

FILIAÇÃO: VERDADE BIOLÓGICA E AFETIVA - REFLEXOS PARA O DIREITO BRASILEIRO

Caroline Leite de Camargo[†]

Resumo: Ao longo da história humana a família foi uma das instituições que mais sofreu mudanças, dentre elas, no que cabe à filiação, que caminhou desde a afinidade até o parentesco sanguíneo, imposto pela Igreja e regulamentado pelos Códigos Modernos e Pós-modernos. No Brasil, foi apenas em 2002, com o Código Civil que se reconheceu direitos aos filhos alheios ao casamento, como detentores de direitos iguais aos filhos oriundos da relação conjugal. A família deixou de ser formada apenas em torno da relação matrimonial para aceitar diversas outras formas, a fim de melhor atender os interesses de milhares de pessoas, preservando sua dignidade humana. No presente trabalho será analisado acerca dos tipos de filiação, bem como a importância da afetividade na relação familiar e social.

Palavras-chave: Direito de família. Constitucionalização do direito civil. Dignidade humana.

INTRODUÇÃO



os primórdios da existência humana a filiação não era exercida apenas nos casos de parentesco biológico, posto que a adoção fosse comum, embora não existissem trâmites legais a serem seguidos.

Com o passar dos séculos e a estipulação de algumas leis através do Direito Canônico, a situação foi se alte-

[†] Mestre em Direito pelo Univem-Marília, Diretora Executiva e Professora no ITL de Educação Profissional. E-mail: karoll_kamargo@hotmail.com.

rando e a verdade biológica deveria prevalecer e os filhos eram considerados legítimos se adivessem da constância do casamento.

Tal entendimento prevaleceu no Brasil até a revogação do antigo Código Civil, o que ocorreu em 2002, embora com o texto Constitucional de 1988 a igualdade entre homens e mulheres e entre os filhos, independentemente de sua origem tenham sido legisladas.

As novas técnicas de reprodução assistida têm trazido acaloradas discussões acerca da importância, ou não, da prevalência de um tipo de filiação sobre outro. A filiação socioafetiva, respaldada no carinho e afeto existentes entre os indivíduos tem sido aceitas nos julgados e na doutrina e em alguns casos prevalece sobre a verdade biológica ou civil posto que as relações humanas de amor e bem-querer devem prevalecer posto que todo ser humano tem em si o dom de buscar a felicidade, independentemente de parentesco civil ou biológico e embora seja datada do início da década de noventa bem descreve a importância de que se busque a felicidade: “Cada um de nós compõe a sua história/Cada ser em si/Carrega o dom de ser capaz/E ser feliz”¹.

O presente estudo se baseou no método dedutivo-indutivo e através de análise bibliográfica apontou alguns dos principais problemas e avanços trazidos pela reprodução assistida bem como os impasses acerca da filiação em suas diversas formas.

1 REPRODUÇÃO HUMANA AO LONGO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A família ao longo dos anos vem se aperfeiçoando, mudando, evoluindo de acordo com as necessidades sociais, ou

¹ Música de Almir Sater Tocando em frente. Disponível em: <http://letras.mus.br/almir-sater/44082/>.

melhor, de acordo com as mudanças sociais, posto que a família é a primeira entidade na qual um indivíduo, ao nascer, faz parte.

É através da família que cada um recebe os primeiros ensinamentos acerca do mundo em que vivemos.

Em épocas antigas como na Grécia e Roma clássicas o ambiente familiar era responsável por perpetuar o culto aos antepassados, a falta de herdeiros faria morrer a tradição.

Para Coulanges (2006, p. 56-60), no seio das famílias antigas o culto aos antepassados era diário, o afeto ou mesmo o parentesco não tinham relevância, assim, o que unia as famílias antigas, portanto não era o nascimento ou o sentimento, mas sim a força sagrada do fogo e os antepassados, aqueles que não realizavam o culto aos mortos eram emancipados ou renunciados, assim, filhos adotivos que cultuassem o culto doméstico era considerado filho e membro daquela família em detrimento daquele filho biológico que não o fazia. A mulher solteira cultuava os antepassados do pai, a casado os do marido.

De acordo com Grisard Filho (2010, p. 24) a família antiga era um conjunto de pessoas submetidas ao *pater familias* e, até pouco tempo, significava não apenas o cônjuge e os filhos como também os escravos e todos aqueles que viviam sob a influência do poder paterno, assim a ideia de família já foi sinônimo de servir a um senhor.

