

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

PAULA JORDANA LISBOA CHRISPIM

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA E AS DIVERGÊNCIAS
SOBRE O ESTADO DE FILIAÇÃO**

**CURITIBA
2018**

PAULA JORDANA LISBOA CHRISPIM

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA E AS DIVERGÊNCIAS
SOBRE O ESTADO DE FILIAÇÃO**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito, do Centro Universitário
Curitiba.**

**Orientadora: Prof.^a Dra. Fernanda Schaefer
Rivabem**

**CURITIBA
2018**

PAULA JORDANA LISBOA CHRISPIM

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA E AS DIVERGÊNCIAS
SOBRE O ESTADO DE FILIAÇÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientadora: _____
Prof.^a Dra. Fernanda Schaefer Rivabem

Prof. Membro da Banca

Curitiba, _____ de _____ de 2018.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar a Deus, que iluminou meu caminho e guiou meus pensamentos conferindo-me a serenidade necessária para realização do presente trabalho.

À minha orientadora, Prof.^a Dra. Fernanda Schaefer Rivabem, pelas orientações prestadas, que foram de fundamental importância para o desenvolvimento e conclusão desse trabalho.

Aos meus pais, João Paulo e Marilene, que incondicionalmente, com muito carinho forneceram todos os recursos necessários para que esta vitória fosse alcançada.

Ao meu esposo, Pedro Henrique Nascimento, pela paciência, compreensão, amor e cuidado, que foram indispensáveis para o desenvolvimento desse trabalho.

À minha amiga, Rhara Nakoneczny, pelo apoio e companheirismo, que possibilitou que esta jornada se completasse.

RESUMO

O tema em questão, reprodução humana assistida heteróloga e as divergências face ao estado de filiação, encontrou como principal objetivo demonstrar como a reprodução humana assistida reflete ao estado de filiação no ordenamento civil brasileiro. Concretizou-se, pela busca dos direitos do ser humano reproduzido pela utilização do método heterólogo. Para tanto, fez-se necessária a delimitação das técnicas de reprodução humana assistida, sejam elas homólogas ou heterólogas, necessitando também a identificação dos estados de filiação compreendidos pelo direito civil brasileiro, bem como apresentou os direitos do nascituro e os direitos do terceiro estranho à entidade familiar, ora doador. A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica, por meio de análise de textos, artigos científicos e obras – físicas e digitais, relacionadas ao tema, sendo utilizados também dispositivos legais, tais como, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

Palavras-chave: Reprodução humana assistida. Fecundação heteróloga. Filiação. Nascituro.

LISTA DE SIGLAS

CC	– Código Civil
CF	– Constituição Federal
CFM	– Conselho Federal de Medicina
ECA	– Estatuto da Criança e do Adolescente
FIV	– Fertilização <i>In Vitro</i>
GIFT	– <i>Gameth Intra Fallopian Transfer</i>),
HCG	– <i>Human Chorionic Gonadotropin</i>
IA	– Inseminação Artificial
LRP	– Lei de Registros Públicos
RHA	– Reprodução Humana Assistida
ZIFT	– <i>Zibot Intra Fallopian Transfer</i>

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	9
2.1 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	10
2.1.1 Inseminação Artificial (IA).....	11
2.1.2 Fertilização <i>In Vitro</i> (FIV).....	13
2.2 FECUNDAÇÃO HETERÓLOGA	15
3 DA FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	19
3.1 ESTADOS DE FILIAÇÃO	21
3.1.1 Da Filiação Jurídica	23
3.1.2 Da Filiação Biológica	26
3.1.3 Filiação Socioafetiva	29
3.2 RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE/MATERNIDADE.....	34
3.3 CONTESTAÇÃO DA PATERNIDADE/MATERNIDADE.....	42
4 DO DIREITO À FILIAÇÃO NOS CASOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA	46
4.1 DIREITOS DO NASCITURO	48
4.1.1 Direito à Origem Genética	50
4.2 DIREITOS DO DOADOR	52
4.3 RECONHECIMENTO E CONTESTAÇÃO DA PATERNIDADE/ MATERNIDADE NA FECUNDAÇÃO HETERÓLOGA	53
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

Diante do significativo avanço tecnológico e científico que o país vem enfrentando é que surge o Biodireito, o qual visa o estudo das relações jurídicas e os avanços tecnológicos conectados à medicina e a proteção da conduta humana em vários campos da Ciência, estando intimamente ligado à Bioética. Nesse contexto, muitas questões são discutidas, dentre elas a reprodução humana assistida.

Esse tema, gera questionamentos vez que a procriação deixa de ser exclusivamente natural e passa a ser também artificial utilizando diversos métodos, dentre eles as técnicas de inseminação artificial e fertilização *in vitro*, as quais possibilitam a geração de um novo ser por meio da fecundação homóloga ou heteróloga.

O presente estudo visa se aprofundar nas técnicas de fecundação heteróloga, que exigem gametas ou embrião de um terceiro doador. Como o material genético advém de pessoa estranha à relação familiar é que surgem questões polêmicas, as quais são alvos de divergências doutrinárias.

O estado de filiação é um dos pontos questionáveis dentre essa temática, tendo em vista a emblemática trazida no tocante ao núcleo familiar, se biológico ou socioafetivo. O reconhecimento e ou contestação da filiação também é um dos problemas suscitados, pois este entra em embate com o direito à privacidade do terceiro doador, o qual reflete nos direitos do nascituro.

Por ser um tema que está em voga na atualidade, esse trabalho busca dirimir os conflitos existentes entre o direito à privacidade do doador e o direito à identidade genética do nascituro, por meio de análise de textos, artigos científicos e obras, bem como por meio do estudo de legislação vigente: Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A estrutura por capítulos ressalta a pertinência temática, trazendo à luz uma ordem essencial a fim de facilitar o entendimento dos institutos trazidos. Para tanto, o primeiro capítulo, versa sobre a reprodução humana assistida, apresentando conceitos, técnicas, com destaque na inseminação artificial e fertilização *in vitro*, bem como, a fecundação heteróloga, alvo de maior parte das discussões desse trabalho.

O segundo capítulo tem como principal objetivo identificar quais são os estados de filiação no ordenamento brasileiro, distinguindo-os entre jurídica, biológica e socioafetiva, encerrando o tópico com a análise das divergências do reconhecimento

da paternidade/maternidade e a contestação, uma vez que a doação do material genético visa o anonimato do doador.

Já o terceiro capítulo compreende identificar os direitos do nascituro, o que engloba o direito à origem genética, os direitos do terceiro doador, e o reconhecimento e contestação da paternidade/maternidade na fecundação heteróloga.

O presente trabalho de conclusão de curso tem como principal finalidade apresentar os reflexos da reprodução humana assistida ao estado de filiação no ordenamento civil brasileiro, bem como compreender suas técnicas, em específico por meio da fecundação heteróloga, identificar quais os estados de filiação são compreendidos no direito civil brasileiro, quais são os direitos do nascituro e os direitos do terceiro estranho à relação familiar e analisar as divergências doutrinárias relacionadas ao reconhecimento ou contestação da paternidade e/ou maternidade.

2 DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Segundo Adriana Caldas Maluf, a Reprodução Humana Assistida (RHA) é conceituada como “a intervenção do homem no processo de criação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidade¹ satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.”² Nesse sentido, Renata da Rocha entende que,

A reprodução humana medicamente assistida é a prática terapêutica que tem por fim promover a realização de um projeto parental e se verifica por meio da união artificial dos gametas feminino e masculino, que são as células germinativas humanas, dando origem, assim, a um novo ser.³

As primeiras experiências de reprodução humana assistida foram feitas em animais, como peixes e mamíferos durante o século XVII. Em 1799 ocorreu o primeiro caso de inseminação artificial homóloga em seres humanos, realizada pelo médico e biólogo inglês John Hunter.⁴

O feito de John Hunter, repercutiu por longo período de tempo, ecoando e chamando a atenção de vários médicos, cientistas, biólogos e estudantes, que utilizavam de suas técnicas de inseminação homóloga. Mas foi somente em 1884, que este método reprodutivo fora aperfeiçoado pelo médico inglês Dr. Pancoast, quando, realizou pela primeira vez o procedimento de inseminação artificial heteróloga em humanos.⁵

Os métodos de reprodução humana assistida, ganharam ainda mais destaque, quando no ano de 1978, somente 94 anos após o feito de Pancoast, nasceu na Inglaterra, Louise Brown, o primeiro bebê de proveta, concebido pela fertilização

¹ Diz-se que um casal é estéril (esterilidade) quando a capacidade natural de gerar filhos é nula (Exemplo: a mulher tem obstrução das duas trompas; o marido não possui espermatozoides na ejaculação). Já os casais inférteis (infertilidade) têm apenas uma diminuição da chance da gravidez (mulheres com endometriose; homens com diminuição do número e motilidade dos espermatozoides). (FGO Clínica de Fertilidade. **Infertilidade e Esterilidade**. Disponível em: <<https://www.clinicafgo.com.br/fertilidade/infertilidade-e-esterilidade/>> Acesso em: 2 jun. 2018).

² MALUF, Adriana Caldas apud JAEGER, Litchele. **Conflito de direitos da reprodução humana assistida**. Curso de Bioética e Biodireito. 80 f Monografia (Bacharel em Direito) – Centro Universitário UNIVATES, Lajeado, 2016. Disponível em: <<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1355/1/2016LitcheleJaeger.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

³ ROCHA, Renata da. **O direito à vida e as pesquisas com células tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

⁴ ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

⁵ ALMEIDA, loc. cit.

homóloga *in vitro*.⁶ No Brasil, o primeiro bebê de proveta concebido por essa técnica foi Anna Paula Caldeira, a partir de óvulos doados em 1984.⁷

Traçados os principais marcos históricos, experiências e avanços científicos, relacionados ao tema debatido, tem-se que na atualidade, a busca por tais métodos se tornou mais acessível.

O desejo comum entre alguns casais é o de gerar um bebê. Ocorre que muitos destes casais, encontram-se impossibilitados de procriar e buscam amparo nos métodos de reprodução humana assistida. Por isso, Renata da Rocha entende que as técnicas de reprodução humana assistidas podem ir além de superar a incapacidade de ordem natural do ser humano.

[...] a reprodução assistida, além de poder ser utilizada como terapia para superar a incapacidade, ou mesmo, a dificuldade física de ordem natural do ser humano, também pode ser utilizada para fins espúrios. Isso porque, por meio da reprodução humana assistida, é permitido ao médico identificar o conteúdo genético das células germinativas e dos embriões, sendo possível intervir geneticamente para evitar o desenvolvimento de um feto portador de determinada doença genética, bem como garantir a presença de certos fenótipos.⁸

Diante dos conceitos destacados, há que se consignar, que o rol de possibilidades que levam pessoas a utilizarem-se das técnicas de reprodução humana assistidas, supera os limites da infertilidade ou esterilidade, levando-se a desdobramentos de grande repercussão ética e jurídica. Dos métodos utilizados, destacam-se dois deles, a Inseminação Artificial (IA) e a Fertilização *In Vitro* (FIV), as quais podem se dar de forma homóloga e heteróloga.

2.1 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Dentre as técnicas de reprodução humana assistida, destacam-se duas delas, a Inseminação Artificial e a Fertilização *In Vitro*, que podem se dar de forma homóloga ou heteróloga.

⁶ É um bebê proveniente de uma inseminação artificial ou fertilização *in vitro*, ou seja, não resulta de uma fecundação em condições naturais proveniente de uma relação sexual entre um homem e uma mulher, mas antes da fecundação gerada em laboratório (BEBÊ de proveta. 30 jun. 2016. Disponível em: <https://www.conhecimentogeral.inf.br/bebe_de_proveta/>. Acesso em: 2 jun. 2018).

⁷ MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de Souza; SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida. Um pouco de história. **Rev. SBPH**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, dez. 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-0858200900020004>. Acesso em: 7 abr. 2018.

⁸ ROCHA, 2008, p. 46.

2.1.1 Inseminação Artificial (IA)

A técnica de Inseminação Artificial consiste num auxílio, dentro do processo natural de fecundação humana. Quando há impotência masculina, incompatibilidade sexual entre os cônjuges ou problemas quanto à qualidade do esperma, geralmente se usa esta técnica por ser mais simples.⁹

Segundo Luciano Dalvi, a Inseminação Artificial é um método utilizado para tratamento de algumas alterações da fertilidade do casal. Apesar de existirem diversos tipos de inseminação artificial, todos eles têm a mesma finalidade, qual seja, aproximar o espermatozoide do óvulo, transpondo um obstáculo feminino ou melhorando-se a qualidade do espermatozoide.¹⁰

Essa técnica é considerada mais simples em relação à técnica de Fertilização *In Vitro* (FIV), vez que a fertilização ocorre dentro do corpo da mulher, sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou embrião.

Existem diferentes métodos de inseminação, destacando-se a intracervical e a intrauterina, sendo que a primeira simula o que ocorre na relação sexual normal, os espermatozoides são depositados diretamente na cérvix feminina, e é indicada em casos de impotência sexual, ou algum outro distúrbio. Já a segunda, permite que os espermatozoides sejam injetados diretamente dentro do útero.¹¹

Apesar, de não haver a manipulação do óvulo ou embrião fora do corpo da mulher, o líquido seminal, aquele expelido pelo homem, passa por um tratamento laboratorial, sendo selecionados os espermatozoides de melhor qualidade para prosseguir.

Existe um procedimento a ser seguido, ou seja, primeiramente antes de se decidir qual a melhor forma e ou técnica, há a necessidade de se realizar exames para melhor avaliação da infertilidade. A ultrassonografia pélvica transvaginal é um dos exames utilizados para confirmar a existência de cistos, por exemplo.¹²

⁹ ALMEIDA, 2000, p. 26.

