislador, visando atender ao maior interesse do menor.⁷⁴

Quando ocorrer a suspensão, o exercício do poder familiar é privado, por tempo determinado, podendo ser em parte ou por todas as atribuições do poder familiar referindo-se somente a um dos filhos ou alguns.⁷⁵

Silvio Rodrigues destaca que a suspensão representa medida menos grave, de modo que extinta a causa que a gerou, pode o juiz cancelá-la, se não encontrar inconveniente na volta do menor para a companhia dos pais. Sendo que a suspensão pode abranger apenas algumas prerrogativas do poder familiar; assim, se o pai cuida mal do patrimônio de um filho que recebeu deixo testamentária, mas por outro lado educa este e os outros com muita proficiência, pode o juiz suspende-lo da administração dos bens desse filho, permitindo que conserve intocado poder familiar no que concerne aos outros poderes e aos outros filhos. Ainda, em virtude de sua menor gravidade, a suspensão é facultativa, pois se permite ao juiz deixar de aplicá-la se o pai ou a mãe se compromete a internar o filho em estabelecimento de educação, ou garantir que ele será bem tratado. Este conceito tem como base no revogado Código de Menores, no antigo código art. 394 e no vigente Código Civil art 1.637.⁷⁶

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Já a perda ou destituição do poder familiar é a mais grave sanção imposta aos pais que faltarem com os deveres em relação aos filhos. Disciplina o art. 1.638⁷⁷:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

- I - castigar imoderadamente o filho;
- II - deixar o filho em abandono;
- III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

⁷⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 368.

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. p. 449.

⁷⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 369.

⁷⁷ VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 334.

Estes processos de suspensão ou perda do poder familiar podem se dar por iniciativa do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse conforme os art. 24 e 155 do ECA (Lei nº 8.069/90). Trata-se de processo, pois há que se assegurar ao réu o princípio do contraditório e da ampla defesa. Quem detém a competência para julgar essas ações será o juiz da infância e do adolescente (art. 148, parágrafo único, alínea "b", da mesma lei). Tendo sua regulamentação nos arts. 155 à 163, do ECA. A sentença que determinar a perda ou suspensão do poder familiar deverá ser averbada no registro de nascimento do menor (art. 164 do ECA e art. 102, § 6º da Lei de Registros Públicos).⁷⁸

2.3.6 Extinção do poder familiar

O poder familiar tem como características ser um complexo de direitos e deveres intransferíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e indisponível, não podendo ser objeto de simples abandono ou de transferência, salvo nesse último caso por determinação judicial, sendo garantido pela constituição o direito à convivência familiar que confere-se às crianças e aos adolescentes, que deve ser acatado, tanto pelo Estado, quanto pela família em que esteja inserida a criança do referido direito.

⁷⁹

O Código Civil descreve alguns fatos causadores da extinção do pátrio poder no art. 1.635:⁸⁰

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

O primeiro inciso refere-se à morte dos pais ou dos filhos. Entende-se que a morte de um deles não extingue o poder familiar, sendo que o outro poderá exercer sozinha esta função, cessará apenas quando ambos os genitores falecerem,

⁷⁸ VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 365.

⁷⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Poder familiar e tutela: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente**. 36.

⁸⁰ VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 331.

colocando-se assim os filhos menores não emancipados sob tutela. Ocorrendo a morte do filho, extingue-se a relação jurídica, por não existir mais o elo do poder familiar.⁸¹

Extingue-se o Poder Familiar com a maioridade como expressa o inciso II do referido artigo, pois a lei presume que, atingindo a capacidade civil (18 anos), o indivíduo já não precisa da proteção estabelecida pelas regras previstas. Da mesma forma procede-se a emancipação, que é a aquisição da capacidade civil antes da idade legal, ela é conferida pelos pais, como também pode ser deferida pelo juiz ou pela lei, naqueles casos que se pressupõe ter o indivíduo adquirido plena maturidade, a despeito de sua idade.⁸²

No que discerne a adoção, qualquer que seja sua modalidade, ela extingue o pátrio poder da família original, que passa automaticamente a ser exercido pelo adotante. A adoção transfere o pátrio poder, não o extingue.⁸³

Ocorrendo a morte do pai adotivo, não se restabelece o poder familiar do pai ou da mãe natural, é nomeado um tutor ao menor.⁸⁴

2.3.2. Guarda dos Filhos

Tem-se que a Guarda é a obrigação legal de prestar assistência material e moral ao menor sob pátrio poder (poder familiar) por parte de seus responsáveis.

A lei refere-se a guarda dos filhos em oportunidades distintas: quando do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento (C.C., art. 1.611 e 1.612) e quando da separação dos pais (C.C., art. 1.583 à 1.589). Nesses dois momentos a doutrina não se atenta a proteção integral consagrada pela Constituição nem pra tudo que o ECA dita a respeito da tutela do melhor interesse da criança e adolescente.⁸⁵

Assim, a guarda dos filhos é, taxativamente, conjunta, apenas podendo ser individualizada quando ocorrer à separação de fato ou de direito dos pais. Pode

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. Direito de família. **Curso de direito civil brasileiro**. p. 454.

⁸² RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 372.

⁸³ VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 332.

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. p. 454.

⁸⁵ DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual do Direito das Famílias**. p. 393.

ainda quando o filho for reconhecido por ambos os pais, não residindo eles sob o mesmo teto e não havendo acordo sobre a guarda, neste caso, o juiz decidirá atendendo o melhor interesse do menor (C.C., art. 1.612).⁸⁶

A guarda é um direito personalíssimo, assim como o pátrio poder, pode a mesma por determinação judicial, vir a ser conferida a terceira pessoa, preferencialmente parente, quando hajam falecido os pais, quando os pais forem destituídos do pátrio poder, ou quando na separação judicial ou divórcio, art. 1.584, do novo Código Civil).⁸⁷

Com relação à guarda a terceiros assinala Teresa Arruda Alvim que:

Hoje, por exemplo, não são mais tão raras as decisões que conferem a guarda de filhos aos avós, e não ao pai e a mãe. (...) Há decisões em que se defere a guarda de menores até a terceiros, como a que inserida na RJTSP 121/277. Não se alterou a guarda do menor, que tinha sido entregue espontaneamente pela mãe a um casal estranho, uma vez que a criança estava integralmente adaptada ao novo lar e que se constatou ser fato concreto e latente os laços afetivos que os unem (a criança e a família com quem estava).⁸⁸

A guarda conjunta ou compartilhada dá mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. Obtendo-se com a participação dos pais no processo de desenvolvimento dos filhos uma pluralização das responsabilidades, e com isso estabelece-se uma verdadeira democratização de sentimentos entre pais e filhos. O objetivo é minorar os efeitos que a separação acarreta nos filhos. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.⁸⁹

Desta forma podemos concluir que havendo a separação, o pátrio poder familiar não se extingue os direitos e deveres em relação a um dos pais, por este não obter a guarda dos filhos após a separação ou divórcio, ou ainda, se tendo conservada a guarda, vier a contrair novas núpcias (art. 1.579, C.C.).⁹⁰

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual do Direito das Famílias**. p. 393-394.

⁸⁷ LUZ, Valdemar P. **Curso de Direito de Família**. p. 263.

⁸⁸ Apud LUZ, Valdemar P. **Curso de Direito de Família**. p. 264.

⁸⁹ DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual do Direito das Famílias**. p. 395.

⁹⁰ LUZ, Valdemar P. **Curso de Direito de Família**. p. 266.

3. FILIAÇÃO E PATERNIDADE

O direito não se afasta da verdade científica, a procriação é um aspecto natural, independente da forma como foi concebido o ser humano tem pai e mãe. Do ponto de vista jurídico é um aspecto que decorrem inúmeros efeitos. Já numa visão ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação, e extinção, que tem como sujeitos na relação com os filhos. Conseqüentemente, 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.⁹¹

Filiação é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascidas da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial assistida. Sendo ela considerada em virtude do pai, denomina-se paternidade, e quando for pela mãe, maternidade. Filiação procede do latim *filiatio*, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace.⁹²

Segundo Arnaldo Rizzaro a filiação é: “[...] o vínculo mais importante de união à aproximação das pessoas. Constitui um liame inato, emanado da própria natureza, que nasce instintivamente e se prolonga ao longo da vida dos seres vivos.”

⁹³

Silvio Rodrigues assim conceitua a relação de parentesco existente na filiação: “a filiação é a relação de parentesco consangüíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram”. Esta observação é de grande importância, pois considerando a proximidade de grau, criam-se diversos efeitos no campo do direito.⁹⁴

Desde a idade antiga presumia-se a maternidade sempre certa e a paternidade incerta. Até meados do século XX, essa foi uma verdade dogmática, a maternidade era sempre suscetível de ser provada e a paternidade encontrava difícil comprovação. Com o avanço da ciência e tecnologia genética ocorrida nas últimas

⁹¹ VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família** p. 225.

⁹² LOBO, Paulo. **Famílias (Direito Civil)**, São Paulo: Saraiva, 2008. p. 192.

⁹³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Aide Ed, 1994. p. 565.

⁹⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 297.

décadas, essa afirmação perde sua força e é colocada a prova. Atualmente, pode-se com quase total certeza comprovar a paternidade, através de teste de DNA.⁹⁵

Maria Helena Diniz versa que: “paternidade, na perspectiva jurídica, remete ao conteúdo do vínculo jurídico entre pai e filho, traduzindo nas atribuições e nos deveres paterno-filiais explícitos ou implícitos em lei.”⁹⁶

Segundo Luiz Roberto Assumpção:⁹⁷

“o termo paternidade em seu sentido plural, apresenta-se rico em nuances, que apontam a composição de um mosaico, que é a convivência cotidiana entre pais e filhos, mediante a expressão de seus anseios e objetivos, que perpassam os mais variados aspectos da relação. Sendo o emprego da expressão paterno-filial uma homenagem, querendo apontar as pessoas que estão inseridas nessa relação independente do modo de constituição a ela relacionado.”

Podemos dividir a paternidade advinda da técnica de reprodução assistida em paternidade homóloga e heteróloga.⁹⁸

Quando a mulher casada ou em união estável não consegue conceber normalmente, embora apta à fecundação (fértil) ela recorre à inseminação homóloga.⁹⁹ Ocorrendo à junção da filiação biológica com a filiação afetiva, a mulher recebe sêmen do próprio marido.¹⁰⁰

A inseminação artificial heteróloga se dá quando se recorre ao sêmen ou óvulo de um terceiro. Na primeira situação a mulher é fértil, mas o marido ou seu companheiro tem algum problema de esterilidade à chamada impotência *generandi*, nesta situação, o mais comum é a utilização do sêmen de um homem cuja identidade não é dada a conhecer, eis que geralmente é fornecido por um Banco de Esperma. Já na segunda situação o problema encontra-se na mulher, e tem como finalidade sanar a falta de ovulação dela.¹⁰¹

A técnica de reprodução assistida permite que as mulheres mesmo fora do casamento ou união estável possam recorrer a um banco de sêmen, sendo então fertilizadas com o intuito de formar uma família monoparental. Ocorrendo essas

⁹⁵ VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p.225.

⁹⁶ Apud ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva 2004. p. 51.

⁹⁷ ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil**. p. 51.

⁹⁸ CANZIANI, Eduardo de Carvalho. **Aspectos Legais da Reprodução Assistida**. In: FREITAS, Douglas Phillips.(coord.). **Curso de Direito de Família**: Florianópolis: Vox Legem, 2004. p. 166-167.

⁹⁹ LUZ, Valdemar P. **Curso de Direito de Família**. p. 202.

¹⁰⁰ CANZIANI, Eduardo de Carvalho. **Aspectos Legais da Reprodução Assistida**. In: FREITAS, Douglas Phillips.(coord.). **Curso de Direito de Família**. p. 166.

¹⁰¹ LUZ, Valdemar P. **Curso de Direito de Família**. p. 205-206.

situações não é possível arrogar ao doador nenhum vínculo de filiação. Mesmo que não tenha lei específica, a criança apenas será registrada em nome da mãe, podendo no futuro requerer o reconhecimento de seu vínculo genético de filiação biológica.¹⁰²

3.1 Paternidade civil

A adoção é entendida como um dos mais antigos institutos presentes em praticamente todos os povos: gregos, romanos, egípcios e hebreus, contudo, eram com propósitos religiosos.

Como apresenta o doutrinador Arnold Wald:

No direito primitivo, a adoção constituiu um meio eficaz de perpetuar a família e a religião doméstica, transferindo-se os bens familiares, numa época em que ainda não existia o testamento, desconhecido pelo direito hindu e ignorado ou proibido em Atenas até a época de Sólon e, em Esparta, até a guerra do Peloponeso. Mesmo, em Roma, encontramos a expressão, que perdura até hoje na linguagem jurídica, *herdeiro seu e necessário*, recordando um tempo em que não havia testamento. Foi assim a adoção uma técnica cômoda de instituição de herdeiro, tendo passado a exercer outras funções quando o testamento veio a ser amplamente e discutido.¹⁰³

Fustel de Coulanges em sua célebre obra traz:

O dever de perpetuar o culto doméstico foi o princípio do direito de adoção entre os antigos. A mesma religião que obrigava o homem a se casar, que declarava o divórcio em caso de esterilidade e que, em caso de impotência ou morte prematura substituía o marido por um parente, outorgava ainda à família um derradeiro recurso para escapar à infelicidade tão temida da extinção: o direito de adoção.¹⁰⁴

O direito romano tinha na guarda e na adoção sua principal característica, em outras palavras, propiciava condições para quem não pudesse ter seus filhos consangüíneos.¹⁰⁵

¹⁰² CANZIANI, Eduardo de Carvalho. **Aspectos Legais da Reprodução Assistida**. In: FREITAS, Douglas Phillips.(coord.). **Curso de Direito de Família**. p. 167.

¹⁰³ WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. p. 200.

¹⁰⁴ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga** : estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma: tradução de Edson Bini.p. 50.

¹⁰⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 356.

Em Roma, a adoção se firmou, tendo sua origem vinculada ao culto dos mortos, por conseguinte ganhou característica política. O imperador Justiniano, efetuou reformas legislativas com o intuito de salvaguardar o direito do adotado. A adoção foi dividida em plena, realizada por ascendentes do adotado e a menos plena quando realizada por estranhos. Estas mudanças estabeleceram requisitos pra que pudesse ocorrer a adoção, com a finalidade de que fosse igual à via natural, exigia-se na época uma diferença de idade entre o adotante e o adotado.¹⁰⁶

Benkauss disserta que:

Já na Idade Média, amparada sob novas influências religiosas e com a preponderância do Direito Canônico, a adoção passa a não ser mais utilizada. Posteriormente na Idade Moderna, com advento da legislação da Revolução Francesa, a adoção volta á tona, sendo depois incluída no Código de Napoleão de 1804. Essa legislação no princípio foi cautelosa no tocante a adoção, como era vista adoção *minus plena*, porém deixava subsistir os laços de parentesco do adotado.¹⁰⁷

Arnold Wald esclarece:

Coube à França ressuscitar o instituto, dando-lhe novos fundamentos e regulamentando-o no Código Napoleão, no início do século XIX, com interesse do próprio Imperador, que pensava em adotar um dos seus sobrinhos. A lei francesa da época só conheceu a adoção em relações maiores, exigindo por parte do adotante que tenha alcançado a idade de cinquenta anos e tornando a adoção tão complexa e as normas a respeito tão rigorosas que pouca utilidade passou a ter, sendo de rara aplicação. Leis posteriores baixaram a idade exigida e facilitaram a adoção, permitindo que melhor desenvolva o seu papel na sociedade moderna.¹⁰⁸

No ano de 1916, no Brasil, através do Código Civil que regulamentou a adoção nos art., 368 a 378, o instituto da adoção ganhou relevância jurídica. Antes disso, poucas normas existiam a respeito, apenas nas Ordenações Filipinas, no Livro III, Título 9, parágrafo 2º, fazia menção ao instituto.

Na versão original do Código Civil de 1916, (art. 368 a 378) a adoção era concedida aos maiores de 50 (cinquenta) anos, sem prole legítima ou legitimada, para pessoas que não o tinham naturalmente, conforme definiu o legislador.¹⁰⁹

Silvio de Salvo Venosa afirma que:

¹⁰⁶ WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. p. 200-201.

¹⁰⁷ Apud VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 283.

¹⁰⁸ WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. p. 201.

¹⁰⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 336.

A adoção no Código Civil de 1916, lei eminentemente patrimonial visava proeminentemente à pessoa dos adotantes, ficando o adotando em segundo plano, aspecto que já não é admitido na moderna adoção, o código disciplinou a adoção conforme a tendência internacional da época, isto é, como instituição destinada a dar prole àqueles que não podiam ter filhos.¹¹⁰

A Lei nº 3.133 de 8 de maio de 1957, reestruturou o instituto e alterou de certa maneira o conceito de adoção, pois a adoção tinha como intenção atender o justo interesse do adotante, de trazer para sua família uma pessoa estranha, na condição de filho. Após a lei, a adoção passou a ter a finalidade assistencial, um meio de melhorar a condição do adotado. A modificação principal trazida pela referida lei foi à permissão da adoção por pessoas de 30 (trinta) anos, com ou sem prole natural, no entanto, se o adotante tivesse filhos biológicos o adotado não participaria da sucessão hereditária.¹¹¹

O Código Civil de 1916 foi totalmente revogado pela Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, atual Código Civil, que adequou as disposições da adoção à Constituição.

Salienta-se que não há incompatibilidade entre as disposições do Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, os dois completam-se, devendo ser observados os requisitos contidos em ambos os diplomas legais.¹¹²

O doutrinador Arnold Wald conceitua: “A adoção é uma ficção jurídica que cria o parentesco civil. É um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente.”¹¹³

Nota-se, “a adoção é negócio solene, porque a lei lhe impõe determinada forma, sem a qual o ato não tem validade, ou mesmo existência, como tal”.¹¹⁴

Conforme Silva Júnior define-se adoção como “à medida que se insere uma pessoa, em seio familiar, pela preponderância do afeto”, ou seja, uma ficção jurídica que cria o parentesco civil.¹¹⁵

José Sebastião Roque conceitua a adoção como sendo:

¹¹⁰ VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p.286.

¹¹¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 336-337.

¹¹² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 291.

¹¹³ WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. p.199.

¹¹⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 341.

¹¹⁵ SILVA, Enézio de Deus Junior. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2005.p. 78.

[...] uma das formas pelas quais se estabelece a filiação, o vínculo familiar. Por ela, duas pessoas estranhas tornam-se parentes, estabelecendo o chamado “parentesco civil”. Trata-se de uma ficção legal (*factio júris*), porque ela estabelece um vínculo parental fictício, uma vez que não há laços de sangue nem de afinidade entre adotante e adotado [...].¹¹⁶

Por conseguinte definimos a adoção como negócio jurídico solene, que constitui o parentesco civil, ocorrendo assim uma filiação fictícia, divergindo da natural. Sendo que, para sua efetivação, é necessário o preenchimento de requisitos dispostos em lei.

Silvio de Salvo Venozza esclarece que:

“A adoção é modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil de 1916, ou de sentença judicial, no atual sistema do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/90), bem como no corrente Código, a filiação natural repousa sobre o vínculo de sangue genético ou biológico; adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a preposição de uma relação não biológica, mas afetiva”.¹¹⁷

A ligação que se estabelece entre a paternidade e a filiação são irrevogáveis, desta maneira a criança adotada é desligada de qualquer vínculo com os pais de sangue, ressalvados os impedimentos matrimoniais de acordo com o disposto no art. 227, §§ 5º e 6º, constituindo, definitivamente, autênticos laços de parentesco entre o adotado e a família do adotante conforme prevê o art. 1.626 do C.C.¹¹⁸

As mudanças de paradigmas ao longo do tempo exigiram a substituição de práticas dentro do ordenamento jurídico, por ações que garantem o melhor interesse da criança, valores estes discorridos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Inferimos que a adoção além de estabelecer o parentesco civil vem confirmar que o amor se faz pela convivência, sendo construída aos poucos. Podemos dizer que nesta opção voluntária reside a essência do amor que é o sustentáculo de uma relação familiar.

Ressalvamos, que com o surgimento das técnicas de reprodução assistida heteróloga, a paternidade civil se estende a criança concebida por essa

¹¹⁶ ROQUE, José Sebastião. **Direito de família**. 2 ed. São Paulo: Ícone, 1994.p.157.

¹¹⁷ VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 279.

¹¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Direito de família. Curso de direito civil brasileiro**. p. 416.

técnica, ou seja, mediante a interpretação extensiva, alguns artigos do Eca e do Código Civil, que tratam da adoção são utilizados para caracterizar o parentesco civil. Desta forma, a criança passa a ser filho, com iguais direitos e deveres comparativamente aos outros filhos.

3.2 Paternidade biológica

A filiação entre o pai e o filho, estabelecida pela consangüinidade é denominada de paternidade biológica. Este tipo de vínculo da paternidade pelos laços de sangue sempre foi a de maior relevância, desde as origens das relações de parentesco.¹¹⁹

Assim, conceitua Pontes de Miranda: “família é o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum”¹²⁰, ou seja, unidos por laços de sangue ou de parentesco civil.

Porém, nem sempre o direito resguardou esse substrato biológico de forma absoluta. Com o advento da Constituição de 1988, foi consagrada a igualdade na filiação, a legislação anterior não permitia o estabelecimento da paternidade ao filho espúrio, mesmo sendo este conhecedor de seu pai biológico, quando concebido em relações fora do matrimônio.¹²¹

O Código Civil de 1916 focava suas normas e dava ênfase à família legítima, ou seja, aquela advinda do casamento, de justas núpcias. Elaborado em época histórica cujos valores eram essencialmente patriarcais e individualistas, o legislador do início do século passado discriminou a família que não tinha sua origem no casamento e simplesmente desconheceu os direitos dos filhos que nascessem dessas relações não matrimoniais. Conseqüentemente ignorou uma situação social que sempre existiu em nosso país.¹²²

¹¹⁹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Ed. DelRey, 2001, p. 46.

¹²⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 2000. p. 205.

¹²¹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. p. 47-48.

¹²² VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 228.

No Código Civil de 1916, o legislador ao falar da filiação conceituou em natural aquela que resultava da procriação podendo ser legítima ou ilegítima. Já a filiação civil se dá em decorrência da adoção simples ou plena.¹²³

A norma então em vigor proibia a verdade biológica em prol da manutenção da família, instituição sócio-jurídica maior:

A verdade biológica era, portanto, uma verdade proibida. Filho era somente o filho no sentido jurídico. A descendência genética podia (e deveria) coincidir com a concepção do direito; caso contrário, ao banimento do sistema se empurram os filhos aos estritos limites da lei.¹²⁴

Sobre este assunto Guilherme Calmon Nogueira da Gama ensina:

[...]a filiação biológica ganhou bastante importância com o texto constitucional de 1988 não apenas no sentido de retirar qualquer restrição ou limitação para seu estabelecimento quanto às pessoas que não tinham filiação definida formalmente, mas também de permitir que os filhos matrimoniais passassem a ter condições de impugnar a matrimonialidade de sua filiação e, desse modo, apurar a filiação biológica. Houve, nesse sentido, a biologização da filiação, [...]¹²⁵

No decorrer do século XX, a legislação brasileira, seguindo uma corrente ocidental, atuou na ampliação dos círculos de inclusão dos filhos ilegítimos. Estas idéias foram absorvidas pela Carta Magna de 1988, onde desapareceram as discriminações existentes entre os filhos. Conseqüentemente todos os filhos são dotados de iguais direitos e deveres não mais se dando importância a sua origem, o sentido de legitimidade ficou sem sentido nas relações familiares.¹²⁶

Silvio de Salvo Venozza versa que nossa legislação foi:

Sendo modificada para, timidamente a princípio, serem inseridos direitos familiares e sucessórios aos filhos decorrentes de relações extramatrimoniais. A Constituição de 1988 culminou por vedar qualquer qualificação relativa à filiação legítima, ilegítima e adotiva, de vital importância para o conhecimento do fenômeno, passa a ter conotação e compreensão didática e textual não mais essencialmente jurídica.¹²⁷

¹²³ WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**, p. 178.

¹²⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: DelRey, 1996. p. 20.

¹²⁵ 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. 482.

¹²⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. São Paulo: Ibfam, 2004. p. 506.

¹²⁷ VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 228

A mudança de conceitos ao longo do tempo exigiu a substituição de práticas dentro do ordenamento jurídico, por ações que garantem o melhor interesse da criança, disposições estas que foram firmadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.2.1 Filiação Legítima e Ilegítima

Em meados do século XX, a família, o casamento e as relações de filiação sofreram grande transformação social. A família clássica, interligada pelo casamento, era a ferramenta apropriado para transmitir os bens por via hereditária por gerações. O sistema socioeconômico era baseado na propriedade da terra, na riqueza imobiliária sob condução do *pater*. Com a queda do poder patriarcal obtêm-se o reconhecimento de direitos e deveres oriundos do pátrio poder ou poder familiar, preparando o terreno para ampla mudança legislativa do final do século XX.¹²⁸

O autor Rodrigo da Cunha Pereira esclarece:¹²⁹

No direito, a verdade biológica converteu-se na “verdade real” da filiação em decorrência de fatores históricos, religiosos e ideológicos que estiveram no cerne da concepção hegemônica da família patriarcal e matrimonializada e da delimitação estabelecida pelo requisito da legitimidade. Legítimo era o filho biológico, nascido de pais unidos pelo matrimônio; os demais seriam ilegítimos.

Ressaltamos que antes da promulgação da Carta Magna de 1988, os filhos eram classificados em legítimos e ilegítimos. Eram legítimos os filhos nascidos na constância do casamento. Já os filhos denominados ilegítimos eram aqueles que advinham de um relacionamento extramatrimonial, os filhos ilegítimos são classificados como espúrios.¹³⁰

¹²⁸ VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 229.

¹²⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org). Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. p. 506.

¹³⁰ WELTER, Pedro Belmiro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 67

Os espúrios eram filhos, que provinham de um relacionamento onde não era permitida a união conjugal dos pais. Já os naturais eram aqueles filhos dos casais que não eram casados, mas que possuíam impedimentos para tal. Os espúrios ainda eram denominados adulterinos, quando o pai, a mãe ou ambos fossem casados; ou incestuosos, quando decorria de parentesco próximo.

Também eram reconhecidos como espúrios os sacrílegos, que eram os filhos havidos por sacerdote ou freira, ou seja, pessoa ligada a voto de castidade. Essa categoria não é mais reconhecida por existir hoje a separação da Igreja com o Estado, são classificados os sacrílegos de naturais apenas.¹³¹

Observamos que a Constituição de 1988 se contrapôs a idéia de filiação que existia no passado, legislação esta que proibia o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento. Porém, no constitucionalismo atual busca-se a proteção à criança e adolescente, fazendo ressaltar sempre o melhor interesse deste e proibindo discriminações ou distinções, fazendo prevalecer à igualdade entre todos os filhos independente da origem desta filiação.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

[...] Evidentemente que diante dos novos valores acolhidos pela Constituição especialmente atinentes à valorização dos interesses e situações existenciais em detrimento dos patrimoniais, altera-se o enfoque: não são mais o marido e a família – casamento tuteladas pela nova ordem civil-constitucional, mas sim o filho/criança e as famílias funcionalizadas em razão dele, fazendo com que, deste modo, a criança deixe de sofrer uma série de restrições que anteriormente existiam a respeito do estabelecimento formal da parentalidade ou mesmo do desfazimento formal da parentalidade anteriormente estabelecida, mas que atende aos interesses do filho [...].¹³²

Na Constituição Federal vigente o art. 227 veio proibir qualquer distinção entre os filhos e ainda obrigar a sociedade e o Estado a prestar assistência à criança e ao adolescente.

O art. 1.596 do Código Civil vem reforçar o princípio basilar da igualdade existente entre os filhos como se expõe a seguir:

¹³¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 317-318

¹³² 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**. p. 426-427.