¹⁰ DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**: doutrina, legislação e jurisprudência. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

¹¹ FERTILIDADE.ORG. **Inseminação artificial**. Disponível em: <<https://fertilidade.org/content/inseminacao-artificial>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

¹² FECONDARE. **Passo a passo da inseminação artificial**. 5 abr. 2017. Disponível em <<https://fecondare.com.br/artigos/passo-passo-da-inseminacao-artificial-2/>> Acesso em: 26 mar. 2018.

Vale ressaltar, que a forma, bem como o tratamento variam em cada caso, ou seja, é necessário primeiramente consultar um médico especialista, que vai indicar qual a melhor técnica.

Existem pacientes que não têm ovulação ou possuem em baixa qualidade hormonal. Nestes casos para melhor auxiliar na indução ou melhorar a ovulação é necessário usar medicamentos que atuarão como estímulos no organismo a produzir hormônios ou fornecê-los diretamente para atuação no ovário. Todo o estímulo deve ser monitorado, pois a quantidade de hormônios varia de acordo com cada paciente.¹³

O próximo passo, de acordo com a clínica *Fecondare* é a estimulação ovariana, utilizada para induzir o desenvolvimento de mais de um óvulo no ciclo ovulatório. Doses diárias de hormônio são administrados para o desenvolvimento dos folículos.¹⁴

O tratamento de infertilidade faz com que vários ovócitos se desenvolvam, aumentando a probabilidade de uma gravidez, de mais de um bebê, chamada de gravidez de múltiplos.¹⁵

Além disso, o controle é feito com a realização de até quatro ultrassonografias e exames de sangue, para verificar os níveis de estradiol no organismo. O estradiol é o hormônio responsável pela maturação do óvulo e é um marcador importante para comprovar o crescimento e evolução dos folículos.¹⁶

A fertilização na inseminação artificial ocorre diretamente na trompa, pelo encontro do espermatozoide com o óvulo. Aquele é depositado na vagina e percorre o útero e a trompa, já o óvulo é captado pela trompa no momento de sua expulsão do ovário. Como a técnica ocorre no momento da ovulação, é preciso monitorar para saber qual o melhor momento da indução.¹⁷

As próximas etapas seriam a indução e a preparação do sêmen. Os folículos precisam estar no tamanho adequado para dar sequência à inseminação e após contatar-se o desenvolvimento dos folículos, administra-se uma dose de *Human Chorionic Gonadotropin* (HCG) - (Gonadotrofina Coriônica Humana) para maturação dos óvulos.¹⁸

¹³ FECONDARE, 2017.

¹⁴ FECONDARE, loc. cit.

¹⁵ FECONDARE. **Tratamento de fertilidade:** quais os riscos do nascimento de múltiplos? 9 jul. 2014. Disponível em: <<https://fecondare.com.br/artigos/tratamento-de-fertilidade-quais-os-riscos-do-nascimento-de-multiplos/>> Acesso em: 2 jun. 2018.

¹⁶ FECONDARE, loc. cit.

¹⁷ FECONDARE, loc. cit.

¹⁸ FECONDARE, loc. cit.

Somente os gametas masculinos com melhor performance são liberados no interior da cavidade uterina com o auxílio de um cateter. O que vale é a qualidade seminal e a qualidade ovulatória, para que ocorra a fecundação na trompa. Depois desse último procedimento, espera-se que os gametas se encontrem e tudo transcorra de forma natural. Ou seja, assim como acontece em uma concepção sem intervenção, a expectativa é de que o espermatozoide mais rápido alcance o óvulo e promova a fertilização. Depois de aproximadamente cinco dias, caso tenha ocorrido a fusão dos gametas, o embrião chega ao útero.¹⁹

Após essa fase, o médico observará se a paciente ovulou para poder administrar o hormônio progesterona pela via vaginal, o qual ajuda o embrião a se fixar no endométrio. Em seguida, aguardam-se 15 (quinze dias) para verificar se haverá menstruação, inexistindo, a paciente realizará o primeiro exame de gravidez. Em caso de confirmação são realizados os últimos exames da técnica e os primeiros da gestação.²⁰

Entende-se que os casais que não conseguirem engravidar, podem repetir o procedimento sem que seja necessário aguardar muito tempo para realizá-lo novamente.

2.1.2 Fertilização *In Vitro* (FIV)

É a técnica utilizada para unir os gametas feminino e masculino fora do corpo humano, formando um embrião que posteriormente é introduzido no útero.²¹ Segundo Luciano Dalvi,

A fertilização *in vitro* é uma biotecnologia onde todos os processos fisiológicos: maturação folicular, fertilização e desenvolvimento embrionário são obtidos em laboratório (*in vitro*), fora do útero materno, procurando obter embriões de qualidade a transferir posteriormente para a cavidade uterina. A técnica consiste numa inseminação artificial através da manipulação do óvulo da mulher com o esperma.²²

Nesse sentido, a técnica leva Renata da Rocha a afirmar que “dar-se-á, ênfase à fertilização *in vitro*, em detrimento da artificial, em razão de ser ela a técnica que

¹⁹ FECONDARE, 2014.

²⁰ FECONDARE, loc. cit.

²¹ ALMEIDA, 2000, p. 26.

²² DALVI, 2008, p. 172.

tornou possível a manipulação do embrião humano nos primeiros estágios do seu desenvolvimento.”²³

Já Maria Helena Diniz, entende que a ectogênese ou fertilização *in vitro* concretiza-se por um dos diversos métodos, o *Zibot Intra Fallopian Transfer* (ZIFT)²⁴, o qual

Consiste na retirada de óvulo da mulher para fecunda-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra. [...] difere da inseminação artificial, que se processo mediante GIFT (*Gameth Intra Fallopian Transfer*), referindo-se a fecundação *in vivo*.²⁵

Semelhante ao procedimento adotado com a Inseminação Artificial, a Fertilização *In Vitro*, também possui um passo a passo, atentando, que antes de qualquer procedimento, é necessária a consulta com um médico especialista.

De acordo com o Centro de Fertilidade Vida²⁶, o primeiro passo da técnica, é a indução de ovulação, existindo algumas medicações que vão estimular os ovários a liberar mais óvulos em determinado mês. Esses medicamentos devem ser aplicados rigorosamente, sempre no mesmo horário, para maior eficácia. O próximo passo é o acompanhamento ultrassonográfico, o qual é utilizado para melhor avaliação dos ovários e do endométrio, ou seja, analisa-se o crescimento folicular.

Seguindo o procedimento, tem-se a punção de óvulos, o qual exige uma leve sedação da paciente realizado pelo anestesista. Neste dia, haverá também a coleta do sêmen, o qual após a coleta dos óvulos irá ser manipulado. Ressalta-se que a técnica pode ser feita com óvulos e espermatozoides próprios – na forma de coleta acima, ou então, com espermatozoides, óvulos ou embriões doados e ou congelados, ou seja, quando a coleta já ocorreu em momento anterior.

²³ ROCHA, 2008, p. 46.

²⁴ Ressalta-se que o ZIFT – transferência intratubária de zigoto – é apenas um dos diversos métodos utilizados na reprodução humana na fertilização *in vitro*, sendo que as demais modalidades disponíveis são: FIVETE, forma convencional com transferência intrauterina de embriões; GIFT, transferência intratubária de gametas; ICSI, injeção intracitoplasmática de espermatozoide; e doação de oócitos e criopreservação embrionária, oocitária e de tecido ovariano (IZZO; FONSECA, 2005 apud SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 402).

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

²⁶ CENTRO de Fertilidade Vida. **Passo-a-passo da fertilização in vitro**. 2018. Disponível em: <<http://vidafertil.com.br/passo-a-passo-da-fertilizacao-in-vitro/>> Acesso em: 26 mar. 2018.

Horas depois da união dos gametas é que será verificada a porcentagem de fertilização. Somente depois desse momento é que a medicação que auxilia no preparo do endométrio para receber o embrião será iniciada.²⁷

O próximo passo é a transferência dos embriões para o útero materno, no qual os embriões formados em laboratório serão transferidos para a cavidade uterina por meio de um cateter especial durante um exame ginecológico normal.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina, Resolução nº 2.168 de 2017, recomenda que o número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, e isso varia de acordo com a idade de cada mulher, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes. Por exemplo, caso a mulher tenha até 35 anos, pode receber até dois embriões, por sua vez, para pacientes entre 36 e 39 anos, até três embriões podem ser transferidos, e no caso de mulheres com 40 anos ou mais, até quatro embriões.²⁸ Vale ressaltar, que caso haja um número maior de embriões de boa qualidade, além dos que serão transferidos, estes deverão ser congelados.²⁹

Por fim, o teste de gravidez é feito entre 10 a 14 dias após a transferência e uma semana após o teste de gravidez, sendo assim, possível realizar o ultrassom para confirmação da gestação clínica.³⁰

2.2 FECUNDAÇÃO HETERÓLOGA

Pôde-se observar duas das técnicas da reprodução humana assistida, o procedimento de cada uma e suas particularidades, assim como a diferenciação de ambas. Como já mencionado, ambas as técnicas possuem condições de fecundação homóloga ou heteróloga. Nesse sentido, Maria Helena Diniz ensina que,

²⁷ CENTRO de Fertilidade Vida, 2018.

²⁸ BRASÍLIA. Resolução nº 2168/2017. Conselho Federal de Medicina. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 novembro 2017.

²⁹ Nessa perspectiva Jussara Maria Leal de Meirelles afirma que “[...] assim como os embriões são usados como objetos de estudos tendentes a aprimorar as condições do seu desenvolvimento, ou identificar anomalias cromossômicas ou genéticas, tem-se notícia de sua utilização como matéria prima para a indústria cosmética e outros fins de caráter ético duvidoso. Exemplifica-se a solicitação governamental formulada por dois médicos ingleses para implementar embriões humanos em animais [...] e também a proposta do advogado australiano Paul Gerber, no sentido de se estudar a possibilidade de implantação de embriões no útero de mulheres com morte cerebral, em substituição às denominadas; ‘mães de aluguel’.” (MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e a sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000).

³⁰ CENTRO de Fertilidade Vida, op. cit.

A fecundação pode ser homóloga, se feita com os componentes genéticos advindos do casal, ou heteróloga, se com material fertilizante de terceiro (sêmen do marido e óvulo de outra mulher; sêmen de terceiro e óvulo de esposa; sêmen e óvulo de estranhos), cujo embrião poderá ser implantado no útero da esposa ou de terceira pessoa.³¹

Segundo entendimento majoritário, a fecundação homóloga, é mais simples e comum, tendo em vista que utiliza de gametas do próprio casal, ou seja, espermatozoide do homem com o óvulo da mulher. Já a fecundação heteróloga, é mais complexa, primeiramente porque utiliza gametas de um terceiro doador, seja ele masculino ou feminino, e segundo por toda divergência doutrinária, médica e jurídica que a forma traz.

Utiliza-se a fecundação homóloga quando há impossibilidade de concepção na forma natural, entretanto, ainda há possibilidade do manuseio dos gametas do próprio casal para posterior fecundação. Já a fecundação heteróloga, é utilizada quando o homem e/ou a mulher são inférteis ou estéreis, impossibilitando a concepção.³²

No procedimento da fecundação heteróloga, primeiramente deve-se obter o consentimento expresso das partes envolvidas, ou seja, tanto dos doadores dos materiais genéticos (sêmen ou óvulo) quanto do casal que irá fazer a utilização destes.³³ Esse consentimento possui previsão na Resolução nº 2.168 de 2017, do Conselho Federal de Medicina, que dispõe que,

O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta.

As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

Outro requisito trazido pela resolução é a forma de proceder com quem se quer doar os gametas ou embriões,

1. A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
3. A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem

³¹ DINIZ, 2002, p. 489.

³² Ibid., p. 490.

³³ ALMEIDA, 2000, p. 34.

[...]

9. É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de ovócitos em RA, em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA.

A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.³⁴

As clínicas que fazem a recepção dos gametas e ou embriões também possuem deveres para com os doares e receptores.

[...]

4. Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do (a) doador (a).

5. As clínicas, centros ou serviços onde são feitas as doações devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente.

6. Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um (a) doador (a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes. Um (a) mesmo (a) doador (a) poderá contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora.

7. A escolha das doadoras de ovócitos é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que a doadora tenha a maior semelhança fenotípica com a receptora.

8. Não será permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas, unidades ou serviços participar como doadores nos programas de RA.³⁵

O procedimento adotado pelo Conselho Federal de Medicina traz vários posicionamentos face a fecundação heteróloga, uma das principais discussões é o estado de filiação em relação ao nascituro, vez que existe a presença de um terceiro doador. Outra questão, é o embate entre o anonimato do doador, e o direito do nascituro ao conhecimento da origem genética. O Conselho Federal de Medicina (CFM) é categórico, ao vedar a divulgação da identidade dos doadores, não diferenciando se estes são de fato anônimos ou conhecidos dos receptores.

Desta forma, é possível afirmar que um doador de gametas, não o faz, somente por realização pessoal, mas sim, também com o intuito de ver outras pessoas que possuem dificuldades, realizadas. O anonimato, vem para proteger este ímpeto.

Os entendimentos quanto ao tema, são diversos. Recentemente Portugal, acompanhando o posicionamento sedimentado no Reino Unido e Holanda, decidiu

³⁴ BRASÍLIA. Resolução nº 2168/2017..., 2017.