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.¹³³

Sobre esse assunto o autor Eduardo de Oliveira Leite afirma que:

O que o legislador quer resgatar e prevenir é a impossibilidade da repetição da eventual aplicação de qualquer exegese que sugira o ressuscitar da desigualdade entre os filhos, especialmente entre aqueles a que se referiu o texto constitucional, a saber: os chamados, filhos “legítimos”, “ilegítimos” e “adotivos”. O que o artigo afirma, e de certa forma, previne, é a impossibilidade de se raciocinar as relações paterno – materno - filiais, em ótica patriarcal, na qual o ápice da pirâmide hierárquica era ocupado pelo pai, tendo a mulher e os filhós em situação de subordinação.¹³⁴

Nesta ótica Guilherme Calmon Nogueira da Gama ainda expõe que:

[...] Assim, por exemplo, a Constituição, ao prever que os filhos – independente do estado civil de seus pais – deverão ter as mesmas qualificações e que é proibido o emprego de qualquer designação discriminatória, extinguiu toda a parte do sistema anterior de filiação que restringia o estabelecimento dos vínculos de paternidade-filiação e maternidade-filiação [...].¹³⁵

O legislador na Constituição de 1988 tornou possível o reconhecimento dos filhos havidos de relações extramatrimoniais, a partir de então se tornou irrelevante a origem da filiação. Com o intuito de dirimir qualquer dúvida surgiu a Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, que revogou expressamente o art. 358 do texto do Código de 1916. Posteriormente em 13 de julho de 1990 foi promulgada a Lei nº 8.069/90 que instituiu o Estatuto da Criança e Adolescente – ECA. Esta lei em seu artigo 20 rigorosamente repetiu o mesmo preceito constitucional dando aos filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias.¹³⁶

Segundo Zeno Veloso: “A Constituição de 1998 num único dispositivo, espancou séculos e hipocrisia e preconceito”.¹³⁷

Sobre esta mudança, citam-se as palavras da Desembargadora:

[...] Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derrogando inúmeros dispositivos da

¹³³ VADE MECUM, 2008. Código Civil, Lei nº 10.406, de 10.01.2002.

¹³⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado – Direito de Família**. São Paulo: RT, 2005. p. 201.

¹³⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil : família**. São Paulo : Atlas, 2008. p. 338.

¹³⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil : família**. p. 338.

¹³⁷ Apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. p.30.

legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico.¹³⁸

Desta forma, o art. 227, parágrafo 6º, ao estabelecer a igualdade e vedar a discriminação, além de se referir a discriminação de uma maneira geral busca, principalmente, vedar a diferenciação dos filhos que advém fora da relação matrimonial.

A filiação atualmente implica em três definições: filiação biológica, jurídica e socioafetiva.

O art. 1.597 C.C. postula que:

Art. 1.597. 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.¹³⁹

Acerca do artigo à cima do Código Civil Silvio Rodrigues se pronuncia:

Assim, se o filho nasceu seis meses após as núpcias, presume-se ser ele do marido da mãe. O legislador, com base em dados científicos que acolheu parte do pressuposto de que naquele intervalo de tempo poderia completar-se a gestação do ser humano. Entretanto, se a mulher der à luz antes de seis meses após a realização do casamento, não se presume a paternidade do recém-nascido, pois, de acordo com aqueles dados, ele não poderia ter sido engendrado após o matrimônio. Neste caso, cabe ao marido, querendo reconhecer a paternidade.¹⁴⁰

O doutrinador Silvio de Salvo Venozza acrescenta que:

O Código Civil de 1916 adotou o sempre repetido princípio segundo o qual pai é quem assim demonstram as justas núpcias (*pater is est quem nuptiae demonstrant*). Presume o antigo legislador que o filho de mulher casada foi concebido pelo marido. A presunção, fundamental no que usualmente ocorre, possuía um embasamento cultural e social, em prol da estabilidade da família, uma vez que impedia que se atribuisse prole adulterina à mulher casada. A maternidade comprova-se pelo parto, erigindo o sistema em crime quem alegar parto suposto (arts. 241 e 242 do Código Penal). Daí a

¹³⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. p. 30-31.

¹³⁹ VADE MECUM, 2008. **Código Civil**, Lei nº 10.4056, de 10.01.2002.

¹⁴⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p.301.

regra tradicional mantida pelo vigente Código no sentido de que não basta a confissão materna para excluir a paternidade (art. 1.602 do Código Civil).¹⁴¹

Pode-se presumir a paternidade do filho concebido durante o casamento, pois tem natureza *júris tantum*, que significa presunção relativa, ou seja, admite prova em contrário.¹⁴²

Comprova-se a filiação legítima pela certidão de nascimento. O registro estabelece a paternidade e a maternidade, defendendo ao ponto de não se permitir que o filho atribua outro estado que contrarie ou se oponha ao que vem consignado no respectivo termo. Pode demonstrar, entretanto, sua falsidade, e ao pai, mediante contestação de paternidade pelo meio próprio, observa-se que o pai tem o direito de obter por sentença, o cancelamento do registro feito na suposição que era seu.¹⁴³

Versa o art. 1.601 do Código Civil:

Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.¹⁴⁴

Assim, entende-se que a ação de contestação de paternidade é reservada ao marido. Caberia ao marido o interesse de intentá-la, tendo ele legítimo interesse moral, se não ocorre dessa forma os fundamentos da família estariam ameaçados. Seu caráter personalíssimo é interpretado rigorosamente, mais se durante o processo ele vem a falecer, seus herdeiros podem prosseguir com a ação.¹⁴⁵

No passado não existia ação própria para o filho ilegítimo requerer o reconhecimento judicial, apenas poderia ser reconhecido legalmente quando os pais naturais o quisessem, em situações predeterminadas pela lei mediante formalidades especiais, e mesmo tendo sido reconhecidos, obtinham situação legal inferior à dos filhos legítimos.¹⁴⁶

O reconhecimento do filho concebido fora do casamento pode-se dar de maneira espontânea ou de forma coativa, que gera um complexo de direitos e obrigações. Para o direito somente havendo o reconhecimento do filho é que se tem

¹⁴¹ VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p.232.

¹⁴² RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 300.

¹⁴³ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 323-324.

¹⁴⁴ VADE MECUM, 2008. **Código Civil**, Lei nº 10.406, de 10.01.2002.

¹⁴⁵ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. p. 327.

¹⁴⁶ WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. p. 179.

a filiação biológica, e como consequência através desse ato jurídico os direitos a ela inerentes entre pais e filhos.¹⁴⁷

O art. 1.609 do Código Civil também estabelece que:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:
I - no registro do nascimento;
II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
IV- por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.¹⁴⁸

O inciso I ocorre quando o pai vai perante o oficial do Registro Público e presta declarações sobre a descendência do registrado, assinando o termo na presença de testemunhas.¹⁴⁹

Caio Mário da Silva Pereira ainda acrescenta que:

O reconhecimento no registro do nascimento é a forma mais comum. Alerta-se para a regulamentação implantada pelo “Sistema Único de Saúde” – SUS, relativo à emissão do “ Documento de Nascido Vivo”, com as informações básicas sobre a criança e mãe. Uma das vias do formulário oficial é utilizada, obrigatoriamente, para o assento do registro de nascimento em Cartório.¹⁵⁰

No caso de ocorrer o inciso II do referido artigo Maria Helena Diniz apresenta que:

Poderá ser efetuado numa escritura pública de compra e venda, basta que a paternidade seja declarada de modo incidente ou acessório em qualquer ato notarial, assinado pelo declarante e pelas testemunhas não se exigindo nenhum ato público especial. Vale, entretanto, reconhecimento feito por escritura pública particular arquivada em cartório e autenticada; isto é assim porque, pela Lei n.8.560/92, não só a escritura pública é forma exigida *ad substantiam*, para que o ato valha como título de estado, mas também o instrumento particular, com firma do signatário reconhecida, a ser arquivado em cartório. Igualmente, a declaração que constar de termo judicial produzirá o mesmo efeito, por se tratar de confissão perante pessoa que tem fé pública.¹⁵¹

O reconhecimento por testamento ou ato de última vontade decorrido pelo inciso III, mesmo que não redigido especificamente para aquela finalidade, vale

¹⁴⁷ VENOZA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 257.

¹⁴⁸ VADE MECUM, 2008. **Código Civil**, Lei nº 10.406, de 10.01.2002.

¹⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Direito de família. Curso de direito civil brasileiro**.p. 395.

¹⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 349.

¹⁵¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. p. 396.

como meio de reconhecimento e é irrevogável. Se o testador indica determinada pessoa como seu filho, ele assume a condição de herdeiro e herda a legítima¹⁵².

Incidindo no inciso IV, Silvio de Salvo Venozza adverte que:

Temos que o Estatuto da Criança e do Adolescente já trazia dispositivo semelhante, pois se referia, no art. 26, a documento público. A manifestação perante o juiz, tomada por termo, qualquer que seja o procedimento, traduz-se em um documento público, tendo em vista sua natureza. Essa declaração equivale à escritura pública, pois é manifestado perante quem tem fé pública. Exigem-se os requisitos necessários de identificação do declarante e do filho. O texto legal exige a manifestação expressa e direta, portanto deve ser feita na presença do juiz. Não será válido, por exemplo, o ato tomado por termo em cartório e assinado posteriormente pelo juiz.¹⁵³

Portanto, com o advento do princípio da igualdade entre os filhos estabelecido na Constituição de 1988, ocorre uma equiparação total entre os filhos, incluindo os adotivos, que foram inseridos no art. 226,§6 da referida Constituição. Assim, não há mais classificações da filiação tornando ela uma só, com o objetivo central focado no melhor interesse do menor.

3.4 Paternidade Socioafetiva

A família sofreu grande modificação, com o reconhecimento da união estável, e também com o surgimento da família monoparental. Estas mudanças privilegiaram mais a existência dos elos afetivos, que permeiam as relações familiares. Ou seja, a sociedade busca através de instrumentos jurídicos adaptar-se as grandes modificações que norteiam os dias de hoje.

Pedro Belmiro Welter trás que:

A família do terceiro milênio é formada pelo casamento, união estável e pela comunidade formada por qualquer dos pais e filhos, denominada família nuclear, pós-nuclear, unilinear, monoparental, eudemonista ou socioafetiva. É observada a igualdade entre casamento e união estável, no predomínio

¹⁵² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado – Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 6 v p. 229.

¹⁵³ VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. p. 263.

dos interesses afetivos em detrimento do patrimonial, não havendo mais a hierarquia de seus membros na felicidade recíproca.¹⁵⁴

Não é mister o chamamento de filho, e sim os cuidados inerentes a criação do mesmo como na alimentação, na instrução, no carinho do tratamento, seja em público, ou na intimidade do lar, revela-se nesse tipo de comportamento a base da paternidade.¹⁵⁵

Rodrigo da Cunha Pereira também trata sobre o assunto:

A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão do afeto, pouco importando o modelo que adote inclusive o que se constitui entre um pai ou uma mãe e seus filhos. A afetividade cuidava inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas.¹⁵⁶

Lafayette Rodrigues Pereira compreende a filiação socioafetiva:

Como a relação jurídica de afeto, como o filho de criação, quando comprovado o estado de filho afetivo (posse de estado de filho), a adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade e maternidade e a conhecida "adoção à brasileira".¹⁵⁷

Constitui-se a posse de estado de filho por um conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho legítimo do casal que o cria e educa.¹⁵⁸

Paulo Lobo conceitua que:

O estado de filiação compreende um conjunto de circunstâncias que solidificam a presunção da existência de relação entre pais, ou pai e mãe, e filho, capaz de suprir a ausência do registro do nascimento. Em outras palavras, a prova da filiação dá-se pela certidão do registro de nascimento ou pela situação de fato. Trata-se de conferir à aparência os efeitos de verossimilhança, que o direito considera satisfatória. No direito anterior, o estado de filiação apenas era admitido, para fins de prova e suprimento do registro civil, se os pais convivessem em família constituída pelo casamento. Em virtude do art. 226 da Constituição Federal, outras entidades familiares podem servir de fundamento para a prova do estado de filiação.¹⁵⁹

O estado de filiação configura-se nas seguintes circunstâncias:

¹⁵⁴ WELTER, Pedro Belmiro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. p. 147.

¹⁵⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. p. 37.

¹⁵⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org). Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. p. 513.

¹⁵⁷ Apud WELTER, Pedro Belmiro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. p. 148.

¹⁵⁸ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. p. 324.

¹⁵⁹ LOBO, Paulo. **Famílias (Direito Civil)**. p. 211-212.

- a) sempre ter levado o nome dos presumidos genitores;
- b) ter recebido continuamente o tratamento de filho legítimo;
- c) ter sido constantemente reconhecido, pelos presumidos pais e pela sociedade, como filho legítimo.¹⁶⁰

Luiz Edson Fachin afirma que: “Se o liame biológico que liga um pai a seu filho é um dado, a paternidade pode exigir mais do que apenas laços de sangue”.¹⁶¹ Assim, a paternidade afetiva caracteriza-se por não ter um valor jurídico como é regulado o direito real ou fictício.

Paulo Lobo ainda observa que:

A aparência do estado de filiação revela-se pela convivência familiar, pelo efetivo cumprimento pelos pais dos deveres de guarda, educação e sustento do filho, pelo relacionamento afetivo, enfim pelo comportamento que adotam outros pais e filhos na comunidade em que vivem. De modo geral, a doutrina identifica o estado de filiação quando há *tractatus* (comportamento dos parentes aparentes: a pessoa é tratada pelos pais ostensivamente como filha, e esta trata aqueles como seus pais), *nomen* (a pessoa porta o nome de família dos pais) e *fama* (imagem social ou reputação: a pessoa é reconhecida como filha pela família e pela comunidade; ou as autoridades assim a consideram). Essas características não necessitam de estarem presentes, conjuntamente, pois não há exigência legal nesse sentido e o estado de filiação deve ser favorecido, em caso de dúvida.¹⁶²

A paternidade afetiva expressa um espaço em que cada membro busca a realização de si mesmo através do outro. Nesse espaço reina o companheirismo e a camaradagem, a família eudemonista, em que cada um busca, dentro dela, sua própria realização, seu próprio bem-estar e felicidade.¹⁶³

Paulo Luiz Netto Lobo esclarece:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consangüinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do quantum despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações.¹⁶⁴

Luis Roberto de Assumpção versa que:

¹⁶⁰ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. p.324.

¹⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. p. 36.

¹⁶² LOBO, Paulo. **Famílias (Direito Civil)**. p. 212.

¹⁶³ ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil**. p.53.

¹⁶⁴ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. p. 513.

A família socioafetiva é aquela em que, sem nenhum vínculo biológico ou jurídico, seus integrantes (eixo vertical) criam uma criança por simples opção, desvelando a ela todo o cuidado e amor. É a família em que os pais e as crianças, que com eles convivem, mostram, perante a sociedade, que se tratam com dedicação, carinho e proteção, formando, aos olhos de todos, uma família cuja mola mestra é o amor e o vínculo probatório é o afeto.¹⁶⁵

É a posse de estado, a expressão forte e real do parentesco psicológico, que caracteriza a filiação afetiva. Aliás, não há modo mais expressivo de reconhecimento do que um pai tratar o seu filho como tal, dando-lhe proteção e afeto, e sendo o filho assim reputado pelos que, com ele, convivem.¹⁶⁶

A paternidade sociológica tem como sua base o afeto cultivado dia a dia, alimentado no cuidado recíproco, no companheirismo, na cooperação na amizade e na cumplicidade. Desta forma, o afeto apresenta-se nas relações familiares, tanto na relação do homem com a mulher como na relação paterno-filial, todos atrelados pelo sentimento, na felicidade e no prazer de estarem junto.¹⁶⁷

Assim, observa-se que a paternidade, nesse caso, é a manifestação espontânea dos pais sociológicos, que, por opção, constituem uma relação paterno-filial ao exercer o papel protetor, educador e emocional, carecendo por isso serem considerados como os verdadeiros pais em caso de conflitos de paternidade.¹⁶⁸

Juliane Fernandes Queiroz esclarece que:

O biológico estabelece que o marido da mãe é presumivelmente o genitor (autor genético da fecundação); o jurídico consagra que o marido da mãe é, por presunção, pai do filho da mulher com quem se casou, e o socioafetivo configura que o marido da mãe trata a criança por filho, enquanto o enxerga como pai.¹⁶⁹

Podemos afirmar que a estabilidade social, esta intimamente ligada com a afetividade que deve haver no seio da família. Certamente esta vivência dará aos filhos uma base emocional capaz de assegurar-lhes um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano.¹⁷⁰

¹⁶⁵ ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil**. p. 54.

¹⁶⁶ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 54-55.

¹⁶⁷ ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil**. p. 53.

¹⁶⁸ ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil**. p. 53.

¹⁶⁹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. p. 49.

¹⁷⁰ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Filiação e Solução de Conflitos de Paternidade (com base na posse de estado de filho – paternidade sócio-afetiva)**. In Freitas, Douglas Phillips (coord.). Curso de Direito de Família Brasil. p. 138.

As várias mudanças jurídicas da família refletiram na disciplina da filiação, que deram a assistência necessária para os novos conceitos de paternidade. A sociedade, lentamente e arduamente, passou a entender que pai pode muito bem não ser aquele que emprestou sua colaboração na geração genética da pessoa.¹⁷¹

Assim, podemos concluir que a família inserida sob um novo conceito instituído pela Constituição Federal de 1988, e com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, ambas as legislações abrindo espaço para a valorização da paternidade socioafetiva, pretende inserir um equilíbrio no que concerne a paternidade e a harmonia da estrutura familiar. Trazendo como consequência, o estabelecimento do princípio da igualdade de uma forma mais ampla sobre todas as relações familiares, seja ela conjugal ou extraconjugal, extinguindo de uma vez por todas com qualquer discriminação inerente ao filho advindo destas relações.

¹⁷¹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. p. 49.

4. PRINCIPAIS ASPECTOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL

A reprodução humana assistida é uma matéria que traz grande discussão entre a doutrina e jurisprudência, por ser um processo que mexe com a forma da fecundação biológica. Este fato constrói situações que o direito e a sociedade nunca poderiam cogitar acontecer, assim criam desafios para o direito, principalmente no que tange a filiação, passando então a se vislumbrar um novo conceito de filiação.

Glacia Savim relata que: “As primeiras experiências de técnicas de reprodução artificial ocorreram no século XIV, em que os povos árabes buscavam a criação de uma raça de cavalos mais fortes e resistentes.”¹⁷²

No período em que se desenvolveu a agronomia e genética, muitas tentativas foram feitas para a reprodução artificial de plantas e animais, algumas obtiveram sucesso, causando grande polêmica, qual temos hoje com os produtos transgênicos.¹⁷³

Nos anos de 1970 a 1975, Estados Unidos, Inglaterra, Suécia e Austrália, ampliam seus estudos sobre a fertilização “*in vitro*” com óvulos humanos, formação de embriões com transferência para o útero e coleta de óvulos.¹⁷⁴

Em 25.07.1978, a comunidade científica surpreendeu-se com o que imaginava nunca ser possível. Nascia, na cidade de Oldham, Inglaterra, Louise Joy Brown, o primeiro bebê concebido pela fecundação *in vitro*, através dos gametas dos seus pais legais, os autores desse trabalho foram os pesquisadores britânicos, Dr. Patrick Steptoe e Robert Edwards.¹⁷⁵

No mesmo ano outros nascimentos surgiram baseados na técnica utilizada pelos Drs. Steptoe e Edwards, e a partir de 1980 o nascimento de bebês de proveta passou a não ser mais raro, convivendo normalmente em nossa sociedade, de maneira a resolver os problemas relativos à esterilidade.¹⁷⁶

¹⁷² Apud HATEM, Daniela Soares. **Questionamentos Jurídicos Diante das Novas Técnicas de Reprodução Assistida**. In Sá, Maria de Fátima Freire de (coord.). BIODIREITO. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 188.

¹⁷³ HATEM, Daniela Soares. op. cit., p. 188 -189.

¹⁷⁴ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 1.ed., 3ª tir., Curitiba: Juruá, 2005. p. 31.

¹⁷⁵ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos**. p. 31.

¹⁷⁶ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos**. p. 31.

No Brasil o primeiro bebê de proveta nasceu em 1984, Ana Paula Caldeira, na cidade de São José dos Pinhais, Região Metropolitana de Curitiba.

Apesar do avanço tecnológico da reprodução assistida, o Brasil ainda não possui legislação própria que trate a respeito deste assunto, aplica-se norma instituída pelo Conselho Federal de Medicina, que em 1992, através da Resolução nº 1.358, resolveu adotar normas éticas, como dispositivo deontológico, no que diz respeito à regulamentação e procedimentos a serem observados pelas clínicas e médicos que lidam com reprodução humana assistida.¹⁷⁷

O Código Civil de 2002, ora vigente, trata de algumas técnicas de reprodução assistida, porém não amplia o conceito, sendo que a matéria carece ser tratada em lei específica.

Por reprodução humana assistida entendemos o processo que se dá na utilização dos conhecimentos ou técnicas humanas que intervém no processo natural de procriação que visa tornar possível que pessoas inférteis ou estéreis possam se tornar pais ou mães.

O avanço da ciência médica facilitou sobremaneira a utilização das técnicas de reprodução. Desta forma, depois que detectado o problema da infertilidade, o especialista recomenda a melhor técnica de reprodução assistida que trará solução específica para o caso.¹⁷⁸

Dentre as principais técnicas atualmente disponíveis, destacam-se: inseminação artificial (IA), fertilização in vitro (FIV), transferência intratubária de gametas (GIFT), transferência intratubária de zigotos (ZIFT), e gestação por mãe substituta (“mãe de aluguel”). Estas técnicas supracitadas podem ser objeto de uma investigação própria, nesta pesquisa nos limitaremos a apresentar os tipos de fecundação e conseqüências jurídicas gerais.

¹⁷⁷ CANZIANI, Eduardo de Carvalho. **Aspectos Legais da Reprodução Assistida**. In Freitas, Douglas Phillips (coord.). Curso de Direito de Família Brasil. Florianópolis: Vox Legem, 2004. p. 157.

¹⁷⁸ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. p.70.

4.1 Inseminação Artificial

Dentre as técnicas de reprodução assistida, a inseminação artificial é um dos procedimentos mais simples, ou seja, não exige tantos recursos tecnológicos.

Maria Helena Machado conceitua:

A inseminação artificial, também denominada “concepção artificial”, “fertilização artificial”, “fecundação”, ou “fertilização assistida”, além de outras denominações utilizadas, consiste no procedimento técnico - científico de levar o óvulo ao encontro do espermatozóide, sem a ocorrência do coito. Constitui-se, portanto, na prática, do conjunto de técnicas, que objetivam provocar a geração de um ser humano, através de outros meios que não a do relacionamento sexual.¹⁷⁹

Juliane Fernandes Queiroz também conceitua: “é a técnica artificial para obtenção da fecundação através da introdução do espermatozóide no interior do canal genital feminino, sem ocorrência do ato sexual.”¹⁸⁰

É utilizada nos casos, de incompatibilidade do muco cervical com os espermatozóides, ou defeito no próprio canal cervical em casos de deficiência seminal leve e em casos de alteração na ovulação com o sêmen do marido.¹⁸¹

Daniela Soares Hatem esclarece:

Com a utilização da técnica da fecundação artificial torna-se possível que uma mulher estéril, venha a carregar uma criança em seu ventre, bastando para isso que seja implantado o embrião advindo do óvulo de uma doadora no útero da receptora. Dessa forma, no presente caso, seria possível que uma mulher estéril conhecesse em parte a experiência de ser mãe. Uma parte bastante considerável, qual seja, de ver desenvolvendo dentro de seu corpo uma criança.¹⁸²

Apresenta-se como a técnica mais antiga da reprodução assistida, estabelecendo como pressuposto, que o sêmen seja de boa ou razoável qualidade e que as trompas da paciente estejam necessariamente permeáveis.¹⁸³

¹⁷⁹ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos**. p. 32.

¹⁸⁰ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. p. 71.

¹⁸¹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. p. 71.

¹⁸² HATEM, Daniela Soares. **Questinamentos Jurídicos Diante das Novas Técnicas de Reprodução Assistida**. In Sá, Maria de Fátima Freire de (coord.). BIODIREITO. p. 195.

¹⁸³ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. p. 71.

4.1.2 Transferência Tubária de Gametas e Embriões

Esta técnica consiste na transferência de gametas para a trompa da mulher, para que ali ocorra a fecundação, ou de zigotos, já fecundados em laboratório.¹⁸⁴

Seu surgimento se deu para atender o ambiente natural da fertilização natural, e encontra-se em três variações, dependendo do tipo do material que for transferido para a trompa: GIFT, TET ou ZIFT.¹⁸⁵

4.1.3 Transferência de gametas para as trompas (GIFT)

Consiste na transferência de gametas (espermatozóides e ovócitos¹⁸⁶) para as tubas uterinas.¹⁸⁷

Os autores Nilka Fernandes Donadio e Nilson Donadio explicam que este procedimento acontece através de ciclos espontâneos ou medicados, obtém-se ovócitos para imediatamente transferi-los, juntos ou separados com os espermatozóides, para as trompas, após seleções e capacitações.¹⁸⁸

Com a coleta de óvulos (por laparoscopia com anestesia geral ou por ultra-som vaginal com anestesia local) e de espermatozóides, e por sua transferência imediata para a trompa de Falópio, espera-se por seguinte a fecundação.¹⁸⁹

Explica Maria Fernandes Machado:

¹⁸⁴ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial.** p. 72.

¹⁸⁵ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial.** p. 72.

¹⁸⁶ Ovócito é o óvulo não fertilizado, o gameta feminino.

¹⁸⁷ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial.** p. 73.

¹⁸⁸ Apud DONADIO, Nilson; LOPES, Joaquim Roberto Costa; MELO, Nilson Roberto de. **Reprodução Humana II-Infertilidade, Anticoncepção e Reprodução Assistida.** São Paulo: Organon, 1997. 1. ed. p. 140.

¹⁸⁹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial.** p. 73.

A vantagem na utilização dessa técnica é dos gametos serem transferidos diretamente para a trompa e não diretamente para o útero, tornando o método de fecundação mais natural, proporcionando ao embrião condições de desenvolvimento, migração e nidação mais fisiológicas, além das chances de rejeição serem menores.¹⁹⁰

Assim, este processo obtém entre 30 a 40% de chance de ser bem sucedido pelo encontro do óvulo com o espermatozóide ocorrer de maneira natural.¹⁹¹

4.1.4 Transferência Intratubária de Zigoto (ZIFT)

Utiliza-se dos mesmos procedimentos da GIFT, apresenta apenas como diferença a fecundação se dar em laboratório.¹⁹²

Nilka Fernandes Donadio e Nilson Donadio esclarecem que tendo-se os ovócitos, ocorre uma interação em cultura com os espermatozoides até serem fertilizados. Apresentando-se como zigotos pronucleares (presença do pró-núcleo masculino e do pró-núcleo feminino), são depositados nas trompas através de diferentes procedimentos cirúrgicos. Esse tratamento ocorre aproximadamente 24 horas após a captura dos óvulos e da inseminação “in vitro”, o que caracteriza a ZIFT.¹⁹³

4.1.5 Transferência Tubária de Embriões (TET)

Consiste inicialmente na técnica de fertilização “in vitro”, com transferência de embriões fertilizados e clivados¹⁹⁴ para as tubas uterinas.¹⁹⁵

¹⁹⁰ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos**. p. 47.

¹⁹¹ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos**. p. 47.

¹⁹² QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. p. 73.

¹⁹³ Apud DONADIO, Nilson; LOPES, Joaquim Roberto Costa; MELO, Nilson Roberto de. **Reprodução Humana II-Infertilidade, Anticoncepção e Reprodução Assistida**. p. 140.

¹⁹⁴ Clivagem é o começo das divisões sucessivas que sofre uma célula embrionária para dar origem ao corpo do embrião e anexos.