³⁵ BRASÍLIA, loc. cit.

pela quebra do anonimato dos doadores, excluindo das normas regionais, possibilitando a divulgação dos dados dos doadores, com o intuito de proteger os direitos do nascituro/bebê, em conhecer sua origem genética.³⁶

Dentro das relações brasileiras, a quebra do anonimato do doador, torna-se tarefa árdua e complicada, eis que em princípio, prevalece o contrato firmado pelo doador, o qual, optou pelo sigilo quanto às informações pessoais correspondentes a este, vez que essa é a regra vigente. São casos específicos os quais autorizam a quebra do anonimato, exemplo disso, é, quando o nascituro chegar à maioridade e decidir por identificar quem são seus parentes biológicos. Esse entendimento tem fundamento jurídico e embasamento legal, disposto no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.”³⁷

Ainda, dentre as discussões, há críticas em razão do próprio procedimento da fecundação divergir sobre sua finalidade, qual seja, a procriação. Nesse sentido, é necessário refletir sobre essa técnica conceptiva, devendo ser levadas em consideração as consequências tanto jurídicas quanto psíquicas de todos os envolvidos. Como salienta Maria Helena Diniz, essa conquista científica não poderá ficar sem limites jurídicos, devendo ser consideradas todas as implicações valorativas e éticas que englobam.³⁸

Diante dos exaustivos debates apresentados neste primeiro momento, percebe-se que há formas de se reproduzir seres humanos, entretanto, houve a restrição a duas específicas, a Inseminação Artificial (IA) e a Fertilização *In Vitro* (FIV). Dentro dessas discussões, muitos pontos ainda serão trazidos em momentos oportunos, como formas de dissipar quaisquer questionamentos sobre o tema, tais como, como se subdividem os estados de filiação no ordenamento brasileiro e como isso reflete nas formas de procriação artificial, bem como, da possibilidade de reconhecer a paternidade/maternidade, tanto de forma voluntária quanto forçosa.

³⁶ CORDEIRO, Ana Dias. Procriação medicamente assistida: filhos vão poder saber quem foram os doadores. **Tribunal Constitucional**, 26 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2018/04/26/sociedade/noticia/filhos-nascidos-da-procriacao-assistida-podem-saber-quem-sao-os-dadores-1811678>> Acesso em: 3 jun. 2018.

³⁷ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 julho 1990.

³⁸ DINIZ, 2002, p. 477.

3 DA FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Sabe-se que a o estado de filiação mudou gradativamente no ordenamento civil brasileiro, vez que, a família no século XX, detinha de um modelo patriarcal, patrimonializado e hierárquico, no qual o pai/homem da família possuía autonomia em decidir sobre os filhos e mulher, ficando no topo da escala hierárquica.

A família era patrimonial, sua função, portanto, primordialmente econômica, pois sua estrutura girava em torno do patrimônio da família. Diante disso, o conceito de filiação, historicamente, era desencadeado de forma discriminatória, pois a legislação à época classificava os filhos em conformidade com o estado civil dos pais.³⁹

Segundo entendimento de Maria Berenice Dias, a família constituída pelo casamento era a única a merecer reconhecimento e proteção estatal, tanto que sempre recebeu o nome de família legítima⁴⁰. Nesse sentido, o Código Civil de 1916 classificava os filhos como legítimos ou ilegítimos, sendo que os primeiros eram considerados filhos biológicos, oriundos do casamento, já os segundos eram filhos nascidos fora do casamento.

Vale ressaltar que os filhos nascidos fora do casamento, além de serem considerados ilegítimos, separavam-se em naturais ou espúrios. Assim, havia uma discriminação entre os filhos, sempre em função do vínculo existente entre os pais.

Os filhos ilegítimos considerados naturais, eram os concebidos de pais não unidos matrimonialmente, entretanto, sem qualquer impedimento para o casamento, facilitando assim, sua equiparação aos legítimos. Em contrapartida, os filhos espúrios, eram aqueles concebidos extramatrimonialmente, porém, com existência de impedimentos matrimoniais entre os pais. Estes, ainda, eram denominados adúlteros ou incestuosos.⁴¹

Os filhos legítimos, eram aqueles nascidos no bojo de um lar matrimonial, sendo único a denominar-se família. O artigo 352, do Código Civil de 1916⁴², previa a equiparação dos filhos não matrimoniais (ilegítimos) aos legítimos, por meio da

³⁹ NOGUEIRA, Jaqueline Filgueras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 31-32.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista Tribunais, 2013.

⁴¹ VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 11-12.

⁴² Art. 352 do CC/16. Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos (BRASIL. Código civil..., 2002).

legitimação. A legitimação era decorrente do casamento dos pais, mesmo que este, ocorresse após a morte do filho.

A Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949⁴³, dispôs sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos, com a afirmação, em seu artigo 1º de que, dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação.

O filho que fosse reconhecido e ou legitimado passava, então, a ter amparo social e direitos sucessórios restritos à metade do que recebesse o filho legítimo.

O artigo 7º, da Lei nº 883 de 49, previu a proibição de menção ou referência à ilegitimidade do filho perante o registro civil, salvo a requerimento do próprio interessado ou por meio de determinação judicial.

Observa-se que entre o Código Civil de 1916 e a Constituição Federal da República de 1988 houve um espaço reservado para proteção dos filhos, ainda que limitado. Mas, foi somente com a promulgação da Constituição que houve um marco definitivo no ordenamento brasileiro que envolvia o estado de filiação, sobretudo, o Direito de Família.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988⁴⁴, ocorreram mudanças consideradas mais importantes no Direito de Família, pois a família que era fundamentada exclusivamente pelo vínculo matrimonial deixa de ser prioridade, e o legislador passa a priorizar qualquer organização familiar baseada no afeto, surgindo então o conceito de família eudemonista.⁴⁵

O artigo 227, § 6º, da CF/88 é o dispositivo que traduz tal progresso, ao afirmar que: 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.⁴⁶ Nesse sentido Carlos Roberto Gonçalves ensina que,

⁴³ RIO DE JANEIRO. Lei n. 833/194 9, de 21 de outubro de 1949. **Diário Oficial da União**, 26 outubro 1949.

⁴⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Lex**: legislação federal, Brasília, DF, 5 outubro, 1988.

⁴⁵ Família eudemonista é aquela em que a busca da felicidade é o seu fundamento, onde [...] acentuam-se as relações de sentimento entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais. É o fenômeno social da família conjugal, ou nuclear ou de procriação, onde o que mais conta, portanto, é a intensidade das relações pessoais de seus membros (OLIVEIRA, 1998 apud NOGUEIRA, 2001, p. 55).

⁴⁶ BRASIL. Constituição..., 1988.

A Constituição de 1988 (art. 227, §6º) estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima e ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no Código Civil de 1916.⁴⁷

Dessa forma, equipararam-se todas as modalidades de filiação, independentemente da origem, não podendo mais haver distinções discriminatórias entre filhos legítimos e ilegítimos, tendo a mesma qualificação, os mesmos direitos e deveres. Segundo Rose Melo Vencelau,

A Carta [sic] de 1988 não se mantém alheia aos fatos da vida, visto que, não mais a família fundada no casamento possui proteção especial do Estado, mas, também é reconhecida a união estável entre o homem e mulher como entidade familiar, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.⁴⁸

Entende-se que a nova ordem constitucional valorou a proteção da pessoa ao invés ao do patrimônio. A família, por sua vez, não mais constitui-se e decorre apenas do casamento, ou pelos laços biológicos, essa concepção é ampliada, passando-se a definição de família a qualquer organização familiar baseada no afeto. Dessa forma, a filiação passa a ser vista pela ótica constitucional como um dos meios assecuratórios de direitos, não existindo vínculo mais forte ou mais fraco, filho é somente filho.

3.1 ESTADOS DE FILIAÇÃO

No que concerne à filiação, entende-se que a CF/88 colocou fim à discriminação, igualando todos os filhos e proibindo a utilização das designações que há anos foram utilizadas, como filhos legítimos, adotivos, legitimados, ilegítimos, espúrios, adulterinos e incestuosos, sendo todos agora considerados filhos.

A família passa então a ser plural ao invés de singular, vez que a Constituição reconhece a multiplicidade de famílias, aumenta a tutela jurídica e a esfera de liberdade de escolha dos sujeitos que a compõe.⁴⁹

A tutela constitucional se desloca do casamento para as relações dele decorrentes, assim como a proteção a todas as formas de unidades familiares, dando

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

⁴⁸ VENCELAU, 2004, p. 41.

⁴⁹ NOGUEIRA, 2001, p. 48.

essencial proteção à dignidade de seus membros e em particular ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.⁵⁰

O ordenamento jurídico brasileiro não conceitua filiação⁵¹, cabendo então aos doutrinadores o fazer. Nesse sentido, para Silvio Rodrigues, a filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivesse gerado.⁵²

Já para Paulo Luiz Netto Lôbo, a filiação é conceito relacional, é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe).⁵³ Nesse mesmo sentido, Silvio de Salvo Venosa entende que,

O termo filiação exprime a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram, o qual vai além do mero vínculo sanguíneo. Sob o aspecto do Direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos.⁵⁴

E por fim, Maria Helena Diniz acerta ao afirmar que,

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo ainda ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga.⁵⁵

Diante das várias formas de conceituar a filiação, entende-se que este deve ser relacionado às diversas maneiras de combinações familiares que existem, não podendo ser definido apenas como vínculo jurídico ou biológico, tendo que levar em consideração os laços afetivos.

Nesse contexto, a filiação é dividida em três categorias/critérios, sendo a jurídica, prevista no ordenamento jurídico brasileiro; a biológica, definida em razão do DNA – Ácido Desoxirribonucleico – relacionado à genética; e a socioafetiva, fundada

⁵⁰ NOGUEIRA, 2001, p. 49.

⁵¹ Filiação – (*Lat. filiatione.*) S.f. “Ato de perfilhar; vínculo que a geração cria entre os filhos e seus genitores; relação de parentesco entre os pais e seus filhos, considerada na pessoa dos últimos” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999).

⁵² RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

⁵³ LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **R. CEJ**, Brasília, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>> Acesso em: 19 maio 2018.

⁵⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

⁵⁵ DINZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.

no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa humana. Essa divisão é utilizada para melhor visualização dos vínculos que dão ensejo a filiação, vez que a Constituição Federal da República veda expressamente à distinção entre as formas de filiação.

3.1.1 Da Filiação Jurídica

A classificação jurídica é aquela que possui aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, é traduzida pela presunção da paternidade, popularmente conhecida como *pater is est*⁵⁶, esta por sua vez, está inserida no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no Código Civil de 2002, e na Constituição Federal da República de 1988.

O Estatuto da Criança e do Adolescente corrobora com o disposto na Constituição Federal, promovendo a proteção integral da criança e do adolescente, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido chegar-se-á na noção de família e filho elencada no ECA, mais especificamente aos artigos 19, 20, 26 e 27.

O artigo 19, do ECA, prevê que é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Observa-se que há uma preferência da família natural sobre a família substituta, desde que a primeira cumpra a sua função, garantindo uma boa convivência. A família natural é compreendida pela comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.⁵⁷ Segundo Rose Melo Vencelau,

Família natural é a que se forma a partir do parentesco natural, dos laços consanguíneos. Desta forma, o vínculo de sangue passa a ser principal critério na definição do melhor interesse da criança, de modo que a colocação em família substituta é medida excepcional.⁵⁸

⁵⁶ Filiação advinda do casamento, que atribui ao marido o vínculo da filiação jurídica (NOGUEIRA, 2001, p. 32).

⁵⁷ Art. 25, do ECA. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (BRASIL, Lei nº 8.069..., 1990).

⁵⁸ VENCELAU, 2004, p. 48.

O disposto no artigo 20, do ECA⁵⁹, repete o disposto no artigo 227, da CF/88, para positivar, no plano infraconstitucional, o princípio da unidade da filiação, vedando a discriminação entre os filhos, bem como os colocando em posição de igualdade.

Já em relação ao artigo 26, do ECA, os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem de filiação⁶⁰, sendo o reconhecimento irrevogável.

E por fim, o disposto no artigo 27, do ECA, afirma o reconhecimento do estado de filiação como um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível do filho.⁶¹ Personalíssimo, vez que é intransferível e inalienável; é indisponível vez que não está sujeito a transações, e é imprescritível pois não se sujeita a prazo decadencial para o reconhecimento.⁶²

O Código Civil de 2002 repete as disposições constitucionais, com o estabelecimento da igualdade entre os filhos em direitos e qualificações, não mais os diferenciando em legítimos e ilegítimos.⁶³

A presunção de paternidade está prevista no artigo 1.597, do Código Civil que dispõe:

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 subsequentes 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.

⁵⁹ Art. 20, do ECA. 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 (BRASIL, Lei nº 8.069..., 1990).

⁶⁰ Art. 26, do ECA. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação (BRASIL, Lei nº 8.069..., loc. cit.).

⁶¹ Art. 27, do ECA. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça (BRASIL, Lei nº 8.069..., loc. cit.).

⁶² Em relação à imprescritibilidade há, inclusive, entendimento sumulado pelo STF de n. 149, que afirma que é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

⁶³ Art. 1.596, do CC. 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 (BRASIL. **Código civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002).

Percebe-se que o artigo traz cinco possibilidades de presunção de paternidade concebidos na constância do casamento – o que também se estende à união estável, vez que a interpretação deve ser à luz da Constituição Federal. Os incisos I e II estabelecem presunção no caso de procriação natural, sendo que no inciso I, entende-se que os filhos nascidos pelos menos 6 (seis) meses após o casamento são presumidos concebidos na constância do mesmo, em contrapartida, o inciso II, considera o prazo de 10 meses após a dissolução do casamento.