¹⁹⁵ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. p. 73

Nilka Fernandes Donadio e Nilson Donadio acerca do assunto expõem que ao manter embriões em cultura por mais tempo antes de ocorrer à transferência, ocorre à divisão do zigoto, dita clivagem. Denominando a TET, observa-se que na ZIFT como na TET, manipulam-se embriões, enquanto na GIFT, manipulam-se somente gametas.¹⁹⁶

4.1.6 Fecundação In vitro (FIV)

Segundo Juliane Fernandes Queiroz: “é o procedimento pelo qual um óvulo é removido de um folículo e fertilizado por espermatozóides fora do corpo da mulher, em meio artificial adequado para se iniciar a reprodução celular, quando, então, o embrião será implantado no útero materno.”¹⁹⁷

Daniela Soares Hatem preceitua:

Através da fecundação in vitro obtemos o que chamamos de “bebês de proveta”. A fecundação pode ser utilizada tanto nos casos em que a mulher não consegue gerar, possuindo problemas com a gestação, em que há a possibilidade de que ela doe seu óvulo a ser fecundado e implantado na barriga de outra mulher, como nos casos em que a mulher é capaz de gerar, mas é estéril, em que há a alternativa de que a mulher gere o embrião advindo do óvulo de outra pessoa.¹⁹⁸

A fecundação artificial *in vitro* é utilizada nos casos de esterilidade tubária feminina, hipofertilidade¹⁹⁹ masculina, endometriose e esterilidade sem razão aparente ou quando não é possível detectar sua origem.²⁰⁰

A Fecundação *in vitro* é uma técnica cara que envolve o uso de medicamentos hormonais, de técnicas laboratoriais complexas, como também de

¹⁹⁶ Apud DONADIO, Nilson; LOPES, Joaquim Roberto Costa; MELO, Nilson Roberto de. **Reprodução Humana II-Infertilidade, Anticoncepção e Reprodução Assistida**. p. 140.

¹⁹⁷ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. p. 74.

¹⁹⁸ HATEM, Daniela Soares. **Questinamentos Jurídicos Diante das Novas Técnicas de Reprodução Assistida**. In Sá, Maria de Fátima Freire de (coord.). BIODIREITO. p. 197.

¹⁹⁹ É a diminuição da capacidade de fertilização.

²⁰⁰ HATEM, Daniela Soares. Daniela Soares. **Questinamentos Jurídicos Diante das Novas Técnicas de Reprodução Assistida**. In Sá, Maria de Fátima Freire de (coord.). BIODIREITO. p. 197.

aparelhagem moderna para o manuseio de gametas, sendo muito sensíveis além de pessoal plenamente capacitado para a sua realização.²⁰¹

Esta técnica, mesmo sendo altamente difundida em todo o mundo, carrega apenas um agravante: de produzir embriões excedentes.

Para aumentar a possibilidade de sucesso na operação, normalmente vários óvulos são fecundados, extraídos através da estimulação de uma superovulação, ocasionado a produção *in vitro* de mais de um embrião.²⁰²

Segundo Raquel de Lima Soares Alvarenga:

Dependendo da idade da mulher, alguns óvulos produzidos espontaneamente têm alterações cromossômicas, o que não impede a fecundação, mas impede a implantação e o desenvolvimento normal do embrião. A frequência das alterações cromossômicas aumenta com a idade da mulher, chegando a aproximadamente 70% dos óvulos produzidos em mulheres de 40 anos ou mais. Considerando que nem todos os óvulos poderão ser fecundados, que nem todos os fecundados se tornarão embriões, e que nem todos os embriões serão implantados, se fazem necessárias as fecundações de mais de um óvulo.²⁰³

Ocorrendo a fecundação de mais de um óvulo temos como consequência o aumento de chances de haver mais de um embrião.²⁰⁴

A criopreservação²⁰⁵ traz uma solução de emergência quando o número obtido de embriões ou zigotos passa do nível razoável ao ser transferido, com isso diminui o risco de uma multigestação severa.²⁰⁶

O problema está em ser muito dispendioso manter a estocagem e manutenção desses embriões excedentes. Por isso se deve os altos preços para a utilização dessa técnica de reprodução assistida *in vitro*.

²⁰¹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial.** p. 74.

²⁰² HATEM, Daniela Soares. **Questinamentos Jurídicos Diante das Novas Técnicas de Reprodução Assistida.** In Sá, Maria de Fátima Freire de (coord.). BIODIREITO. p. 205.

²⁰³ ALVARENGA, Raquel de Lima Soares. **Considerações sobre o congelamento de embriões.** In CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. Biotecnologia e suas implicações ético- jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 233-234.

²⁰⁴ ALVARENGA, Raquel de Lima Soares. **Considerações sobre o congelamento de embriões.** In CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. Biotecnologia e suas implicações ético- jurídicas. p. 234.

²⁰⁵ Congelamento de embriões humanos.

²⁰⁶ ALVARENGA, Raquel de Lima Soares. **Considerações sobre o congelamento de embriões.** In CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. Biotecnologia e suas implicações ético- jurídicas. p. 240.

4.1.7 Fertilização In Vitro Seguida da Transferência de Embriões (FIVETE)

Conforme Raquel de Lima Soares de Alvarenga a fertilização *in vitro* com transferência embrionária:

É um método clássico de fertilização assistida. O objetivo desse método é que os espermatozóides fecundem os óvulos fora do corpo da mulher, quando não há possibilidade de realização deste processo em seu lugar natural, a trompa de Falópio. Este procedimento é realizado em laboratório, mantendo óvulos e espermatozóides em uma placa de Petri com meio cultivo (líquido que simula o fluido tubário) e sob controle de condições ambientais como temperatura, umidade, concentração de oxigênio, gás carbônico, entre outras.²⁰⁷

As pacientes que se beneficiam da FIVETE são mulheres cuja função de ambas as tubas uterinas tenham sido irreversivelmente prejudicadas.²⁰⁸

Raquel de Lima Soares de Alvarenga explica:

Ocorrendo o desenvolvimento dos embriões, eles são transferidos preferencialmente para o útero, mas podem ser colocados na trompa de Falópio, para que continuem com a multiplicação e o desenvolvimento, até adquirir a capacidade de implantação no endométrio, que é a camada interna do útero da mulher. Quando há embriões excedentes, estes são congelados.²⁰⁹

Hoje em dia graças aos avanços da ciência estes métodos de reprodução assistida estão ao alcance dos casais que tem o desejo de se tornarem pais. No caso da fecundação homóloga em que o material genético é do próprio casal não existem grandes discussões. Ressaltamos, no entanto, quando ocorre a fecundação heteróloga em que se utiliza o material genético de terceiro que não será o pai da criança gerada, temos sim grandes dificuldades nos aspectos jurídicos. Sobre esse tema discutiremos mais adiante, onde então serão abordados os principais problemas que ocorrem na fecundação heteróloga.

²⁰⁷ ALVARENGA, Raquel de Lima Soares. **Considerações sobre o congelamento de embriões.** In CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotechnology e suas implicações ético- jurídicas.* p. 232-233.

²⁰⁸ ALVARENGA, Raquel de Lima Soares. **Considerações sobre o congelamento de embriões.** In CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotechnology e suas implicações ético- jurídicas.* p. 233.

²⁰⁹ ALVARENGA, Raquel de Lima Soares. **Considerações sobre o congelamento de embriões.** In CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotechnology e suas implicações ético- jurídicas.* p. 233.

4.2 O EXAME DE DNA E SUA INFLUÊNCIA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A cada dia que passa torna-se comum nos nossos tribunais o pedido de exames periciais no tocante a investigação de paternidade, dentre elas podemos destacar: ações de exclusão de paternidade ou maternidade, cumuladas ou não com ação de alimentos; ações de contestação de paternidade, com anulação de registro; trocas de crianças nas maternidades; raptos prolongados; disputa de paternidade; identificação de indivíduos quando os meios condicionais são imprestáveis; relação de parentesco próximo ainda que eles não tenham correspondência genética direta.²¹⁰

Alberto Chamelete Neto acerca do assunto postula:

[...] a quantidade elevada de ações de investigação de paternidade propostas todo ano no Brasil revela que um grande número de pais ignora suas responsabilidades, negando ou omitindo o reconhecimento de seus filhos. O filho não reconhecido, então recorre ao Poder Judiciário, visando que lhe seja declarada judicialmente a paternidade, direito da personalidade indisponível e imprescritível. A prestação jurisdicional em ações investigatórias supre a ausência de um ato devido, mas não praticado por muitos pais: o reconhecimento voluntário. Mas, para que o juiz possa atuar em substituição à vontade paterna, impondo coercitivamente, por sentença, a pretendida paternidade, faz-se necessário que a mesma seja provada em juízo. E a prova em investigação de paternidade, na qual se deve demonstrar a existência do vínculo biológico entre o investigador e investigado, é tarefa das mais complicadas.²¹¹

Referindo-se aos benefícios advindos do exame de DNA como prova requisitada nas investigações de paternidade Alberto Chamelete Neto assim se expressa:

Nesse ponto, os avanços científicos vêm colaborando com o Direito, fornecendo novas tecnologias e instrumentos aptos a atuar como prova em ações investigatórias, possibilitando a identificação individual e de relações de parentesco por intermédio do estudo de características genéticas presentes nos indivíduos, transmitidas hereditariamente. Hoje, a prova mais requisitada e alardeada em demandas investigatórias, é produzida a partir de um exame comparativo do DNA do investigador, de sua mãe e do investigado.²¹²

²¹⁰ GOUVÊA, Fernando. **Investigação de Paternidade: ensaio**. Itajaí: Ed. da Univali, 1998. p. 17.

²¹¹ NETO, Alberto Chamelete. **Investigação de Paternidade & DNA**. 1ª ed. (ano 2002), 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2005. p. 13.

²¹² NETO, Alberto Chamelete. **Investigação de Paternidade & DNA**. p. 13-14.

Nosso ordenamento jurídico não tratou da matéria extensivamente, no que concernem as espécies de prova admitidas no processo, prevalecendo o princípio da livre admissibilidade dos meios de prova no direito processual civil brasileiro. Entretanto, essa liberdade não é irrestrita. Dispõe o art. 332 do Código de Processo Civil que todos os meios legais, assim como os moralmente legítimos, ainda que não especificados, são hábeis para provar a verdade dos fatos que fundamentam a ação ou a defesa. A Carta Magna de 1988, por sua vez proíbe a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5, LVI).²¹³

Para a investigação da paternidade, segue a baixo as provas de maior relevância:

- 1) Depoimento pessoal
- 2) Prova testemunhal
- 3) Prova documental
- 4) Prova pericial

O depoimento pessoal (que pode levar à confissão, inclusive) e a prova testemunhal constituem meios legais de comprovação da paternidade, embora demonstrem certa dificuldade em retratar a realidade havida entre o casal.

O que pode ser obtido com a prova testemunhal são informações sobre a existência ou não do relacionamento entre a mãe e o suposto pai, bem como sobre a conduta de ambos e a vida privada de cada um.²¹⁴

A prova documental encontra-se nos arts. 364 e seguintes do Código de Processo Civil. Poderão ser usadas como provas documentais: declarações, cartas, cartões de aniversário, bilhetes ou telegramas enviados pelo suposto pai à mãe do investigante, que evidenciem ou sugiram ter havido relacionamento íntimo entre ambos.²¹⁵

A prova pericial como conceitua Alberto Chamelete Neto “é o meio de prova utilizado para a apuração de fatos que envolvam matéria técnica ou científica, cujo conhecimento não está ao alcance de qualquer um, vindo a exigir o auxílio de profissionais especializados, os peritos.”²¹⁶

No tocante a investigação de paternidade a perícia geralmente utilizada é a médico-legal que subdividem - se em não - genéticas e genéticas. As não –

²¹³ NETO, Alberto Chamelete. **Investigação de Paternidade & DNA**. p. 47.

²¹⁴ BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, paternidade e filiação**. p.125.

²¹⁵ NETO, Alberto Chamelete. **Investigação de Paternidade & DNA**. p. 49.

²¹⁶ NETO, Alberto Chamelete. **Investigação de Paternidade & DNA**. p. 51.

genéticas tem como base a própria concepção. Como exemplo, temos o exame da cor dos olhos, exame do pavilhão auricular, exame da cor da pele, anomalia nos dedos, e exame dos cabelos. Já as genéticas têm como base as características genéticas encontradas nas células sanguíneas transmitidas hereditariamente.²¹⁷

Temos como exemplo de exames hematológicos, feitos com o sangue, o DNA, e os sistemas ABO E HLA.²¹⁸

O exame de DNA é hoje considerado como o mais esclarecedor, na descoberta do pai biológico, de que os juízes e profissionais ligados a área do direito de família se utilizam. Este fato se deve, pois além de estabelecer com alto grau de precisão a identidade do indivíduo, determina também a sua genealogia.²¹⁹

Como versa Daniel Blikstein:

Cada indivíduo ao ser concebido recebe metade do total de seus cromossomos da mãe e a outra do pai biológico (cada ser humano deve possuir necessariamente 46 cromossomos, incluindo os 2 cromossomos relativos à determinação do sexo). Na realização do teste de DNA, são analisadas várias regiões em cromossomos diferentes. Tais regiões são especificamente escolhidas por possuírem grande diversidade (poliformismo). Dentro daquela população, o que leva a um maior grau de certeza do exame. Quanto mais diversidade nos cromossomos, maior a certeza na realização do exame e determinação da paternidade. Essa é grande vantagem do exame de DNA em relação aos outros exames hematológicos: a diversidade de mudanças de indivíduo para indivíduo.²²⁰

Franklin David Rumjanek também a respeito do assunto esclarece:

O DNA está ligado à idéia de individualidade, no sentido de que os sinais e características variáveis de pessoa para pessoa (sexo, altura, cor, textura dos cabelos, cor dos olhos, cor da pele, voz, ouvidos, olfato, maneira de andar) são únicos e determinados pelos seus genes, que estão contidos em seu genoma, que é todo o material genético presente nas suas células.²²¹

Caio Mário da Silva Pereira ainda sobre a idéia de individualidade assim se expressa :

[...] a probabilidade de duas pessoas não aparentadas terem o mesmo padrão de comprimento genético (ou regiões de genótipo) na média inferior a uma chance de cem milhões, e como a população mundial é inferior a dez milhões de pessoas, as impressões digitais de DNA são absolutamente

²¹⁷ NETO, Alberto Chamelete. **Investigação de Paternidade & DNA** . p. 52.

²¹⁸ BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, paternidade e filiação**. p. 130.

²¹⁹ ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil**. p.99.

²²⁰ BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, paternidade e filiação**. p. 132.

²²¹ Apud ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil**. p. 99.

específicas pra cada indivíduo, tal qual ocorre com as impressões digitais do polegar.²²²

Ainda versa Maria Christina de Almeida que: “o DNA funciona como uma marca registrada da herança genética das pessoas e, como detentor da bagagem hereditário de todos os seres, é natural que venha a ser o melhor recurso para esclarecimento definitivo de paternidades nebulosas.”²²³

Desta forma, temos o conceito científico de DNA:

O DNA, ácido desoxirribonucléico, é o componente orgânico que armazena o código genético de cada indivíduo. É uma molécula de grande tamanho (macromolécula) formada por moléculas menores, denominadas nucleotídeos. Cada nucleotídeo é composto por um radical fosfato, um açúcar²²⁴ e uma base nitrogenada.

Destaca-se que o DNA dá um grau de certeza de aproximadamente 99,999999% para a inclusão da paternidade e 100% de certeza para exclusão da paternidade.²²⁵

Observa-se que apesar do exame de DNA estar sacramentado em nosso país como uma das provas mais certas para excluir ou incluir um pai da paternidade ele não é infalível de erros.

Como preceitua Daniel Blikstein: “são necessárias análises em inúmeros pontos do DNA para que sejam detectadas as alterações existentes de indivíduo para indivíduo.”²²⁶

Diante do exposto, podemos concluir que o DNA, é a medida mais avançada para identificar a paternidade, tendo ele um grau de certeza quase absoluto, não se pode mais considerar a presunção “*pater est quem justae nuptiae demonstrat*”, substituindo a verdade real pela fictícia. Prevalecendo hoje em dia o legítimo e superior interesse do filho, em descobrir sua identidade genética, ou melhor, a verdade real biológica. Assim, não pode prevalecer o fetichismo injustificável de dispositivos legais retrógados, nem se poderia deixar de admitir a

²²² PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil**. p 377.

²²³ ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 89.

²²⁴ O açúcar presente no DNA é a desoxirribose, que dá nome ao ácido: desoxirribonucléico.

²²⁵ BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, paternidade e filiação**. p. 132.

²²⁶ BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, paternidade e filiação**. p. 141.

produção das provas que fossem necessárias à realização da justiça e da verdade real.²²⁷

4.3 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO DESMEMBRAMENTO DA PATERNIDADE COM FECUNDAÇÃO HETERÓLOGA

Conforme exposto anteriormente à filiação originalmente tem um substrato biológico, ligando um ser aos seus progenitores. Diante de toda pessoa que nasce, entende o Direito, que advêm de uma relação sexual entre um homem e uma mulher, que neste caso seriam seus pais. Segundo os canonistas é a chamada “cópula perfeita e apta por si para a fecundação”.²²⁸

A filiação biológica dividia-se em legítima e ilegítima, tendo como marco o estabelecimento pelo Direito do casamento. Dessa forma, reconhecia-se legítima a filiação concebida na constância do casamento e, ilegítima, se procedesse da relação extraconjugal.²²⁹

Essa discriminação do filho não gerado dentro da instituição do casamento é estabelecida desde a antiguidade, tendo que conceber um filho não era suficiente para perpetuar a religião doméstica se não tivesse sido fruto do casamento religioso.²³⁰

A adoção, também fora marginalizada, nunca se igualava ao filho biológico em seus direitos.²³¹

A presunção da paternidade há muito tempo é prevista em lei. Na antiguidade, identificava-se o instituto no direito canônico, que prevê no cânone 1.138 o seguinte: “é pai aquele que as núpcias legítimas indicam, a menos que se prove o contrário por argumentos evidentes.”²³²

²²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Direito de família. Curso de direito civil brasileiro.** p. 402.

²²⁸ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial.** p. 15.

²²⁹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial.** p. 15-16.

²³⁰ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial.** p. 16.

²³¹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial.** p. 17.

²³² BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, paternidade e filiação.** p. 46.

Destaca-se que a presunção de paternidade era prevista no art. 1.597 do Código Civil de 2002 e a maternidade por sua vez é provada: a) pelo matrimônio; b) pelo parto ocorrido durante vigência das núpcias; c) pela identidade da mãe com a criança cujo nascimento se deu durante vínculo matrimonial, sendo que, de acordo com o Código Penal (art. 241 e 242), a suposição do parto é ilícita.²³³

4.3.1 Inseminação Heteróloga

A inseminação heteróloga é uma técnica muito utilizada pelos casais em busca da reprodução assistida, mas preceitua grande discussão, pois a realização desta técnica utiliza-se de material genético de terceira pessoa alheia ao casal, o doador não configurará qualquer vínculo parental com a criança.

Sobre o assunto Luiz Netto Lobo discorre que:

A inseminação artificial heteróloga, prevista no art. 1.597, V, do Código Civil, dá-se quando é utilizado sêmen de outro homem, normalmente doador anônimo, e não do marido, para a fecundação do óvulo da mulher. A lei não exige que o marido seja estéril ou que, por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar. A única exigência é que tenha o marido previamente autorizado à utilização de sêmen estranho ao seu. A lei não exige que haja autorização escrita, apenas que seja “prévia”, razão por que pode ser comprovada em juízo como tal.²³⁴

Reforçando o entendimento sobre o assunto Luiz Netto Lobo assim esclarece:

Por linhas invertidas, a tutela legal desse tipo de concepção vem fortalecer a natureza fundamentalmente socioafetiva, e não a biológica, da filiação e paternidade. Se o marido autorizou a inseminação artificial heteróloga, não poderá negar a paternidade, em razão da origem genética, nem poderá ser admitida investigação de paternidade, com idêntico fundamento, máxime em se tratando de doadores anônimos.²³⁵

²³³ BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, paternidade e filiação**. p. 46.

²³⁴ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org). Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. p. 509.

²³⁵ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org). Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. p. 509.

A utilização das técnicas de reprodução assistida heteróloga tem como pressuposto a necessidade de utilização de material fecundante de terceiro estranho ao casal, tendo em vista a impossibilidade de um ou de ambos não possuírem condições de contribuir em virtude da sua esterilidade.²³⁶

Juliane Fernandes de Queiroz conclui:

Desta forma, se normalmente a relação paternal funda-se nos vetores jurídicos, biológico e socioafetivo, na inseminação artificial heteróloga não haverá convergência entre eles. Nessas situações, o marido é o pai jurídico, mas não é o pai biológico, e só será pai socioafetivo se assumir a criação da criança com verdadeiro sentimento.²³⁷

Ressaltamos que quando tratamos da inseminação heteróloga, devemos ter em mente que este novo modelo contraceptivo mexe com a célula familiar, sendo que em consequência disso terá reflexos na sociedade.²³⁸

Na maioria dos casos de aplicação das técnicas de reprodução heteróloga se vincula à doação de sêmen de terceiro. Desta forma existe o vínculo biológico entre a mãe e a criança. A controvérsia encontra-se no marido ou companheiro, pois não contribuindo com material genético, não tem liame biológico com a futura criança. Afirma-se que a consangüinidade não será a origem do vínculo de paternidade-filiação, mas outra fonte. Mesmo assim, se faz necessário verificar a presença (ou não) do consentimento do marido para se avaliar se o vínculo de parentesco poderá ser reconhecido.²³⁹

Guilherme Calmon Nogueira da Gama com muita propriedade ensina:

[...] Independentemente dos critérios, das fontes, e das origens que possam ser cogitadas a respeito, é essencial observar que o parentesco entre o homem (marido ou companheiro) e a criança concebida a partir das técnicas de reprodução heteróloga não será o natural, mas o civil, diante da sua origem ser diversa da consangüinidade. O mesmo raciocínio é aplicável nos casos em que foi o marido (ou companheiro) que contribuiu com os seus gametas masculinos para servirem na fecundação de óvulo doado por

²³⁶ 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.** p. 734-735.

²³⁷ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial.** p. 81.

²³⁸ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial.** p. 82.

²³⁹ 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.** p. 736.

terceira pessoa, apenas com a inversão das espécies de parentesco: enquanto o homem será pai natural da criança, a mulher será mãe civil.²⁴⁰

É importante frisar que se durante a constância do casamento a mulher se submeteu ao tratamento utilizando as técnicas de reprodução assistida heteróloga, independentemente do consentimento do marido haverá presunção de paternidade diante da verdade jurídica.²⁴¹

Sobre esta presunção Guilherme Nogueira da Gama assim discorre:

Assim, portanto, incide perfeitamente a presunção de paternidade do marido relativamente à criança, uma vez ocorrido o nascimento com vida, diante do parto da mulher casada, o que revela que é verdade jurídica embasadora da paternidade-filiação, neste caso. Tal presunção, no entanto, é relativa, que poderá ser afastada em se provando que não houve vontade por ele manifestada no sentido de consentir que sua mulher pudesse procriar mediante assistência - médica – com sêmen de terceiro-, o que demonstra que a verdade jurídica pode ceder ante a verdade biológica e à ausência de verdade afetiva.²⁴²

Inexistindo legislação referente à matéria, os centros de procriação humana assistida proliferam em todo o País e funcionam de forma isolada, seguindo suas próprias convicções éticas e conquistas científicas.²⁴³

No entanto, fica evidente que não podem se realizar todas as inovações biotecnológicas, contando apenas de um mero apelo à consciência dos profissionais de saúde em reprodução humana. Afinal, sem uma lei, tudo é permitido, não se podem proibir totalmente e nem liberar totalmente deve se buscar um equilíbrio.²⁴⁴

²⁴⁰ 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.** p. 736.

²⁴¹ 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.** p. 737.

²⁴² 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.** p. 737.

²⁴³ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial.** p. 82.

²⁴⁴ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial.** p. 82.

4.3.2 Contrato na clinica de fecundação artificial heteróloga

O casal antes de se submeter a um tratamento de reprodução assistida deve estar ciente de todos os benefícios como também dos riscos que poderá vir a sofrer caso o tratamento não alcance sua finalidade, no caso, de gerar uma criança. Dessa forma a clínica deve formular um contrato, onde constem todos os procedimentos e suas implicações sejam elas benéficas ou não, dá-se o nome de consentimento informado.

Segundo os autores Nilka Fernandes Donadio e Nilson Donadio consentimento informado constitui-se:

Em documento assinado com testemunhas, que atenda as leis em vigor do País (resoluções do Conselho Federal de Medicina de 1992), e, especificamente, proteja pacientes, médicos e a entidade pública ou privada que milite na Reprodução Assistida. Deve informar os riscos, morbidade e mortalidade relacionada aos medicamentos e procedimentos que serão realizados, como a incidência da síndrome de hiperestímulo ovariano, gemelaridade, prematuridade fetal, abortamentos e malformações. O texto deve conter, ainda, os termos no caso de eventuais congelamentos de espermatozóides e pré – embriões supranumerários. Existência de leis ou conselhos que criminalizam a destruição de pré-embriões no laboratório ou no útero. Assim, os casais aceitarem sugestões como se obrigarem a doar pré - embriões supranumerários ou a condição particular do médico não aceitar crio - preservações sem o acordo.²⁴⁵

A Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que trata da matéria, estabelece no inciso I (dos Princípios Gerais), item 3:

O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.²⁴⁶

Assim, o termo de consentimento informado é o instrumento mediante o qual o paciente que irá se submeter a experimentos científicos ou a intervenção médica (tratamento ou cirurgia) expõe sua vontade expressa em se sujeitar a tal

²⁴⁵ Apud DONADIO, Nilson; LOPES, Joaquim Roberto Costa; MELO, Nilson Roberto de. **Reprodução Humana II-Infertilidade, Anticoncepção e Reprodução Assistida**. p. 153.

²⁴⁶ Princípios Gerais da Resolução nº 1.358/92, item 3.

procedimento, depois de fornecidas todas as informações pelo médico responsável.²⁴⁷

A convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, promulgada em 4 de abril de 1997, na Espanha, pelo Conselho da Europa, é o documento internacional mais importante atualmente, que regulamenta o Consentimento Informado. Estabelece em seu capítulo II:

Art. 5º Regra Geral

Uma intervenção no campo da saúde só pode ser realizada depois de a pessoa ter dado seu consentimento livre e informado para tal.

Essa pessoa deve, antecipadamente, receber informações apropriadas acerca do proposto e natureza da intervenção, bem como de seus riscos.²⁴⁸

O que norteia a autonomia é o consentimento informado. Porém, a autonomia não significa individualismo. Os direitos inerentes ao paciente, quanto aos procedimentos médicos que entender apropriado, tem que ir de encontro com os princípios norteadores da sociedade, os quais o Direito deve tutelar. Dessa forma, mesmo que se manifeste a vontade de realizar a eutanásia não poderá ser realizada no paciente. Isso, também ocorre com as técnicas de reprodução assistida. Conforme disciplina, o profissional da saúde, respeitando a ética de sua profissão, pode deixar de atender ao pedido do paciente de realizar certos procedimentos, como por exemplo, a implantação de dez embriões ao mesmo tempo no útero.²⁴⁹

Quando se refere à autonomia do paciente, não se faz referência jurídica no Brasil. As leis que regulam tal conduta estão determinadas no Código de Ética Médica de 1988 (Resolução do Conselho de Federal de Medicina nº 1.246/88):

É vedado ao médico:

Art. 46 - Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida.

Art. 48 - Exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar.

Art. 56 - Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.

Art. 59 - Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao

²⁴⁷ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. p. 96.

²⁴⁸ A Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, 1997, capítulo II, artigo 5º.

²⁴⁹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. p. 99.

mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.²⁵⁰

Pelo exposto acima temos que o Termo de Consentimento Informado, pelo paciente expressa a sua vontade de iniciar um tratamento com as técnicas de reprodução assistida.