Nesse sentido, Mario de Carvalho Camargo Neto e Marcelo Salaroli Oliveira, entendem que,

[...] tais incisos se baseiam no que se consideram prazos mínimo e máximo para uma gestação viável, presumindo-se que o filho sido concebido na constância do casamento, desde que venha a nascer em qualquer período compreendido entre os cento e oitenta dias do início da convivência conjugal e os trezentos dias do fim da sociedade conjugal.⁶⁴

Os incisos III, IV e V, do artigo 1.597, do CC relacionam-se a hipóteses de reprodução humana assistida homóloga e heteróloga. O inciso III, pressupõe as situações em que é utilizado o material fecundante do próprio casal, sendo realizada mesmo depois do falecimento do marido.

O inciso IV, presume as hipóteses em que a fecundação é feita por fertilização *in vitro*, na qual ocorre a implantação no útero da mãe dos embriões fertilizados em laboratório. E o inciso V, supõe a fecundação por meio da reprodução assistida heteróloga, sendo que o material fecundante utilizado, no caso o sêmen não é o do marido, mas sim de um terceiro estranho à relação (doador anônimo), desde que com autorização do marido. Rose Melo Vencelau, entende que nesse último caso, do inciso V, trata-se de uma hipótese de parentesco diversa da adoção, no qual se prestigia o critério socioafetivo.⁶⁵

Cabe mencionar que para que possa provar a filiação é necessária a certidão do termo de nascimento inscrito no Registro Civil, conforme disposto no artigo 1.603, do Código Civil e que ninguém poderá vindicar estado contrário ao que resulta do

⁶⁴ CAMARGO NETO, Mario de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. **Registro civil das pessoas naturais**: parte geral e registro de nascimento. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶⁵ VENCELAU, 2004, p. 56.

registro de nascimento, salvo quando provar erro ou falsidade do registro, previsto no artigo 1.604 do mesmo *codex*.⁶⁶

3.1.2 Da Filiação Biológica

Como se pôde observar, o estado de filiação biológico, era, historicamente, o único critério utilizado, e estava relacionado com o fato da consanguinidade, mesmo que indiretamente, ou seja, filiação que se origina das relações sexuais entre um homem e uma mulher, não necessariamente em matrimônio. Segundo Juraci Costa,

A paternidade biológica está relacionada à consangüinidade, demonstrada sua autenticidade através de exames de engenharia genética (DNA), ela pode ser decorrente de casamento ou união estável ou até mesmo de relações paralelas a estes; ou também em decorrência do pai ou mãe biológico na família monoparental.⁶⁷

Nesse sentido, a filiação biológica resulta da manifestação da origem genética de uma pessoa, podendo ser provada popularmente conhecido como exame de DNA⁶⁸, o qual chega a atingir um elevado grau de certeza⁶⁹ de filiação.

A certeza da filiação somente ocorreu com o desenvolvimento do exame de DNA, que é considerado uma perícia médica de elevado grau de certeza no âmbito das provas. Essa certeza científica trouxe o entendimento de que a verdade real sobre a filiação se encontrava no dado genético, verificável por meio do exame de DNA.⁷⁰

⁶⁶ Art. 1.603, do CC. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

Art. 1.604, do CC. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro. (BRASIL. Código civil..., 2002).

⁶⁷ COSTA, Juraci. Paternidade socioafetiva. **Revista Jurídica – FURB**, Blumenau, v. 13, n. 26, 2009. Disponível em: <<http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1889/1254>> Acesso em: 20 maio 2018.

⁶⁸ O DNA - Deoxyribonucleic (ácido desoxirribonucléico), que compõe os cromossomos humanos, é o local onde ficam armazenadas todas as informações que se herda dos pais e que se transfere aos filhos, sendo também fator responsável pelo funcionamento e organização de todas as células. É uma molécula longa, composta de elementos denominados 'bases', que se arrumam e compõe os genes e que, por sua vez, formam os cromossomos. (SCORSIN, Débora Regina Alborta. **A análise em DNA na investigação de paternidade**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/172.pdf> Acesso em: 20 maio 2018).

⁶⁹ Por segurança, quando a primeira análise dá resultado positivo repete-se o processo com mais nove partes do DNA. "Assim, conseguimos uma margem de certeza de 99,9%", afirma o geneticista Martin Whittlen, da Genomic, laboratório paulista que realiza exames de paternidade (REVISTA SUPERINTERESSANTE. **Teste indica paternidade com 99,9% de certeza**. 31 out. 1996. Disponível em <<https://super.abril.com.br/ciencia/teste-indica-paternidade-com-999-de-certeza/>> Acesso em: 11 set. 2018).

⁷⁰ VENCELAU, 2004, p. 92.

Dessa forma, quando a identidade de um pai é incerta, os exames laboratoriais podem oferecer resultados imparciais e definitivos na determinação da filiação, podendo excluir definitivamente um homem de ser o pai biológico de uma criança ou servir para calcular a probabilidade de sê-lo.⁷¹

A descoberta do exame de DNA teve grandes e imediatos efeitos na área jurídica e do estado de filiação, no que tange à investigação da paternidade, em razão da confiança dos resultados.

Vale ressaltar, que a recusa para efetuar o exame de DNA pelo possível pai, em ação investigatória de paternidade induz presunção *juris tantum*⁷² de paternidade, ou seja, presunção relativa de matéria apenas de direito, admitindo prova em contrário.⁷³ Em relação à presunção da paternidade em decorrência da negativa em realizar o exame de DNA, Paulo Luiz Netto Lôbo, entende que,

Na contramão da evolução do Direito, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 64, de 1999, de autoria da Deputada Iara Bernardi, que acrescenta parágrafo único ao artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de seguinte teor: 'parágrafo único. A recusa do réu em ação de investigação de paternidade a submeter-se a exame de material genético – DNA, se pedido pelo autor, importa em admissão de paternidade'. A parlamentar confunde direito de personalidade ao conhecimento da origem genética com direito à paternidade, com o agravante de presumir pai quem não o seja, nem por origem genética nem por laços de afetividade. No direito alemão, o Tribunal Constitucional, em decisão de 1994, reconheceu nitidamente o direito de personalidade ao conhecimento da identidade genética, mas 'sem efeitos sobre a relação de parentesco'.⁷⁴

Observa-se que há divergência de posicionamento quando se trata de direitos relacionados à filiação, vez que Paulo Lôbo destaca a confusão entre o direito da origem genética e do direito à paternidade. Pontua-se que a busca pelo conhecimento da origem genética, não se reflete na busca pela investigação da paternidade, ou seja, da relação filial, vez que são duas situações distintas, a primeira tem natureza da personalidade e a segunda de direito de família, assuntos que serão tratados em item específico.

⁷¹ NOGUEIRA, 2001, p. 79.

⁷² Trata-se de expressão em latim cujo significado literal é "apenas de direito". Normalmente, a expressão em questão vem associada a palavra presunção, ou seja, presunção "juris tantum", que consiste na presunção relativa, válida até prova em contrário (ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário acadêmico de direito**. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001).

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 301. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. In: _____. **Súmulas**. São Paulo: Associação dos Advogados do Brasil, 2004.

⁷⁴ LÔBO, 2000 apud VENCELAU, 2004, p. 98.

Ademais, o Código Civil de 2002 introduz duas normas vinculadas ao exame de DNA como prova no que diz respeito a paternidade, quais sejam, os artigos 231 e 232.⁷⁵ Os artigos 231 e 232, do CC/2002 afirmam que aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa, bem como a recusa poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame. Dessa forma, entende-se que da negativa do suposto pai da realização do exame de DNA, irá se entender pela paternidade.

De acordo com João Baptista Villela, “a lei e a Justiça desrespeitam gravemente uma criança quando lhe dão por pai quem, em ação de investigação de paternidade, resiste a tal condição.”⁷⁶ As críticas formadas face à presunção da paternidade quando o pai deixa de realizar o exame de DNA se relacionam ao fato de que o suposto pai não quer nem se submeter a um exame, tampouco cumprirá com as obrigações inerentes à figura paterna.

Cabe ressaltar que o vínculo genético não é suficiente para estabelecer a verdadeira filiação e que o uso do exame de DNA não deve ser utilizado como fator decisivo para estabelecer a verdadeira filiação. Para Juraci Costa “a paternidade biológica pode ser imposta através de sentença judicial, todavia se o pai não praticar a paternidade responsável com o coração e sim apenas por obrigação, nunca será um pai em toda a sua plenitude”.⁷⁷

Também, para Maria Berenice Dias um dos fatores que deixaram para trás como fator determinante para a filiação a verdade biológica, foi a família ter deixado de ser identificada pelo casamento. No momento em que se passou a admitir famílias não constituídas pelo casamento, passou-se a reconhecer a afetividade como elemento constitutivo da família, e com isso a filiação desligou-se da verdade genética.⁷⁸ Afirma, ainda que,

[...] nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, mas essa verdade passou a ter pouca valia frente à verdade afetiva. Tanto é assim que se estabeleceu a diferença entre pai e genitor. Pai é o que cria, que dá amor, e genitor é somente o que gera.

⁷⁵ Art. 231 do CC. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232 do CC. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame. (BRASIL. Código civil..., 2002).

⁷⁶ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 21, p. 400-418, 1979. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>>. Acesso em: 20 maio 2018.

⁷⁷ COSTA, 2009, p. 130.

⁷⁸ DIAS, 2013.

Nesse contexto, vale a reflexão de Jacqueline Filgueras Nogueira,

O que se pergunta agora é se o recurso à genética não resultou numa supervalorização do laço biológico, porque as relações entre pais e filhos não se esgotam nem se explicam através da mera consideração física da hereditariedade sanguínea, elas são algo a mais, verificam-se no dia-a-dia onde estão presentes alegrias e tristezas, companheirismo, amizade, confiança, cumplicidade e amor; estes são verificados pelos laços afetivos, que, por mais avançada que se torne a determinação científica da filiação biológica, jamais poderá medir a intensidade de um amor verdadeiro entre pais e filhos.⁷⁹

Observa-se que diante das evoluções científicas no campo da engenharia genética, atualmente é possível descobrir quem tem o mesmo material genético do filho. Ocorre que frente a todas as mudanças sociais essa verdade não tem tanto valor, pois as relações fundadas no amor, no carinho, têm mais valor, pois são relações voluntárias, que não dependem de um laudo pericial para serem provadas.

3.1.3 Filiação Socioafetiva

A consagração do princípio da afetividade na Constituição Federal de 1988, faz surgir a filiação socioafetiva, reconhecendo-a de forma implícita e desapegando do vínculo biológico. Nesse sentido, o §7º, do artigo 226, da Constituição Federal dispõe que,

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

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

Observa-se que para a Constituição a ligação da filiação de pai/mãe ou genitores é aquele que assume a paternidade responsável, ou seja, aquele que propicia à criança ou adolescente viver com dignidade, constitui da ideia de responsabilidade que deve ser observada tanto na formação quanto desenvolvimento da criança.

⁷⁹ NOGUEIRA, 2001, p. 82.

Por isso, o princípio da afetividade se faz presente no Direito de Família, mostrando uma das diversas formas de expressão da família, dando enfoque ao afeto. Nesse sentido, aponta Jackelline Fraga Pessanha que,

É a presença de um vínculo familiar baseado na afetividade, que gera uma entidade familiar merecedora de abrigo pelo Direito de Família, tornando-se um instituto, previsto no artigo 226 da Constituição Federal, que consagra a regra geral de inclusão de qualquer entidade que preencha os requisitos essenciais, quais sejam, a afetividade, a estabilidade e a ostensividade. Sendo, portanto, entidade familiar merecedora de tutela e proteção do Estado, haja vista ter tal entidade vínculo afetivo.⁸⁰

Dessa forma, a CF/88 implantou um sistema unificado da filiação, modificando a família disciplinada pelo Código Civil de 1916 e outras legislações infraconstitucionais, que estabeleciam a filiação pela presunção *pater is est*, ou seja, a imposição de uma paternidade a quem provavelmente não era considerado pai, levando-se em conta somente a união pelo matrimônio.

Posteriormente foi reconhecida a filiação biológica, a qual levava em consideração a origem genética da criança, por meio de exames de sangue, mais precisamente pelo exame de DNA.

Estes conceitos de filiação são desconstituídos pelo princípio constitucional de igualdade, vez que o verdadeiro sentido das relações de pai, mãe e filho ultrapassam a lei e a origem genética, não podendo ser determinadas de forma positivada nem comprovadas cientificamente, visto que tais vínculos são mais sólidos e profundos.⁸¹ Pelas palavras de Jacqueline Filgueras Nogueira,

Os vínculos entre pai, mãe e filho, são invisíveis aos olhos científicos, mas são visíveis para aqueles que não possuem olhos limitados, que podem enxergar os verdadeiros laços que fazem de alguém um 'pai': os laços afetivos, de tal forma que os verdadeiros pais são os que amam e dedicam sua vida a uma criança, pois o amor depende de tê-lo e se dispor a dá-lo.⁸²

Dessa forma, entende-se que o vínculo biológico tem um papel secundário para determinar a filiação, ou seja, cede espaço para o vínculo socioafetivo, o qual possui valores baseados no afeto.

⁸⁰ PESSANHA, Jackelline Fraga. A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar. **IBDFAM**, dez. 2011. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf> Acesso em: 27 maio 2018.

⁸¹ NOGUEIRA, 2001, p. 84.

⁸² NOGUEIRA, loc. cit.

Nesse sentido, consagrando o disposto na Constituição Federal, em sede infraconstitucional, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.593, aduz que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”⁸³

Observa-se que o parentesco civil sofreu grande modificação com o artigo citado, visto que aborda não somente a paternidade biológica, mas sim a de qualquer origem, ou seja, o parentesco não resulta só de consanguinidade, ao dispor de outra origem, abriu-se espaço para novas modalidades de filiação, como a socioafetiva.