4.3.3 Banco de sêmen

Os bancos de sêmen são os veículos utilizados para a criopreservação dos espermatozóides que servirão exclusivamente para a procriação humana realizada por meio de técnicas de inseminação artificial.²⁵¹

A autora Juliane Fernandez Queiroz conceitua:

O banco de sêmen, portanto, funciona como um armazém de espermatozóides que serão utilizados nas várias técnicas de reprodução. É usada para armazenar tanto o material de inseminações artificiais homólogas (caso, por exemplo, de maridos que serão tratados com quimio ou radioterapia, ou antes, de uma vasectomia) quanto o de inseminação heterólogas (doação de gametas).²⁵²

O banco de sêmen é forma complementar da técnica de inseminação artificial, incorrendo infertilidade masculina. A inseminação heteróloga precisa para sua realização dos espermatozóides que são doados para o banco de sêmen.

Para ser doador de um banco de sêmen, é necessário que a pessoa passe por exames sorofisiológicos trimestrais. Ele deve ter idade inferior a trinta anos, ser voluntário, anônimo, psicologicamente sadio, com um nível de inteligência normal e não possuir antecedentes patológicos pessoais ou familiares.

Observa-se que sua vida sexual também conta, e são descartados de imediato aquele que esteja no grupo de risco.

Após, esta primeira seleção, são realizados exames físicos, com exploração dos genitais, análises de sangue, espermograma, testes sorológicos e de

²⁵⁰ Código de Ética Médica de 1988, Resolução do Conselho de Federal de Medicina nº 1.246/88.

²⁵¹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. p. 90 .

²⁵² QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. p. 90-91.

congelamento, sendo que a maior causa de eliminação do doador são as anomalias encontradas no sêmen do mesmo.

Caso aprovado os exames, é entregue ao doador uma série de documentos, para serem preenchidas, com objetivo de cadastro, características físicas; compromisso de renúncia assinado; impedindo de reclamação posterior sobre a adoção feita, renunciando assim a paternidade proveniente de seu material genético.

Esses documentos devem ser mantidos em sigilo absoluto pela clínica. Este anonimato será mantido, até para as receptoras.

O banco de sêmen ao receber o pedido de um casal que deseja fazer uma inseminação artificial, faz uma avaliação apurada, para ver a compatibilidade do sêmen que será utilizado na fecundação.

Como explica Juliana Fernandez Queiroz:

Todas as características do doador anotadas em sua ficha de registro servirão para selecionar o material destinado a um casal específico. O tipo sanguíneo, em alguns grupos, é considerado fator prioritário de eleição para a aceitação de doador, embora não seja essencial.²⁵³

Ainda acerca do assunto disserta a autora:

Mas o Rh deve ser compatível com a receptora, a fim de se evitarem prováveis isoimunizações materno-fetais.

O sêmen também deve ser escolhido dentre os doadores cujo fenótipo se assemelha mais ao do marido da mulher. Escolhido o material do doador compatível ao casal receptor, as doses lhe serão entregues para a realização da inseminação artificial heteróloga.²⁵⁴

O banco de sêmen, sendo proprietário do sêmen criopreservado, age na qualidade de doador, passando a um terceiro o bem que possui em seu domínio. O casal donatário é o receptor desse contrato, que irá se submeter às técnicas de reprodução assistida.

²⁵³ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. p. 93.

²⁵⁴ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. p. 93.

4.3.4 Anonimato

Como foi exposto à cima, a partir do momento que o homem é admitido na clínica de doação de sêmen, é estabelecido que o anonimato prevaleça como também que a doação não vincule nenhum tipo de filiação.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama justifica:

Como foi analisado em matéria de adoção, o sigilo da origem do parentesco se justifica notadamente em razão de se verificar, tradicionalmente na vida social, tratamento social discriminatório e estigmatizante às pessoas que não têm a origem consangüínea dos seus pais, o que a Constituição de 1988, no seu artigo 227, § 6º, proíbe peremptoriamente no direito brasileiro.²⁵⁵

Referindo se ao anonimato Juliana Fernandez Queiroz adverte:

O anonimato é, ao mesmo tempo, medida de proteção de todas as partes envolvidas. De um lado, a doação do esperma veio para contribuir com o projeto parental de um casal impossibilitado de procriar. A esse casal nunca esteve presente a vontade de enquadrar um terceiro – o doador biológico – ao seu projeto. Em outro ângulo, o doador não possui nenhum projeto parental, é desinteressado quanto ao destino do sêmen e, portanto, não deseja nenhuma relação de filiação, à criança gerada, mas ainda interessa o anonimato para a segurança de seu estado pessoal e a própria estabilidade psicológica.²⁵⁶

Eduardo de Oliveira Leite também preceitua:

Se o interesse da criança, num primeiro momento, e do casal, secundariamente, devem ser resguardados, todo o terceiro que doa gametas para um tratamento de infertilidade não deve ser conhecido do casal, antes, durante, nem após o tratamento e, reciprocamente, esta terceira pessoa não deve conhecer a identidade do casal ao qual ela auxiliou.²⁵⁷

Assim, ao manter o sigilo do doador assegura-se a integração eficaz da criança na família jurídica.

Conforme a Resolução 1.358/92, inciso IV, item 3:

²⁵⁵ 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**. p. 902-903.

²⁵⁶ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. p. 95.

²⁵⁷ Apud QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. p. 95.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.²⁵⁸

Portanto, quando a saúde da criança estiver em risco, poderá ser quebrado esse sigilo, por motivação médica. A legislação sobre o assunto é precária e várias divergências doutrinárias surgem cada dia mais. Hoje no Brasil é imperiosa a criação de lei específica acerca do assunto, principalmente com as novidades que os avanços da ciência médica estão introduzindo em nosso cotidiano.

4.4 OS PRINCIPAIS EFEITOS JURÍDICOS DA FECUNDAÇÃO HETERÓLOGA

A inseminação artificial heteróloga é dividida em efeitos pessoais e patrimoniais. Sendo que a primeira encontra-se prejudicada em nosso ordenamento, por não possuir legislação específica que resguarde as garantias e as conseqüências da procriação assistida heteróloga.

Apresenta-se como primeiro efeito pessoal o não vínculo de parentesco entre a pessoa concebida e o doador.

O autor Guilherme Calmon Nogueira da Gama expõe:

A ausência de vínculos parentais entre a criança e os doadores de gametas bem como os parentes destes conduz à constatação da inexistência de direitos e deveres familiares. Tal significa que os doadores nunca tiveram – e nunca terão – pátrio poder relativamente à criança, impedindo qualquer tentativa dos doadores de se imiscuírem nas questões pessoais – educação, guarda, por exemplo – e nas questões patrimoniais – administração e usufruto de bens, alimentos, herança, entre outras – que envolvem a pessoa concebida através da técnica de reprodução assistida heteróloga.²⁵⁹

Dessa forma, a pessoa que doa seu material genético, não planeja nenhum projeto parental, não tem ela desejo, nem praticou ato sexual com a mulher que engravidará através da técnica de inseminação artificial.

²⁵⁸ Código de Ética Médica de 1988, Resolução do Conselho de Federal de Medicina nº 1.358/92.

²⁵⁹ 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.** p. 885.

Outro efeito que se destaca são os relacionados aos impedimentos matrimoniais advindos de uma relação entre doador e a criança concebida.

É utilizado para dirimir essa situação o art. 1.626, caput, do Código Civil e artigo 41 do ECA, :

Código Civil art. 1.626, caput:

Art. 1.626. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.

Estatuto da Criança e do Adolescente art. 41:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Estes artigos que tratam da adoção em nosso ordenamento deixam claro o impedimento matrimonial advindo da consangüinidade.

O art. 1.523 do Código Civil também pressupõe que o parentesco natural seja fruto da consangüinidade e o parentesco civil decorra de outra origem, ou seja, não se presume somente a adoção como parentesco civil.

Como explica Guilherme Calmon Nogueira da Gama os impedimentos matrimoniais:

São limitações previstas em lei a respeito da possibilidade jurídica de pessoas impedidas de se casarem, diante da constatação de algum motivo considerado grave em outros campos do conhecimento, como da biologia, na ética, na moral, entre outros²⁶⁰. E, entre as razões consideradas mais graves que sustentam os impedimentos para o casamento encontra-se a consangüinidade, daí a própria expressão doutrinária: impedimento de consangüinidade. Ora, da mesma forma que na adoção, na procriação assistida heteróloga haveria a violação ao impedimento de consangüinidade, caso fosse possível a união fundada no casamento ou mesmo no companheirismo entre pessoas que, biologicamente, mantêm vínculo de genitor e gerado.²⁶¹

²⁶⁰ Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite, “os impedimentos traduzem preocupações de ordem religiosa, moral, social e biológica. A extensão da proibição do casamento é decorrente da natureza dos laços de parentesco (na linha direta ou colateral), da filiação (legítima natural ou adotiva) ou da afinidade (quando o casamento, que cria a afinidade, foi dissolvido por morte ou pelo divórcio).” Procriações artificiais e o direito, cit., p. 216.

²⁶¹ 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.** p. 892-893.

Na hipótese de não ter se apurado o impedimento, ele não é reconhecido, por assumir característica de nulidade absoluta do vínculo matrimonial, e se houver o impedimento de parentesco, ocorre o incesto, prática que culturalmente e moralmente perante a sociedade tem verdadeira repulsa e horror, por mexer com questões importantes acerca das uniões que são fundadas na sexualidade.

Por fim, Guilherme Calmon Nogueira da Gama faz uma síntese:

Em síntese, as pessoas que tem parentesco civil em decorrência da doação ou da procriação assistida heteróloga não podem nunca se casar com seus parentes civis, tampouco com as pessoas que permitiram sua concepção (e os parentes destes e, ainda, outros concebidos também por estes e que não mantém vínculo de parentesco natural com eles).²⁶²

Observa-se que o impedimento não se aplica apenas ao casamento de pessoas concebidas por técnica de reprodução assistida heteróloga e o doador do material fecundante, mas compreende também todos os parentes na linha reta independente de grau do doador, além dos afins nas mesmas condições.²⁶³

Por esta razão, alguns textos normativos já vêm limitando o número de doações de gametas, demonstrando a clara preocupação com a constituição de futuras uniões fundadas na sexualidade, mas que serão consangüíneas. Como exemplo temos as leis francesas de 1994, e no Brasil, a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.²⁶⁴

Nota-se que há insuficiência de dispositivos acerca do assunto, relativos aos impedimentos matrimoniais, que cada vez ganha mais corpo em nossa sociedade. Faz-se necessário um real controle dos impedimentos matrimoniais, que deverá ser feito de maneira sigilosa ao oficial do Registro Civil, quando for lavrado o assento de nascimento da criança.²⁶⁵

Ainda se faz jus referência ao efeito pessoal da possibilidade de adoção pela pessoa do doador.

²⁶² 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.** p. 894.

²⁶³ 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.** p. 895.

²⁶⁴ 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.** p. 895.

²⁶⁵ 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.** p. 896.

Primeiramente pode-se dizer que não se faz possível essa adoção, por se tratar de uma adoção de descendente e ascendente, analisando de maneira biológica.

O art. 42, §1º, do ECA traz:

Art. 42. Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

O art. 1.591 do Código Civil de 2002 estabelece:

Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira assevera:

Considerando a linha reta de parentesco temos que ascendente é quando sobe, considerada uma pessoa, para os seus pais e aí em diante para cima, uma vez que descendente é a linha reta que desce da pessoa para seus filhos e demais descendentes, de acordo com a lei.²⁶⁶

Como já foi analisado, no que concerne a pessoa do doador nunca existiu o parentesco natural entre ele e a pessoa concebida, através da técnica de inseminação assistida heteróloga. Diante disso não podemos falar em parentesco, descendentes e ascendentes, entre eles por não existir esse fato. Pode ser classificado como genitor quanto à pessoa do doador – sob o prisma biológico – e gerado no que tange à pessoa concebida por procriação assistida heteróloga.

Este argumento é insuficiente para provar a possibilidade de adoção entre o adotante e a criança concebida. Aplica-se então à *ratio legis* do preceito contido no Estatuto da Criança e Adolescente.

Sobre este assunto Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que:

Desse modo, o doador não pode nunca reconhecer a criança como sua filha, diante dos motivos já indicados, razão pela qual a situação que envolve o doador não se insere na primeira hipótese. Da mesma forma, o

²⁶⁶ Apud 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.** p. 898.

doador não se encaixa no segundo caso, já que ele nunca foi ascendente da pessoa do adotante.²⁶⁷

Portanto, na fecundação heteróloga, não a que se considerar família originária natural, pois no que se refere ao ascendente que não contribuiu com o material fecundante o parentesco será originário e civil.

Dessa forma, o art. 42, §1º, do ECA não se aplica ao doador, ou seja, não é proibido ao doador adotar a pessoa concebida a partir do emprego de técnica de reprodução assistida heteróloga com a utilização de seu próprio sêmen.²⁶⁸

A consangüinidade é também outro fator que pode ser argumentado, ela não é negativa, pois como prevê o Estatuto, somente limita o seu alcance aos ascendentes e colaterais em segundo grau do adotante, não sofrendo outros parentes naturais, tal limitação.

Acerca ainda dos efeitos pessoais temos o direito ao conhecimento da identidade genética, este é um assunto delicado, pois temos o direito ao anonimato do doador do sêmen e o direito de saber da criança quem é seu pai biológico.

Prepondera em nosso ordenamento jurídico à possibilidade de se conhecer o pai biológico, através do remédio constitucional habeas data, previsto no art. 5º, inciso LXXI, cujo processo foi regulamentado pela Lei nº 9.507/97.

Como conceitua José Afonso da Silva

O habeas data é remédio constitucional destinado a proteger a esfera íntima das pessoas, especialmente em razão de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, abusivos ou ilegítimos, bem como a conservação de dados falsos ou com fins diversos daqueles autorizados em lei.²⁶⁹

Desta forma, é usada esta ação jurisdicional para identificar o doador do material genético, não sendo possível que o Oficial do Registro Civil das pessoas naturais ou o centro de saúde (ou ainda, o médico que mantenha os dados relativos

²⁶⁷ 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.** p. 899.

²⁶⁸ 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.** p. 899.