Corroborando com esse entendimento, os Enunciados nº 103 e 108 da I Jornada de Direito Civil⁸⁴, reconhecem respectivamente, que as outras formas de parentesco de que trata o artigo 1.593, do CC, vão além da consanguinidade e da adoção, contemplando as técnicas de reprodução humana assistida heteróloga, bem como no parentesco fundado na posse do estado de filho, a paternidade socioafetiva.

Ainda, cabe analisar o Enunciado nº 256 da III Jornada de Direito Civil, realizada em setembro de 2004, a qual afirma que “a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

A parentalidade socioafetiva é baseada na vontade, ou seja, é uma opção, não uma imposição, fundada no afeto, este, por sua vez não é somente um laço que envolve os integrantes de uma só família, mas um laço que une pessoas com a finalidade de garantir a felicidade de todos pertencentes aquele meio.⁸⁵

Na atualidade, a família não se justifica sem a existência do afeto, visto que é considerado como elemento primordial e de maior valor na formação e estruturação das entidades familiares.

Para a criança, a simples origem biológica não a leva a ter vínculo com seus pais, sendo que para ela, pais são aqueles com que ela tem relações de sentimento,

⁸³ BRASIL. Código civil..., 2002.

⁸⁴ Enunciado nº 103 da I Jornada de Direito Civil – Art. 1.593 do CC: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Enunciado nº 108 da I Jornada de Direito – Art. 1.603 do CC: no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva. (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado (coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>> Acesso em: 15 jul. 2018. p.27).

⁸⁵ PESSANHA, 2011.

aqueles que se entregam a seu bem, satisfazendo suas necessidades de carinho, alimentação, cuidado e atenção.⁸⁶

Nesse sentido, faz-se necessário valorar a filiação socioafetiva quando houver conflitos de filiação, pois aquela tem por base a noção de posse de estado de filho, que se caracteriza pela integração de três elementos, quais sejam, *nomem*, *tractatus* e *reputatio*.

O primeiro elemento, *nomem*, faz referência a utilização do nome de família de quem se pretende ser filho. O segundo elemento *tractatus*, consiste no tratamento que o filho recebe pelo pai, ou seja, situação de cuidado, amor, carinho e proteção. O terceiro elemento, *reputatio* decorre da consideração da família e da sociedade em relação ao filho.⁸⁷

No entendimento de Jacqueline Nogueira, a posse de estado de filho tem sido utilizada como um modo secundário para colaborar com a filiação biológica, mas na realidade está voltada para dar relevância à família em que os laços de afeto são a base das relações entre pais e filhos.⁸⁸

A posse de estado de filho possui previsão no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente nos artigos 1.605, do Código Civil⁸⁹ e 226, §7º, da CF/88⁹⁰, e representa o maior critério no estado de filiação/paternidade socioafetiva.

Depreende-se que é necessário valorizar a verdade socioafetiva, visto que a ausência desse elemento, faz com que crie dúvidas face ao vínculo da filiação, não podendo aceitar que a paternidade seja submetida somente a consanguinidade, visto que a afetividade é um elemento tão relevante quanto, podendo prevalecer em determinadas questões.

No entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira, o que determina a constituição de família é sua estrutura psíquica, para a qual o que importa é o lugar que cada membro da família ocupa, de filho, de pai ou de mãe. Ainda, esclarece que esse pai e

⁸⁶ NOGUEIRA, 2001, p. 86.

⁸⁷ VENCELAU, 2004, p. 116.

⁸⁸ NOGUEIRA, op. cit., p. 163.

⁸⁹ Art. 1.605 do CC. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito. (BRASIL. Código civil..., 2002).

⁹⁰ Art. 226 da CF. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL. Constituição..., 1988).

essa mãe não precisam ser necessariamente os biológicos, qualquer pessoa poderá ocupar o lugar, desde que exerça tais funções, como por exemplo a adoção.⁹¹

A adoção surgiu com o objetivo de dar herdeiros a quem não pudesse tê-los de forma natural, entretanto, com o decorrer do tempo passou-se por significativas transformações, ou seja, atualmente o significado da adoção vai além da hereditariedade, mais sim passou a valorar os laços de afetividade.

A afetividade se faz presente com grande relevância na adoção, vez que a relação familiar estabelecida é decorrente de uma opção, de forma voluntária, da vontade dos pais, para construção do vínculo familiar. Sendo assim, o instituto da adoção merece inequívoca tutela jurídica face aos estados de filiação. Nas palavras de Jacqueline Nogueira,

A verdadeira paternidade não é aquela que se adquire com o nascimento, mas aquela em que o amor brota no cotidiano. O amor não nasce com o nascimento de uma criança, ele é adquirido com o passar dos dias ao seu lado, cuidado da alimentação, banho, da febre, acompanhando as primeiras palavras, os primeiros passos, enfim, é viver e crescer juntos, nas alegrias e nas dificuldades, é dessa convivência que o amor nasce, é a convivência plantada no solo fértil do amor.⁹²

Dessa forma, deve-se identificar os verdadeiros pais nos pequenos gestos de carinho, amor e cuidado, pois os pais são aqueles que amam, protegem e educam, independentemente do vínculo genético. Nesse contexto, João Baptista Villela afirma que,

A desbiologização da paternidade, que é, ao mesmo tempo, um fato e uma vocação, rasga importantíssimas aberturas sociais. Em momento particularmente difícil, quando o mundo atravessa aguda crise de afetividade, e dentro dele o país sofre com seus milhões de crianças em abandono de diferentes graus e espécies, a consciência de que a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade, pode levar a uma feliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e precisam receber⁹³.

Nessa perspectiva, as procriações artificiais, mais especificamente na fecundação heteróloga, devem ser ponderadas, visto que também são exemplos de domínio de vontade fundadas no afeto, ou seja, poderá haver satisfação da vontade em se ter um filho, com a superação das dificuldades fisiológicas que o casal possa ter, buscando a oportunidade de gestação por meio do suporte científico.

⁹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

⁹² NOGUEIRA, 2001, p. 92.

⁹³ VILLELA, 1979, p. 50.

Novamente, as questões relativas a afetividade ganham força, mostrando que o vínculo genético nem sempre justifica a base do relacionamento entre pais e filhos. Diante dessas considerações, vislumbra-se que as relações advindas do amor prevalecem sobre as demais, visto que os valores dela decorrentes, são considerados necessários para a construção do núcleo familiar.

3.2 RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE/MATERNIDADE

No item anterior, pôde-se vislumbrar as três espécies da filiação, jurídica, biológica e a socioafetiva, suas peculiaridades e conceitos, bem como verificou-se não mais haver diferenciação entre os filhos legítimos e ilegítimos, todos são considerados filhos, com os mesmos direitos e qualificações.

Nesse contexto, para estabelecer a paternidade no Direito brasileiro, entre as diferentes formas de filiação, a doutrina as classifica em três categorias, quais sejam, por efeito do casamento, quando ocorre a aplicação da presunção *pater is est*; pelo reconhecimento quando o filho é havido fora do casamento, o qual pode se dar de forma voluntária ou judicial; e pela adoção.⁹⁴

A paternidade presumida, como visto anteriormente, é aquela que decorre do matrimônio, da filiação nas relações do casamento, cuja proteção normativa está prevista no artigo 1.597, do Código Civil. Já o reconhecimento da paternidade decorre da filiação extramatrimonial e possui embasamento legal no artigo 1.607 do mesmo *códex*.

O presente item busca analisar mais profundamente o reconhecimento da paternidade tanto na hipótese voluntária, quando decorre de um ato de vontade do genitor, quanto na hipótese judicial, decorrente das ações de investigação de paternidade, de modo forçado.

Consigna-se que o reconhecimento voluntário, decorre de um ato de vontade do pai e ou mãe em declarar a paternidade/maternidade do filho. O reconhecimento de maternidade, deverá obedecer às mesmas regras do reconhecimento de paternidade, geralmente, ocorrerá no momento do nascimento do filho.

Cabe ressaltar que o reconhecimento da maternidade já fora visto como forma mais simples, visto que a certeza da filiação corresponderia à realidade notória, ou

⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 82.

seja, a própria gestação e o parto. Ocorre que esse entendimento (*mater semper certa est*) é um princípio superado, isso porque nem mesmo a mãe é mais sempre certa.

Nessa perspectiva, o artigo 1.608 do Código Civil de 2002 afirma que, “quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas.”

Nesse contexto, na concepção do ordenamento brasileiro, a mulher que dá à luz é necessariamente aquela que gerou, ou seja, é considerada mãe no momento da concepção, bem como na gestação.⁹⁵ Ocorre que é necessário ponderar que com as técnicas de reprodução humana assistida, novas situações surgem, fazendo-se preciso ir além dos sinais notórios da gestação e do parto.

Por exemplo, nas técnicas de fecundação heteróloga, quando é preciso utilizar-se do material genético (óvulo) de outra mulher, a qual abdica de sua maternidade jurídica, ao realizar a doação de seu gameta feminino para outra mulher.

Em contrapartida, existe a possibilidade de não se abdicar da maternidade jurídica, em casos de reprodução humana assistida denominada gestação de substituição, popularmente conhecida como barriga de aluguel, a qual possui previsão na Resolução nº 2.168 de 2017, do Conselho Federal de Medicina, que dispõe que,

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.⁹⁶

Cabe ressaltar que existem alguns requisitos para utilização desse método, quais sejam,

1. A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau - mãe/filha; segundo grau - avó/irmã; terceiro grau - tia/sobrinha; quarto grau - prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.
2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente:
 - 3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;
 - 3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

⁹⁵ PEREIRA, 2006, p. 82.

⁹⁶ BRÁSÍLIA. Resolução nº 2.168/2017..., 2017.

- 3.3. Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- 3.4. Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;
- 3.5. Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
- 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Embora o Conselho Federal de Medicina tenha se pronunciado sobre o tema, não possui força de lei para afastar a presunção contida no Código Civil, mesmo sem regulamentação expressa.

Já o reconhecimento voluntário de paternidade é um pouco mais complexo face ao de maternidade, visto que não se contenta com a notoriedade, fazendo-se necessário provas em determinados casos.

O artigo 1.609, do Código Civil/2002 dispõe sobre as formas de realização do reconhecimento voluntário de paternidade,

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.
 Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.⁹⁷

O inciso I do mencionado artigo, traz a forma mais comum⁹⁸ do reconhecimento de paternidade, o registro do nascimento, realizado no Cartório do Registro Civil.⁹⁹

O segundo inciso traz o reconhecimento por escritura pública ou documento particular, o qual pode-se ser realizado diretamente pelo pai ou por procurador com poderes especiais e expressos para tal ato. O documento particular deve conter os mesmos requisitos exigidos pela escritura pública, trazendo a qualificação do declarante, do filho.¹⁰⁰

⁹⁷ BRASIL. Código civil..., 2002.

⁹⁸ Em 2016, 2.793.935² nascimentos ocorreram e foram registrados nos cartórios do Brasil. (IBGE. **Estatísticas do Registro Civil**, Rio de Janeiro, v. 43, p. 1-8, 2016. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2016_v43_informativo.pdf> Acesso em: 11 set. 2018).

⁹⁹ PEREIRA, 2006, p. 85.

¹⁰⁰ Ibid., p. 89.

Outra forma de reconhecimento é por testamento, disposta no inciso III, este é ato personalíssimo, não comportando representação, devendo observar todos os requisitos de validade, bem como não pode ser revogado, conforme disciplina o artigo 1.610.¹⁰¹

Traz o inciso IV o reconhecimento de paternidade por manifestação direta e expressa perante o juiz, cabendo a ele a determinação da averbação da paternidade, salvo quando haver oposição do filho, se maior.

E por fim, o parágrafo único, admite o reconhecimento de paternidade do nascituro¹⁰² a da prole eventual¹⁰³, vez que dispõe que o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

As modalidades de reconhecimento de paternidade/maternidade voluntário respeitam e zelam por três elementos fundamentais, quais sejam, subjetivo, formal e objetivo.

O elemento subjetivo coloca em pauta quem pode reconhecer o filho e quando o fazer. Dessa forma, a Lei de Registros Públicos (LRP), mais especificamente em seu artigo 59, afirma que somente será declarado o nome do pai quando houver autorização expressa deste, ou por procurador especial.¹⁰⁴

Nesse contexto, Caio Mário afirma que é um ato eminentemente pessoal, o qual não pode ser exercido pelos herdeiros do pai, ou por um tutor ou curador do menor, sendo incabível e inválido o reconhecimento por outra pessoa, mesmo que parente ou ascendente, também considerado um ato de vontade, pressupondo capacidade do declarante.¹⁰⁵

¹⁰¹ Art. 1.610, do CC. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento. (BRASIL. Código civil..., 2002).

¹⁰² NASCITURO. Nome dado ao ser humano já concebido, que se encontra em estado fetal, dentro do ventre materno. O direito à vida do nascituro é tutelado pela lei penal que pune o aborto. Os direitos do nascituro são resguardados por lei, desde a sua concepção (GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário universitário jurídico**. 18. ed. São Paulo: Rideel, 2014).

¹⁰³ Os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. (Art. 1.799, I do CC). (BRASIL. Código civil..., loc. cit.).

¹⁰⁴ Art. 59, da LRP. Quando se tratar de filho ilegítimo, não será declarado o nome do pai sem que este expressamente o autorize e compareça, por si ou por procurador especial, para, reconhecendo-o, assinar, ou não sabendo ou não podendo, mandar assinar a seu rogo o respectivo assento com duas testemunhas. (BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dezembro 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm> Acesso em: 3 jun. 2018).

¹⁰⁵ PEREIRA, 2006, p. 93.