²⁶⁹ Apud 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.** p. 911.

ao procedimento médico) se recuse a fornecê-los a pessoa que foi concebida mediante assistência médica da procriação heteróloga.²⁷⁰

É admitido na legislação francesa e na Resolução brasileira nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, quando a criança que foi concebida apresente alguma doença e necessite saber de tais informações. Estas informações não poderão ser divulgadas pelos médicos, prevalecendo o anonimato do doador. O sigilo da técnica empregada e o anonimato do doador têm validade para todas as demais pessoas, menos para a própria interessada, em consonância com o melhor interesse da criança e adolescente.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama ainda esclarece:

A paternidade já foi definida a priori por outros elementos que não o da consangüinidade, motivo pelo qual a informação a respeito do procedimento médico e da identidade do doador somente permite o pleno conhecimento da história da sua vida sob o prisma biológico que pode perfeitamente auxiliar a pessoa a compreender várias manifestações físicas, psíquicas ou comportamentais que até então desconhecia.²⁷¹

Assim, o reconhecimento na procriação assistida heteróloga não muda em nada o estatuto jurídico da parentalidade - filiação, localizado nos direitos de personalidade, ou seja, o conhecimento não vai influenciar na relação jurídico - familiar que a pessoa, sempre teve com os seus pais no âmbito do parentesco civil.

²⁷²

No tocante aos efeitos patrimoniais da procriação assistida heteróloga, podemos aplicar o princípio constitucional do art. 227, §6º, que trata da igualdade entre os filhos em direitos, havidos ou não da relação de casamento, por vínculo de sangue ou outra origem, abrangendo não apenas a adoção, mas também a filiação resultante das técnicas de reprodução assistida com emprego de material fecundante de terceiro.

²⁷⁰ 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.** p. 913.

²⁷¹ 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.** p. 916.

²⁷² 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.** p. 916.

Art. 227, § 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

Guilherme Calmon Nogueira da Gama acerca do assunto disserta:

Se não for alcançada tal interpretação, certamente haverá injustificado e desarrazoado retrocesso para se sancionarem com a pena da exclusão de direitos e da tutela de interesses as pessoas concebidas por técnicas de reprodução assistida heteróloga, enquanto que os demais filhos terão todos os direitos e vantagens reconhecidos em seu favor.²⁷³

Sendo assim fica claro nos dias de hoje a legislação, com sabedoria, iguala os filhos não importando se são concebidos na constância do casamento, espúrios, adotivos, ou até mesmo os concebidos na reprodução assistida.

Deve-se ainda considerar que o parentesco civil que surge quando se utiliza a reprodução assistida não fica restrito à criança e às pessoas dos cônjuges ou companheiros, gera também efeitos jurídicos na ordem patrimonial, direito a alimentos, direito sucessórios entre outros, que envolvem a criança e os parentes na linha reta e na linha colateral de seus pais.

Ainda no campo patrimonial ressaltamos o direito a alimentos, que é um dos deveres que os pais assumem enquanto os filhos forem menores ou inválidos. Sendo que o menor não possui capacidade de gerir seu próprio sustento, a menoridade e a invalidez física ou psíquica da pessoa maior caracterizam de maneira concreta o direito a alimentos, o que gera o dever dos pais de prover a subsistência material de seus filhos.²⁷⁴

Tomam-se como base os pressupostos legislativos de alimentos na adoção, mas se faz mister invocar alguns dispositivos que de forma indireta tocam na questão dos alimentos no caso de procriação heteróloga. Assim, temos no ECA, em seus art. 7º e 8º, e na lei 9.263/96, art. 3, incisos II, III, um resguardo a proteção do menor de crescer em condições saudáveis para seu bom desenvolvimento, como também da gestante ter assistência médica gratuita dando condições dignas para o bom desenvolvimento do nascituro.

²⁷³ 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.** p. 931.

²⁷⁴ 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.** p. 932

Art. 7º e 8º do ECA:

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

Art. 3º da Lei nº 9.263/96:

Art. 3º 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 e integral à saúde.

II - o atendimento pré-natal;

III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;

Estes dispositivos em consonância com o art. 227, caput, da Constituição Federal, demonstra a tutela dos direitos fundamentais que a família acarreta mesmo antes do nascimento da criança, quando ela ainda de fato não é considerada pessoa para o Direito.

Na falta dos pais, os parentes devem suprir a necessidade dos alimentos, como versa o art. 1.694 do atual Código Civil:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Por fim no caso de incorrendo a separação conjugal ou companheril, o vínculo parental permanece mesmo que ainda a criança não tenha vindo a nascer, igualmente ocorrerá na procriação assistida heteróloga os pais devem prestar alimentos ao menor.

Ainda no tocante aos efeitos patrimoniais do menor temos o direito à sucessão hereditária. A adoção foi muito discriminada durante um longo período em relação à sucessão. Evidenciando, que antes de 1988 não podíamos assimilar o instituto da adoção com a procriação assistida heteróloga, como foi feito nos estudos anteriores.

Mesmo a procriação assistida heteróloga não apresentando regulamentação em nosso ordenamento, não podemos desconsiderar os efeitos sucessórios inerentes a ela com fulcro nos art. 227,§6, Constituição Federal, e 41, caput, §2º do ECA e do art. 1.626, caput, do atual Código Civil, temos a plena e

eficaz inserção do filho havido por procriação heteróloga na família de seus pais, não sendo apenas de cunho pessoal mais também patrimonial.

Como disciplina Eduardo de Carvalho Canziani: “não há dúvidas de que o filho de uma pessoa, nascida por meio de qualquer técnica de reprodução assistida, terá os mesmos direitos e deveres dos demais filhos da mesma.”²⁷⁵

Guilherme Calmon Nogueira da Gama ainda preceitua:

Não se pode olvidar que, da mesma forma que os alimentos, os direitos sucessórios têm caráter de reciprocidade entre os parentes. Assim, tanto no Direito de Família como no Direito das Sucessões, os parentes têm, abstratamente, direito a alimentos e á sucessão hereditária uns dos outros.²⁷⁶

Portanto, ficam evidentes os direitos e deveres inerentes aos pais, que escolhem a técnica de reprodução assistida heteróloga, mesmo que a matéria ainda não possua regulamentação específica, necessitando o uso da interpretação extensiva relativa a adoção. E nos casos em que não é possível, em que os efeitos são específicos da adoção e não podem ser alcançados pela procriação assistida heteróloga, emprega-se a analogia.

Desta forma evidenciasse a urgência de lei que trate de matéria que trate dos efeitos jurídicos oriundos da reprodução assistida.

²⁷⁵ CANZIANI, Eduardo de Carvalho. **Aspectos Legais da Reprodução Assistida**. In Freitas, Douglas Phillips (coord.). Curso de Direito de Família Brasil. p. 167.

²⁷⁶ 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**. p. 936.

5. CONCLUSÃO

O avanço da ciência da biotecnologia teve grande influência na formação da família, pois a técnica da reprodução assistida desencadeou novos valores sociais em nossa sociedade.

A ciência veio com o intuito de ajudar casais com problemas de infertilidades, o problema encontra-se que o direito não estava preparado para esse avanço científico, traz para o mundo jurídico imperfeições que precisam ser sanadas tais como os direitos e garantias individuais.

Desta forma, os dilemas jurídicos proliferam em nossa sociedade, pois se infere a criança concebida por reprodução assistida os mesmos direitos e deveres da criança concebida naturalmente.

Na Roma antiga não eram designado aos pais direitos e deveres com relação à pessoa do filho, a família era conduzida sob as rédeas do *pater*.

Com o passar das décadas o Estado insere na família o poder familiar, que são as obrigações e direitos do pai sobre a pessoa do filho. Assim, não se vislumbra mais o pater como centro da sociedade familiar. O Estado passa a ser um fiscalizador das relações familiares, incorrendo em pena o pai que por negligencia inferisse em ato faltoso para com o filho.

Observa-se que a legislação empenhada agora, em proteger a criança, ainda apresenta-se nesse ambiente a distinção da filiação decorrente de relações extramatrimoniais. Era assegurado direitos e obrigações somente dos filhos concebidos dentro da constância do casamento. Deixando a margem da sociedade os filhos advindos de relações adulterinas.

Sob esse perfil histórico, no Brasil, com a Constituição de 1988, rompesse barreira da desigualdade entre os filhos legítimos e ilegítimos.

A ciência com seu avanço introduz um novo tipo de filiação que são as derivadas de reprodução assistida, que classificam-se em homólogas e heterólogas. Estas de acordo com a Constituição de 1988 também tem seus direitos e deveres na pessoa do filho, sendo que não se cogita no presente momento em que vivemos, algum tipo de distinção relativa a filiação, como foi assegurado na Carta Magna de 88.

Mesmo sob esse prisma, ainda apresentam-se problemas facultativos da filiação mediante reprodução assistida. O fato este decorrente da falta de legislação específica que trate da matéria. Principalmente, no tocante a reprodução assistida heteróloga onde seus efeitos jurídicos (patrimoniais e pessoais) estão ainda encobertos com uma nuvem nebulosa de situações fáticas que não se apresenta solução, sendo que a comparação interpretativa extensiva, ou analogia que a doutrina e jurisprudência permitem fazer, é insuficiente para abranger toda gama de situações que ocorrem nos efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga.

Como vislumbramos nesta pesquisa a reprodução assistida heteróloga nos seus efeitos jurídicos necessita de urgente legislação específica, para fiscalizar o uso da técnica, lhe atribuir obrigações e dispor de seus direitos concernentes a filiação.

Para que não incorramos em injustificáveis injustiças, tratando por desigual os filhos gerados na fecundação assistida, preceito esse já pacificado de entendimento por entender que não existe distinção independentemente da forma como essa concepção se deu.

Não podemos conviver por muito tempo com essa inércia de nossos legisladores diante de questões que poderiam ser sanadas de forma rápida e eficaz.

Por sua vez, as utilizações das técnicas de reprodução assistida heteróloga estão forçando a edição de normas que regularizem essas situações fáticas.

Existem já preocupações a respeito de quantas mulheres o doador de sêmen poderá fecundar situação de extrema importância para que não surjam filhos incestuosos. Isso é um fato que tem que ser abordado, pois a possibilidade de isso ocorrer é muito grande. O Conselho Federal de Medicina diante deste fato na Resolução nº 1.358/92, limita a possibilidade de doações.

Esta situação apresentada serve para que se faça uma reflexão até que ponto poderemos nos omitir frente a realidade que permeia nosso cotidiano, diante desse crescimento desenfreado das biotecnologias, sem o possível alcance do direito pela sua tamanha morosidade e por sua resistência em derrubar paradigmas, com medo de perder sua autonomia frente as decisões e inerentes a um Estado Democrático de Direito.

Infelizmente, por essa falta de “senso de democracia”, muitas situações estão perdendo o controle, pois não tendo leis que a regulem ela cresce

desordenadamente, e como no caso de nosso estudo, o que era para ser motivo de felicidade para um casal que sofre de alguma infertilidade, hoje se apresenta como um malefício para os pais diante das questões que não são sanadas pela legislação vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, J.B. Torres; FIDA, Orlando. **Investigação de Paternidade**. São Paulo: Albuquerque Editores Associados. 1998.

ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ALVARENGA, Raquel de Lima Soares. **Considerações sobre o congelamento de embriões**. In CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético- jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva 2004.

BLIKSTEIN, Daniel. *DNA, paternidade e filiação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Filiação e Solução de Conflitos de Paternidade (com base na posse de estado de filho – paternidade sócio- afetiva)**. In Freitas, Douglas Phillips (coord.). *Curso de Direito de Família Brasil*.: Florianópolis: Vox Legem, 2004.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANZIANI, Eduardo de Carvalho. **Aspectos Legais da Reprodução Assistida**. In: FREITAS, Douglas Phillips.(coord.). **Curso de Direito de Família**: Florianópolis: Vox Legem, 2004.

Código de Ética Médica de 1988, Resolução do Conselho de Federal de Medicina nº 1.246/88.

Código de Ética Médica de 1988, Resolução do Conselho de Federal de Medicina nº 1.358/92

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Editora Revista do s Tribunais, 2003.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma: tradução de Edson Bini. São Paulo – Bauru: Edipro, 3. ed., 2001.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual do Direito das Famílias**. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**.v.5: direito das coisas. 17 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002

DINIZ, Maria Helena. Direito de família. **Curso de direito civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

DONADIO, Nilson; LOPES, Joaquim Roberto Costa; MELO, Nilson Roberto de. **Reprodução Humana II-Infertilidade, Anticoncepção e Reprodução Assistida**. 1 ed. São Paulo: Organon,1997.

FACHIN, Luiz Edson.**Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: DelRey, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: 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.

GAMA. Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil : família**. São Paulo : Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOUVÊA, Fernando. **Investigação de Paternidade: ensaio**. Itajaí: Ed. da Univali, 1998.

HATEM, Daniela Soares. **Questionamentos Jurídicos Diante das Novas Técnicas de Reprodução Assistida**. In Sá, Maria de Fátima Freire de (coord.). BIODIREITO. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coords). **Direito de família e o Novo Código Civil**. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado – Direito de Família**. São Paulo: RT,2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado – Direito de Família**. São Paulo: RT,2005.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **O Estatuto da Criança e do Adolescente**: comentários. São Paulo: IBPS, 1994.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org). Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. São Paulo: Ibfam, 2004.

LOBO, Paulo. **Famílias (Direito Civil)**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUZ, Valdemar P. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: LTr. 2002.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 1.ed., 3ª tir., Curitiba: Juruá, 2005.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi,2000.

NETO, Alberto Chamelete. **Investigação de Paternidade & DNA**. 1ª ed. (ano 2002), 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito de Família: Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense,2002.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Ed. DelRey, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Aide Ed, 1994.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva 2004. v.6.

ROQUE, José Sebastião. **Direito de família**. 2 ed. São Paulo: Ícone, 1994.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2005.

VADE MECUM, 2008. Constituição Federal, de 05.10.1998.

VADE MECUM, 2008. Código Civil, Lei nº 10.405, de 10.01.2002.

VALENTE, José Jacob. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Poder familiar e tutela : à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Florianópolis : OAB/SC, 2005.

WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. São Paulo: Saraiva. 2004.

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