Em contrapartida, o requisito formal é estrito, ou seja, terá eficácia quando ocorrer pelo menos em uma das modalidades previstas no rol exemplificativo do artigo 1.609, do CC, cada qual com suas exigências e peculiaridades, as quais deverão ser respeitadas para serem consideradas válidas, caso contrário não valerá como reconhecimento.

Por fim, o elemento objetivo, refere-se ao ato de reconhecimento propriamente dito, a atribuição do *status* ao filho, visto que sem a referência expressa, não vale como atribuição de estado de filiação.

Os três elementos mencionados são fundamentais no reconhecimento de paternidade, entretanto, estão ligados a sete atributos essenciais: irrevogabilidade, anulabilidade, renunciabilidade, validade *erga omnes*, indivisibilidade, incondicionalidade e retroatividade.

Pelo primeiro atributo, irrevogabilidade, entende-se que uma vez realizada a declaração do reconhecimento de paternidade, concretiza-se em um ato jurídico perfeito, não podendo revogá-lo. Já o segundo atributo, anulabilidade, entende possível a declaração de invalidade do ato pela inexistência de um dos requisitos essenciais, ou pela ocorrência de fraude, erro, coação, podendo ser requerida pelo pai registral ou seus herdeiros.¹⁰⁶

A renunciabilidade, está inserida no artigo 1.614, do CC, o qual dispõe que “o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.” Observa-se que o consentimento do filho maior é pressuposto para seu reconhecimento, ou seja, é uma condição de validade do ato, e segue afirmando da possibilidade de impugnação da paternidade nos quatro anos que se seguirem à maioridade ou emancipação.¹⁰⁷

Já a validade *erga omnes*, refere-se ao efeito da coisa julgada quando proferida nas ações de investigação de paternidade, valendo-se tanto para os interessados diretos como para todas as pessoas, incluindo-se os parentes, sendo assim, um efeito absoluto. A indivisibilidade é entendida pela impossibilidade de fracionar-se o reconhecimento voluntário, para abranger o reconhecido como filho, senão a

¹⁰⁶ PEREIRA, 2006, p. 99.

¹⁰⁷ Ibid., p. 108.

declaração global, ou seja, a declaração de vontade não poderá ter efeitos parciais ou limitados.¹⁰⁸

A incondicionalidade refere-se ao fato de que o reconhecimento não poderá comportar condição de qualquer espécie, pois, se assim ocorrer, terá como consequência o estado de filiação em subordinação a evento futuro, de que dependa de sua validade. E por fim, a retroatividade, ocorre quando do reconhecimento do filho, adquire-se um estado com efeito retrooperante à data do nascimento ou até mesmo da concepção.¹⁰⁹

Já o reconhecimento judicial de paternidade tem previsão nos artigos 1.605 e 1.606, do CC, os quais determinam que,

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:
I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;
II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.
Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.
Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

Consigna-se que a legitimidade para propor a ação de investigação de paternidade, segundo o artigo 1.606, do CC, compete aos filhos enquanto estiverem vivos, passando-se aos herdeiros se este morrer menor ou incapaz. Nesse sentido, o ECA, como visto anteriormente aduz o caráter personalíssimo do reconhecimento judicial, em seu artigo 27, entretanto, se o filho natural vier a falecer quando do início da ação de investigação de paternidade, seus herdeiros poderão prosseguir com a ação no próprio processo.

Em outra perspectiva, Caio Mário afirma que a legitimidade para propor a ação vai além do disposto no artigo 1.606, do CC,

Enquanto menor, o filho pode intentar a ação, representado por quem tenha este poder: assim a mãe age em nome do filho, ou na sua falta o tutor. Aqui, não ocorre a ausência de *legitimatío ad causam* ativa, porque a iniciativa da ação com a mãe ou o tutor, na menoridade do investigante, importa em que o interessado é o próprio filho, que durante a incapacidade fala e age por via da representação.¹¹⁰

¹⁰⁸ PEREIRA, 2006, p. 109.

¹⁰⁹ Ibid., p. 110.

¹¹⁰ Ibid., p. 117.

Nesse sentido, por se tratar de direitos de personalidade, admite-se a transmissão do direito em casos excepcionais, se a morte do interessado ocorrer quando for menor ou incapaz, mesmo sem ter sido proposta a ação de investigação antes da morte.

Ressalta-se que a Lei nº 8.560 de 1.992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, atribuiu também a legitimidade ativa ao Ministério Público em seu artigo 2º, § 6º, “a iniciativa conferida ao Ministério Público não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade.”¹¹¹

Ainda, há entendimento de que o nascituro também possui legitimidade ativa para ação de investigação de paternidade, visto que existe uma corrente, da teoria concepcionista, que atribui personalidade jurídica a ele, e como consequência disso, é considerado capaz para ser parte via representação da mãe. Ademais, afirma-se que, durante a gestação é possível a realização de exames que possam comprovar a suposta paternidade, contribuindo assim para o julgamento da ação investigatória.¹¹²

Observando agora o outro polo da ação, da legitimidade passiva, verifica-se que este campo é mais aberto, visto que o artigo 1.615, do CC, aduz que “qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade”.

Resta claro que ao dizer que qualquer pessoa possa contestar a ação de investigação, a lei deixa aberta a possibilidade de legitimidade passiva, apenas com a ressalva de que tenha justo interesse.

Outro ponto a ser debatido, é a imprescritibilidade da ação investigatória, se há a prescrição na ação ou se esta poderá ser ajuizada a qualquer momento.

Entende Caio Mário, que tendo em vista ser inequívoco e indiscutido que uma das características do estado das pessoas é sua imprescritibilidade, imprescritível também será o direito de ação de declaração, sendo que, a qualquer tempo os filhos terão direito de vindicar o *status* que lhe pertencem.¹¹³

¹¹¹ BRASIL. Lei nº 8.560 de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 dezembro 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8560.htm> Acesso em: 3 junho 2018.

¹¹² PEREIRA, 2006, p. 124.

¹¹³ *Ibid.*, p. 130.

As ações de investigação de paternidade, operam pela relativização ou desconsideração da coisa julgada, o que permite a repetição de nova ação de investigação após o trânsito em julgado, a qual teria como fundamentos os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia e proporcionalidade, devendo-se ponderar qual interesse sobressairá.

Diante todas as considerações sobre reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade e da maternidade, pontua-se que existem efeitos como consequência deste reconhecimento. Marcel Planiol citado por Caio Mário da Silva Pereira adverte que,

O reconhecimento de um filho natural não produz efeitos: não é um ato no sentido de 'operação', de *negotium*, produzindo consequências jurídicas; não é senão um *meio de prova* destinado a evidenciar um fato, a filiação e é este fato, quando legalmente provado, que produz diversos efeitos de direito. Estes efeitos parecem resultar do reconhecimento, porque este é a condição de sua *realização*; eles resultam na realidade da relação de parentesco patenteada pelo reconhecimento.¹¹⁴

Em discordância, Caio Mário da Silva Pereira afirma que,

O reconhecimento, na verdade não atribui ao filho natural qualquer direito, não cria para ele uma relação jurídica. [...], mas, que esta relação de consanguinidade era estéril, incapaz, por si só, de produzir consequências jurídicas, porque, se uma realidade no domínio da Biologia, se um fato incontestável sob o império da lei natural, pela razão de que não há geração espontânea, inexistia no campo direito, e desconhecida pela lei civil, jamais permitiria ao filho, o gozo de qualquer faculdade.¹¹⁵

Nesse sentido, entende-se que é o reconhecimento que traz o vínculo da paternidade, transformando a situação de fato em relação de direito, tornando-a objetiva no mundo jurídico.

Conforme visto anteriormente, o reconhecimento, tanto voluntário quanto judicial possui caráter meramente declaratório, ou seja, é necessário observar que a principal fonte dos direitos subjetivos dos filhos advindos de relações extrapatrimoniais é o vínculo da paternidade.

Primeiramente, faz necessário observar que do reconhecimento decorre para o filho um estado, estabelecendo uma relação de parentesco, surgindo direitos e

¹¹⁴ PLANIOL, apud PEREIRA, 2006, p. 207.

¹¹⁵ Ibid., p. 208.

garantindo-lhes proteção. Segundo, essa garantia abrange a obrigação natural de alimentos, e conseqüentemente assegura-lhe direitos sucessórios.

Dessa forma, resta claro que com o reconhecimento da paternidade as ordens de direitos se concretizam e efeitos decorrem dele, podendo ser denominados de efeitos morais e materiais.

3.3 CONTESTAÇÃO DA PATERNIDADE/MATERNIDADE

Pôde-se observar no item anterior as formas de estabelecimento da paternidade e maternidade, suas peculiaridades, conceitos e hipóteses. Em contrapartida, o presente item busca analisar as formas de contestação da paternidade e maternidade, se existe algum procedimento a ser seguido e quem são os legitimados para eventual arguição.

A contestação de paternidade e maternidade é aquela que compete ao marido ou a mulher impugnar a filiação decorrente do casamento ou não. É a desconstituição da situação filial, cuja finalidade é, justamente, a de afastar a correlação decorrente de um relacionamento ou matrimônio, no que diz respeito à figura do pai e a geração da prole.¹¹⁶

Anteriormente, fora visto que os filhos considerados legítimos eram os havidos na constância do casamento, estabelecendo-se assim a presunção de filiação de acordo com a época da concepção. A presunção da paternidade era estabelecida pela relação conjugal e o dever de fidelidade da mulher.

Mesmo que atualmente o direito de filiação não esteja ligado apenas ao casamento, a presunção de paternidade perdura no Código Civil, em seu artigo 1.597.¹¹⁷ Ainda, em seus artigos 1.600 e 1.602, do CC, dispõem que não basta o

¹¹⁶ SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. **Reconstruindo a paternidade**: a recusa do filho ao exame de DNA. Campo dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 157.

¹¹⁷ Art. 1.597, do CC. 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 subsequentes 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. (BRASIL. Código civil..., 2002).

adultério da mulher bem como sua confissão para ilidir a presunção legal de paternidade.¹¹⁸

Já o artigo 1.599, do CC, dispõe sobre a hipótese de ilidir a presunção de paternidade, “a prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade”.

Mas é o artigo 1.601, do CC, que apresenta a contestação de paternidade, que dispõe que,

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.

Para a contestação de maternidade, o artigo 1.608, do CC, dispõe que, “quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas”.

Observa-se que tanto o homem quanto a mulher podem contestar a filiação, por meio de ação de contestação de paternidade/maternidade, também denominada ação negatória.

A ação de contestação de paternidade e maternidade é uma ação de conhecimento de natureza declaratória¹¹⁹, a qual o juiz necessita analisar os fatos, fundamentos jurídicos e provas produzidas para então prolatar decisão reconhecendo a inexistência de relação jurídica entre filho e pai, filho e mãe.

Em relação à natureza do direito tutelado, entende-se por ação de estado que versa sobre direito indisponível a qual possui as seguintes características, é personalíssima, inalienável, imprescritível e requer a intervenção do Ministério Público.¹²⁰

No que diz respeito a sua propositura, entende-se que não há um prazo fixado, conferindo ao pai ou mãe o direito de pleitear judicialmente a exclusão da paternidade

¹¹⁸ Art. 1.600, do CC. Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.

Art. 1.602, do CC. Não basta a confissão materna para excluir a paternidade (BRASIL. Código civil..., 2002).

¹¹⁹ Artigo 19 do Código de Processo Civil: O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica;

¹²⁰ HOLANDA, Vanessa de Maria Outtone. **Ações relativas à filiação**: investigação, contestação, impugnação e anulação. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8421/1/Vanessa%20de%20Maria%20Outtone%20Holanda.pdf>> Acesso em: 25 ago. 2018.

ou maternidade fixada a qualquer momento. Dessa forma, entende-se pela sua imprescritibilidade, assim como nos casos de reconhecimento de paternidade/maternidade.¹²¹

Ainda, no que concerne à legitimidade para propositura da ação, o artigo 1.601, do CC é claro ao dispor que cabe ao marido o direito de contestar a paternidade, e em seu parágrafo único possibilita seus herdeiros prosseguir com a ação. Observa-se que nesse caso, os herdeiros estariam integrando a demanda somente por morte do pai, o que é o caso de sucessão processual.

O artigo 1.608, do CC, dispõe sobre a legitimidade da mulher para propor ação quando provada a falsidade do termo de nascimento do filho ou das declarações nele contidas.

Em contrapartida, quem dispõe de legitimidade passiva para responder a ação é propriamente o filho que quando menor absoluta ou relativamente incapaz será representado pelo outro genitor, e na falta desse, será nomeado curador pelo juiz.

Nesse sentido, Vanessa de Maria Outtone Holanda afirma que,

Ainda que a legitimidade passiva seja, exclusivamente, do filho, acreditamos que a mulher tem interesse jurídico para postular sua intervenção no processo na qualidade de assistente simples do filho. Isso porque, é a sua conduta que estará sendo objeto de avaliação pelo magistrado. Nesse caso, pode a mulher auxiliar o filho com elementos que atestem a verdadeira paternidade, não obstante se reconheça que nessa, como todas as outras ações relativas à filiação, a produção probatória acabe com a realização do exame de DNA.¹²²

Dessa forma, observa-se que a ação de contestação possui interesse moral, o qual busca fundamentalmente a verdade real.

Ocorre que em razão de se privilegiar os laços socioafetivos em detrimento do biológico, entende-se que há falta de interesse processual quando aquele que promove a ação negatória buscando negar a paternidade e anular o registro civil, anteriormente realizou o reconhecimento voluntário. Nesse caso, leva-se em conta a dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança, bem como a insegurança jurídica que eventual decisão traria.

Nas palavras de Rose Melo Vencelau,

¹²¹ SOUZA, 2005, p. 157-158.

¹²² HOLANDA, 2008, p. 277.

Em suma, embora a lei confira ao pai presumido direito de contestar a presunção, o seu comportamento contraditório de quem amou e cuidou do filho que sabia não ser genitor, enfim, reconhecendo-o como filho, este direito se limita às hipóteses de vício na manifestação de vontade. Isto porque a filiação é interesse personalíssimo do filho, daquele que possui *status* de filiação, não do pai.¹²³

Nesse sentido, não havendo vícios no comportamento que tragam consequências negativas daquele que é presumido como pai, o elemento socioafetivo deve prevalecer em prol do interesse do filho, para impedir a negatória de paternidade/maternidade.

Dessa forma, entende-se pelo direito do homem e da mulher em ajuizar ação de contestação de paternidade e maternidade, desde que exista um equilíbrio nos critérios jurídico, biológico e afetivo, ou seja, não se deve reduzir a paternidade ao vínculo biológico, mas sim, levar em consideração a construção dos laços de afetividade e toda identidade adquirida pelo filho.

¹²³ VENCELAU, 2004, p. 164.

4 DO DIREITO À FILIAÇÃO NOS CASOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA

Conforme anteriormente apontado, a consagração ao princípio da afetividade na Constituição Federal colocou fim à discriminação aos estados de filiação, igualando-se todos os filhos, bem como os subdividiu em três categorias, jurídica, biológica e socioafetiva.

Ainda, o avanço da ciência permitiu que o homem interfira no campo da procriação, alterando a ordem natural e afastando a tradição da paternidade presumida e da verdade biológica, nascendo, então uma verdade afetiva.

Nesse sentido, o Código Civil incluiu os filhos havidos por procriação artificial no rol dos filhos concebidos na constância do casamento, mais especificamente no inciso V do artigo 1.597, menciona os havidos por inseminação artificial heteróloga.

Os casos de reprodução humana assistida heteróloga podem se enquadrar nas categorias biológicas e ou socioafetivas, vez que utilizam técnicas para realização da concepção, as quais podem se utilizar dos gametas de um dos pais e de um doador.

A técnica heteróloga consiste na doação de gametas de pessoa estranha ao casal, ou seja, o nascituro possui um pai presumido, vez que biologicamente é filho somente da mãe, e socioafetivamente filho do pai, pois não contribuiu com seu gameta masculino. Mas também poderá não ser filho biológico da mãe, nos casos de maternidade por substituição, a qual utiliza o óvulo da mulher que irá gerar a criança e poderá utilizar-se do gameta masculino do companheiro, nesse caso seria somente o pai quem detém da filiação biológica, e a mãe a filiação afetiva.

Observa-se que essa técnica realiza a separação do fato de gerar, que fica a cargo do doador do gameta, ao de ser pai, que cabe a quem cuida e ama a partir do material genético de um terceiro. Nas palavras de Rose Melo Vencelau “mesmo que sujeita a limitações, não se pode negar que a reprodução humana assistida permite que a vontade determine o parentesco, sem que seja natural, nem adotivo.”¹²⁴ Ainda, Heloisa Helena Barboza afirma que,

A partir do momento em que se tornou possível inferir na reprodução humana, por meio de técnicas, estremeceu-se fortemente um dos fatos geradores do aludido complexo de relações. A procriação deixou de ser um fato natural, para subjugar-se à vontade do homem. De início passou-se a controlar a natalidade por meios contraceptivos. Na atualidade, de modo paradoxal,

¹²⁴ VENCELAU, 2004, p. 124.

expandem-se os meios científicos para obter a concepção, mesmo nos casos em que naturalmente ela não ocorreria.¹²⁵

Nesse sentido, entende-se que a filiação nos casos de reprodução humana se volta para função da proteção da dignidade da pessoa e melhor interesse da criança, vez que decorre uma escolha, desejo dos pais na concepção.

Percebe-se que com o surgimento de novas categorias de entidades familiares, nem sempre as funções parentais estarão ligadas a figura paterna ou materna, e tampouco tais funções estarão restritas ao papel dos genitores, vez que o ato de educar, cuidar e amar são exercidos tanto por um homem, quanto por uma mulher. O cumprimento da função dos pais independe do laço biológico, pelo contrário, está inserido nos atos de cuidado, amor e educação. Como salienta Rose Melo Vencelau,

O que a evolução histórico-social comprovou, e de forma inquestionável, é que a função paterna está irremediavelmente ligada ao amor de um pai pelo seu filho. Fora desta relação pode até haver laço biológico por si só insuficiente e criar qualquer vínculo de paternidade, incapaz de gerar uma relação paterno-filial.¹²⁶

Desse modo, deve-se dar importância para o critério da afetividade satisfazendo a função parental à luz da Constituição Federal, visando sempre o melhor interesse da criança.

Por outro lado, na fecundação heteróloga não há a manifestação de vontade da criança sobre sua ascendência, logo, mesmo que o vínculo não necessite ser estabelecido pelo genitor, é direito da criança conhecer sua origem biológica. Esse é o entendimento de Cláudia Lima Marques,

Se saber a origem é direito fundamental da criança, o teste de DNA pode ser usado mesmo em filho adotivos e nos oriundos de procriação artificial, pois estes teriam interesse juridicamente relevante (processual e material) de estabelecer (ou saber) laços biológicos com pais doadores e de origem, mesmo sem cortar os laços jurídicos criados pela adoção e criar uma multiplicidade de pais pela mesma criança.¹²⁷

A filiação e afetividade no interior da família pela reprodução humana assistida heteróloga ocorre no momento em que a família deixa de ser considerada autossuficiente como instituição para ser instrumento na realização da dignidade

¹²⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

¹²⁶ VENCELAU, 2004, p. 130.

¹²⁷ MARQUES, 2000 apud VENCELAU, 2004, p. 126.

humana. Dessa forma, ressalta-se que a nova ordem de procriação necessita de proteção aos direitos da criança bem como aos direitos do terceiro doador, questões que serão debatidas no próximo item.

4.1 DIREITOS DO NASCITURO

Sabe-se que o direito à vida é direito fundamental e indisponível resguardado pela Constituição Federal, mais precisamente em seu artigo 5º.¹²⁸ É requisito para o exercício dos demais direitos inerentes ao ser humano devendo, portanto, ser respeitado.

Ainda, o Código Civil, em seu artigo 2º esclarece o início da personalidade civil da pessoa, que seria do nascimento com vida (teoria natalista), entretanto, os direitos assegurados ao nascituro são desde a concepção.¹²⁹ Dessa forma, de acordo com o ordenamento brasileiro, o nascimento com vida determina o marco inicial da personalidade civil do ser humano, mas, desde a concepção resguardam os direitos do nascituro.

Nesse sentido, observa-se a preocupação com o ser humano desde sua concepção, mas não nascido, e ainda não dotado de personalidade civil. Nas palavras de Maria Helena Diniz o nascituro,

É aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, estendo [sic] concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.¹³⁰

Mesmo não dotado de personalidade civil, o nascituro possui direitos resguardados, tais como à vida, a alimentos, a receber doações, a suceder e a curatela.

No que concerne ao direito à vida, devidamente protegido pela Constituição, é direito fundamental e indisponível de todo ser humano. Já o direito a alimentos, está

¹²⁸ Art. 5º da CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL. Constituição..., 1988).

¹²⁹ Art. 2º do CC. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (BRASIL. Código civil..., 2002).

¹³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

previsto na Lei nº 11.804 de 05 de novembro de 2008, a qual disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido. Os artigos 1º e 2º da mencionada lei, dispõem que,

Art. 1º Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.¹³¹

Observa-se que o direito a alimentos é um auxílio material para suprir as necessidades essenciais do nascituro, mesmo que seja inerente à gestante, garantindo-lhe a dignidade da pessoa humana.

Em relação ao direito de receber doações, esse possui previsão legal no artigo 542 do Código Civil¹³², a qual valerá apenas se aceita pelo seu representante, vez que dependendo da doação exigirá que o recebedor detenha de personalidade jurídica, o que não é o caso do nascituro. Dessa forma, quem recebe a doação é seu representante, sendo transferido apenas após seu nascimento com vida.

Ainda, possui direito a suceder conforme preceitua o artigo 1.798 do CC, “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Entende-se que o nascituro já é um ser concebido, portanto detém de capacidade sucessória. Entretanto, da mesma forma que o direito de receber doação, necessita de seu nascimento com vida para transmissão do bem herdado, conforme afirma o artigo 1.800, § 3º do CC.¹³³

Por fim, o direito à curatela, conforme dispõe o artigo 1.779 do Código Civil¹³⁴,

¹³¹ BRASIL. Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 novembro 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm> Acesso em: 3 jun. 2018.

¹³² Art. 542 do CC. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal (BRASIL. Código civil..., 2002).

¹³³ Art. 1.800 do CC. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. § 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador (BRASIL. Código civil..., loc. cit.).

¹³⁴ Art. 1.779 do CC. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro (BRASIL. Código civil..., (BRASIL. Código civil..., loc. cit.).

nos casos em que o pai vier a falecer estando grávida a mulher e não tendo o poder familiar. O curador do nascituro seria um representante para garantir seu patrimônio.

Diante do rol exemplificativo dos direitos do nascituro, pode-se concluir que apesar da teoria natalista adotada pelo ordenamento pátrio, o nascituro possui direitos resguardados nas situações previstas em lei, garantindo-lhe dignidade da pessoa.

4.1.1 Direito à Origem Genética

Conforme exposto no item anterior, pode-se observar alguns dos direitos conferidos ao nascituro. Entretanto, o presente item busca explicar outro direito do nascituro concebido pelas técnicas de reprodução humana assistida na fecundação heteróloga, e também aplicado aos casos de adoção, o qual traz algumas críticas doutrinárias, que é o da origem genética, vez que colide com o direito ao anonimato do terceiro doador de gameta.

Acerca do direito ao conhecimento à origem genética, Maria Cláudia Crespo Brauner afirma que,

A alegação de que a criança tem o direito a conhecer sua origem genética realça a paternidade biológica, conceito já ultrapassado na doutrina mais moderna, uma vez que, atualmente, o Direito está começando a valorizar, de forma gradativa, a paternidade afetiva. Todavia, existem alguns casos em que a regra do anonimato poderá ser quebrada, como, por exemplo, nas situações em que a pessoa tenha necessidade de obter informação genética indispensável à sua saúde; ou quando a responsabilidade for do doador, ou dos médicos que realizaram o processo, em razão da utilização de sêmen com carga genética defeituosa. Nesses casos, deveria haver necessidade de buscar a autorização judicial, para que as informações sobre o doador, ou a doadora, fossem disponibilizadas ao interessado.¹³⁵

Nesse sentido, observa-se a importância da criança ao conhecimento de sua origem genética, quebrando o anonimato do doador, principalmente nas situações em que coloca em risco a saúde da criança, para prevenção de doenças geneticamente transmissíveis.

Vale ressaltar que o anonimato também é um direito importante que detém o doador, quando opta por não ser conhecido. Em contrapartida, há situações em que a quebra desse anonimato é imprescindível, vez que o direito da criança se sobressai ao do doador.

¹³⁵ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Nas palavras de Ana Cláudia S. Scalquette,

Se de um lado o direito ao sigilo é garantido ao doador, com base no direito à intimidade e à sua dignidade, de outro o filho gerado com material doado tem igual direito de não viver à sombra de um pensamento de dúvida sobre quem seria aquele que lhe permitiu o nascimento. É também o mesmo fundamento da garantia de respeito à sua dignidade que impulsiona a busca por essa informação.¹³⁶

Entende-se que a busca pela informação deve ser via judicial, vez que seria o caminho mais seguro para que os direitos dos envolvidos sejam sopesados.

Ainda, Scalquette questiona que se há possibilidade da quebra do sigilo nas causas de adoção, conforme preceitua o artigo 48, do ECA¹³⁷, deveria haver a mesma garantia da quebra do sigilo para identificar o doador do material genético quando o direito do filho estiver sendo ameaçado.¹³⁸

Essa ameaça ao direito do filho pode estar relacionada tanto à saúde física quanto psíquica, as quais podem surgir e se desenvolver no decorrer de sua existência. Dessa forma, a identificação de sua origem atuaria como prevenção. Reinaldo Pereira e Silva pondera que,

Nessa disciplina jurídica é importante ter claro que o conhecimento da ascendência biológica é um verdadeiro direito, não é um dever. Em outras palavras, ninguém pode ser obrigado a conhecer sua ascendência biológica, mas todos os filhos tem o direito de conhecê-la caso o queiram, pouco importando a natureza de seus vínculos familiares (adoção tradicional, recurso às técnicas de reprodução medicamente assistida etc.)¹³⁹.

Pontua-se que a busca pelo conhecimento da origem genética, não reflete na busca pela investigação da paternidade, ou seja, da relação filial, vez que são duas situações distintas, a primeira tem natureza da personalidade e a segunda de direito de família. Dessa forma, a quebra do anonimato não tem o poder de garantir direitos patrimoniais ou pessoais entre os indivíduos, ficando o doador desobrigado da relação jurídica.

Nesse contexto, havendo colisão de direitos entre os indivíduos, com escopo nos princípios constitucionais, deve-se ponderar e equilibrar qual prevalecerá sobre o

¹³⁶ SCALQUETTE, 2010, p. 228.

¹³⁷ Art. 48, do ECA. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos (BRASIL. Lei nº 8.069..., 1990).

¹³⁸ SCALQUETTE, op. cit., p. 229.

¹³⁹ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito**: a nova fronteira dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2003.

outro, admitindo-se a quebra do anonimato, sem, contudo, permitir que da descoberta da origem genética decorram direitos e obrigações entre as partes, vez que são direitos de naturezas distintas.

4.2 DIREITOS DO DOADOR

Assim como o nascituro detém de direitos tutelados pela Constituição Federal, o doador de gametas também os possui, como por exemplo o direito à intimidade e privacidade.¹⁴⁰ O Código Civil também dispõe da proteção a esses direitos, mais especificamente em seu artigo 21.¹⁴¹

Observa-se que essa proteção garantida pelo ordenamento inclui o direito ao anonimato do doador de material genético aos casos de fecundação heteróloga na reprodução humana assistida, vez que zela pela intimidade.

Da mesma forma dispõe a Resolução nº 2.168 de 2017 do Conselho Federal de Medicina,

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

4. Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).¹⁴²

Vislumbra-se que a resolução está em consonância com os princípios do ordenamento, ao respeitar os direitos do doador do material genético. Ainda, em relação a resolução, percebe-se a obrigatoriedade sobre o sigilo da identidade dos doadores, salvo situações especiais por motivação médica, entretanto, os dados de identificação são fornecidos exclusivamente para médicos.

¹⁴⁰ A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros (FERRAZ JÚNIOR apud WINIKES, Ralph; CAMARGO, Rodrigo Eduardo. A concepção de vida privada e de intimidade no direito brasileiro. **CONPEDI**, 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0da474fc8e382f9c>> Acesso em: 13 set. 2018).

¹⁴¹ Art. 21, do CC. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (BRASIL. Código civil..., 2002).

¹⁴² BRASIL. Resolução nº 2.168/2017, 2017.

Nesse entendimento, a resolução não autoriza que o doador possa decidir pelo anonimato ou pelo reconhecimento, vez que impõe uma obrigatoriedade. As clínicas determinam que os doadores assinem um contrato comprometendo-se ao sigilo de sua identidade a quem receberá seu material genético.

Entretanto, diferente do doador anônimo que de fato não queira ser reconhecido, zelando pela sua intimidade ou temendo pela contração de obrigações quanto ao indivíduo que será gerado, o doador anônimo que queira ser reconhecido ou que não entenda como um problema, não o pode fazer perante ao Conselho Federal de Medicina, vez que há uma norma que o obriga pelo sigilo, mas nada impede de que o doador seja conhecido da família.

Entende-se que o doador é apenas o indivíduo que pretende auxiliar no procedimento de fertilização de outrem, contribuindo com seu material genético àqueles que por alguma razão estão impossibilitados de reproduzir. Dessa forma, a regra é pelo anonimato do doador, sem criar relação jurídica, obrigações para com a futura criança.

Por outro lado, conhecer a própria identidade pessoal pode ser uma necessidade legítima da criança concebida pela fecundação heteróloga, que busca entender os fatores que deram origem a sua concepção, as quais vão além dos fatores patrimoniais que o procedimento poderia ocasionar. Essa relação permite a aproximação das verdades biológicas e socioafetivas, minimizando o impacto psíquico aos envolvidos.

4.3 RECONHECIMENTO E CONTESTAÇÃO DA PATERNIDADE/MATERNIDADE NA FECUNDAÇÃO HETERÓLOGA

Sabe-se que atualmente não há distinção entre os filhos como legítimos ou ilegítimos, sendo filho somente filho.

Nesse sentido, o artigo 1.597, V do Código Civil, dispõe da filiação dos filhos concebidos por reprodução humana assistida heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Na fecundação heteróloga, não coincide a paternidade biológica com a paternidade legal, vez que se utilizam de material genético de um doador. Observa-se que o único requisito trazido pelo Código Civil é a prévia autorização do marido para presumir a filiação nos casos de fecundação heteróloga por meio de procriação artificial.

Ocorre que a mesma legislação não estabelece se a prévia autorização do marido, ou seja, seu consentimento deve ser por escrito ou verbal, apenas afirma que deve ter a autorização.

Nesse sentido a omissão da legislação acarreta na insegurança jurídica em como proceder com o consentimento, se este de fato necessita ser por escrito ou apenas verbal. Dessa forma, a presunção decorrente do artigo possibilita futura contestação de paternidade pelo marido, o qual poderá alegar que não houve seu consentimento.

Em contrapartida, havendo autorização expressa pelo marido, esse não poderá contestar a paternidade, vez que seu consentimento é irretroatável, determinando sua filiação. Esse é o posicionamento de Maria Helena Diniz, que dispõe que,

A paternidade então, apesar de não ter componente genético, terá fundamento moral, privilegiando-se a relação socioafetiva. Seria torpe, imoral, injusta e antijurídica a permissão para o marido que, consciente e voluntariamente, tendo consentido com a inseminação artificial com esperma de terceiro, negasse, posteriormente, a paternidade.¹⁴³

E continua,

Por isso, há quem ache, como Holleaux, que tal anuência só será revogável até o momento da inseminação; feita esta, não poderá desconhecer a paternidade do filho de sua esposa. Deveras, como admitir o veneire contra *factum proprium*, se indica ato contraditório com o comportamento anterior, contrário à boa fé, pois ninguém pode alegar, em juízo, a própria malícia? Como bem pondera Zeno Veloso: “seria injurídico, injusto, além de imoral e torpe, que o marido pudesse desdizer-se e, por sua vontade, ao seu arbítrio, desfazer um vínculo tão significativo, para o qual aderiu consciente e voluntariamente.¹⁴⁴

Ainda, o Enunciado nº 104 do Conselho de Justiça Federal definiu que quando utilizado material fecundante de terceiros nas técnicas de reprodução assistida, o pressuposto fático da relação é substituído pela vontade, gerando presunção relativa ou absoluta de paternidade, dependendo da manifestação expressa da vontade.¹⁴⁵

¹⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 450.

¹⁴⁴ Ibid., p. 450-451.

¹⁴⁵ Enunciado n. 104 do Conselho de Justiça Federal. 104 - Art. 1.597: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento (AGUIAR JUNIOR, 2012, p. 27).

No mesmo sentido, afirma o Enunciado nº 258,

258 – Arts. 1.597 e 1.601: Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.¹⁴⁶

Dessa forma, observa-se que não seria possível a contestação de paternidade nos casos em que há consentimento por parte do marido, pois torna a presunção absoluta, vez que traria grande insegurança jurídica, bem como colocaria a mulher e a criança em situação desconfortável.

Por outro lado, não havendo o consentimento do marido, o ato passa a ser unilateral e exclusivo pela mulher, sendo assim, passível de contestação, vez que ofende o que dispõe a própria legislação.

A técnica de procriação artificial na fecundação heteróloga quando recorrida por um casal, deve ser aceita e consentida por ambos os indivíduos, não de forma isolada. Dessa forma, quando há zelo pelas normas que regem o procedimento, não há dúvidas acerca da filiação que a técnica decorre. Em contrapartida, quando não há uma decisão em conjunto, dá abertura para a contestação de paternidade pelo marido.

¹⁴⁶ AGUIAR JUNIOR, 2012, p. 27.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a análise do significativo avanço tecnológico e científico que o país vem enfrentando, resultando com isso, na ruptura de regras tradicionais pautadas no formalismo, pôde-se observar que a reprodução humana assistida traz muitas discussões, dentre elas a repercussão no estado de filiação no ordenamento jurídico brasileiro. As técnicas de reprodução humana assistida despertam o interesse vez que a procriação deixa de ser exclusivamente natural e passa a ser também artificial.

No primeiro capítulo observou-se a definição da reprodução humana assistida e o que move as pessoas a utilizarem de suas técnicas, superando os limites da infertilidade e ou esterilidade. Dentre as técnicas que a reprodução humana possui, apresentou-se duas delas, a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, das quais pôde-se vislumbrar seus conceitos, procedimentos e peculiaridades, e ainda, a diferenciação das formas de fecundação homóloga e heteróloga. O presente estudo visou se aprofundar nas técnicas de fecundação heteróloga, as quais exigem gametas de um terceiro doador, e por essa razão entendimentos divergentes foram trazidos e dirimidos, como por exemplo, qual a forma de filiação perante o ordenamento civil brasileiro.

Passando para o segundo capítulo, vislumbrou-se os estados de filiação no ordenamento jurídico brasileiro, todo seu histórico jurídico e social e reflexos, subdividindo-se em filiação jurídica, biológica e socioafetiva, apresentando seus conceitos e particularidades. Nesse capítulo foi observado que o conceito de filiação foi ampliado, e que não apenas os filhos que advêm de um casamento são considerados filhos para fins legais, mas também aqueles que estão envolvidos pelo afeto. Ao final do capítulo, apresentou-se os procedimentos do reconhecimento e contestação da paternidade e maternidade, os questionamentos que surgem quanto à postura dos genitores e ou pais e o quanto isso reflete na criança.

O terceiro e último capítulo compreendeu o estado de filiação nos casos de fecundação heteróloga demonstrando a importância que afetividade reflete. Os direitos do nascituro também foram alvo de debate à luz do Código Civil e da teoria adotada pelo ordenamento, englobando o direito à origem genética e o conflito entre os direitos do terceiro doador nos casos de fecundação heteróloga. Ao final, suscitou-se o reconhecimento e contestação da paternidade e maternidade voltado à fecundação heteróloga nas técnicas de reprodução humana assistida.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário acadêmico de direito**. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado (coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. 135 p. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>> Acesso em: 15 jul. 2018.

ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

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

BEBÊ de proveta. 30 jun. 2016. Disponível em: <https://www.conhecimentogeral.inf.br/bebe_de_proveta/>. Acesso em: 2 jun. 2018.

BRASIL. **Código civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Lex: legislação federal**, Brasília, DF, 5 outubro, 1988.

_____. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dezembro 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015_compilada.htm> Acesso em: 3 jun. 2018.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 julho 1990.

_____. Lei nº 8.560 de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 dezembro 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8560.htm> Acesso em: 3 jun. 2018.

_____. Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 novembro 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm> Acesso em: 3 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 301. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. In: _____. **Súmulas**. São Paulo: Associação dos Advogados do Brasil, 2004.

BRASÍLIA. Resolução nº 2168/2017. Conselho Federal de Medicina. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 novembro 2017.

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

CAMARGO NETO, Mario de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. **Registro civil das pessoas naturais: parte geral e registro de nascimento**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CENTRO de Fertilidade Vida. **Passo-a-passo da fertilização in vitro**. 2018. Disponível em <<http://vidafertil.com.br/passa-a-passo-da-fertilizacao-in-vitro/>> Acesso em: 26 mar. 2018.

COSTA, Juraci. Paternidade socioafetiva. **Revista Jurídica - FURB**, Blumenau, v. 13, n. 26, 2009. Disponível em: <<http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1889/1254>> Acesso em: 20 maio 2018.

DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito: doutrina, legislação e jurisprudência**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista Tribunais, 2013.

FECONDARE. **Passo a passo da inseminação artificial**. 5 abr. 2017. Disponível em: <<https://fecondare.com.br/artigos/passo-passo-da-inseminacao-artificial-2/>> Acesso em: 26 mar. 2018.

FECONDARE. **Tratamento de fertilidade: quais os riscos do nascimento de múltiplos?** 9 jul. 2014. Disponível em: <<https://fecondare.com.br/artigos/tratamento-de-fertilidade-quais-os-riscos-do-nascimento-de-multiplos/>> Acesso em: 2 jun. 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999

FERTILIDADE.ORG. **Inseminação artificial**. Disponível em: <<https://fertilidade.org/content/inseminacao-artificial>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

FGO Clínica de Fertilidade. **Infertilidade e esterilidade**. Disponível em: <<https://www.clinicafgo.com.br/fertilidade/infertilidade-e-esterilidade/>> Acesso em: 2 jun. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário universitário jurídico**. 18. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

HOLANDA, Vanessa de Maria Outtone. **Ações relativas à filiação: investigação, contestação, impugnação e anulação**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8421/1/Vanessa%20de%20Maria%20Outtone%20Holanda.pdf>> Acesso em: 25 ago. 2018.

IBGE. **Estatísticas do Registro Civil**, Rio de Janeiro, v. 43, p. 1-8, 2016. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2016_v43_informativo.pdf> Acesso em: 11 set. 2018.

JAEGER, Litchele. **Conflito de direitos da reprodução humana assistida**. Curso de Bioética e Biodireito. 80 f Monografia (Bacharel em Direito) – Centro Universitário UNIVATES, Lajeado, 2016. Disponível em: <<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1355/1/2016LitcheleJaeger.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **R. CEJ**, Brasília, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>> Acesso em: 19 maio 2018.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e a sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de Souza; SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida. Um pouco de história. **Rev. SBPH**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, dez. 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004>. Acesso em: 7 abr. 2018.

NOGUEIRA, Jaqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PESSANHA, Jackelline Fraga. A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar. **IBDFAM**, dez. 2011. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf> Acesso em: 27 maio 2018.

REVISTA SUPERINTERESSANTE. **Teste indica paternidade com 99,9% de certeza**. 31 out. 1996. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/teste-indica-paternidade-com-999-de-certeza/>> Acesso em: 11 set. 2018.

RIO DE JANEIRO. Lei nº 833/1949, de 21 de outubro de 1949. **Diário Oficial da União**, 26 outubro 1949.

ROCHA, Renata da. **O direito à vida e as pesquisas com células tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCORSIN, Débora Regina Alborta. **A análise em DNA na investigação de paternidade**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/172.pdf> Acesso em: 20 maio 2018.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito**: a nova fronteira dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2003.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. **Reconstruindo a paternidade**: a recusa do filho ao exame de DNA. Campo dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 21, p. 400-418, 1979. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>>. Acesso em: 20 maio 2018

WINIKES, Ralph; CAMARGO, Rodrigo Eduardo. A concepção de vida privada e de intimidade no direito brasileiro. **CONPEDI**, 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0da474fc8e382f9c>> Acesso em: 13 set. 2018.