A família durante muito tempo foi sinônimo de casamento e muitos filhos, ou seja, a instituição de um casamento tinha dentre seus maiores objetivos a procriação.

Ressalta Grinald Filho (2010, p. 24) que,

A partir do direito clássico, a família romana, organizada sob a forma patriarcal e hierarquizada, começa a perder este caráter. A autoridade despótica do *pater familias*, despido por completo de laços afetivos, sofre atenuações e o parentesco de sangue obtém certo favor.

O culto aos antepassados era sinônimo de sorte, prevalência da família e assim de extrema importância para as socie-

dades antigas, por certo que a religião estava acima de quaisquer outras questões, até mesmo o afeto ou o parentesco sanguíneo.

A reprodução das espécies é meio fundamental para que haja a perpetuação, a manutenção e a evolução natural.

1.1 ESTERILIDADE FEMININA E MASCULINA

Uma vez que a existência de descendentes era essencial para a perpetuação de uma determinada família, aqueles que não podiam procriar eram repudiados pela sociedade da época.

Para se ter uma ideia, na Grécia a mulher que não tivesse condição de gerar descendentes era repudiada pelo marido, pelo Código de Hamurabi era possível a intervenção de terceiro no lar conjugal na esterilidade de um dos cônjuges. Já o Código de Manu previa que, na esterilidade do marido, sua esposa poderia ser fecundada pelo seu irmão a fim de garantir a continuidade da família (MALUF, 2010, p. 153).

Durante o cristianismo a esterilidade masculina não era aceita, fato que apenas ocorreu em 1677 que se cogitou a esterilidade masculina pela ausência de espermatozoides. Tanto a esterilidade masculina como feminina eram motivo de discriminação, sinônimo de mal incomensurável (FERRAZ, 2010, p. 40-41).

Desde séculos atrás se estuda uma forma de tentar amenizar problemas oriundos da dificuldade em procriar a fim de tentar diminuir a dor e a angústia causadas em homens e mulheres que não conseguem realizar de forma natural o sonho da paternidade ou maternidade.

Cabe lembrar que a infertilidade não pode ser confundida com a esterilidade posto que no caso do primeiro, o problema é temporário, passível de ser revertida, no segundo caso, a incapacidade de procriação é permanente e irreversível. (FERRAZ, 2010, p. 42-48).

Atualmente, conforme explica Maluf (2010, p. 157) a fecundação pode ser natural ou artificial, entretanto a ausência de leis específicas sobre o tema faz com que profissionais da saúde, juristas, sociólogos, filósofos e outros fiquem em dúvida sobre o assunto e haja bastante discussão.

Os poucos instrumentos normativos sobre o tema trazem principalmente Resoluções do Conselho Federal de Medicina que desde 1992 buscam orientar médicos sobre o tema, posto que desde a década de 70 já era possível a reprodução assistida.

No Brasil, o primeiro bebê de proveta veio no ano de 1984, uma menina, nascida em 07 de outubro.

2 REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

As técnicas de Reprodução Assistida vêm se aprimorando dia após dia e atualmente é possível procriar para quase a totalidade das pessoas.

Entretanto ainda são muitas as dúvidas sobre o tema, principalmente pelo fato de ser tema bastante discutido e ainda estar distante de uma pacificação.

A ausência de regulamentos faz com que, em muitos casos diversos profissionais se aproveitem da situação como ocorreu no escândalo do médico Roger Abdelmassih, condenado a mais de 250 anos de prisão por estuprar pacientes, além de outros crimes relacionados com a profissão².

Atualmente tramitam no Congresso diversos Projetos de Lei (PL) sobre o tema, dentre eles, o PL 1184/03, que já foi aprovado no Senado e atualmente tramita na Câmara, que visa limitar e tornar crime alguns dos abusos cometidos por profissionais da saúde com relação à má utilização de material hu-

² O citado médico utilizava óvulos de pacientes mais novas para realizar a fecundação uma vez que as chances de sucesso eram maiores, o que fez com que nascessem diversas crianças que não eram filhos biológicos das pessoas que as idealizaram, embora tivessem se submetido aos procedimentos de coleta de material (MONTEIRO, 2013-c, p. 01).

mano. Tramita ainda no Congresso o PL 1135/03 que possui maiores semelhanças com a já em vigor Resolução do CFM 2.013/13, além de muitos outros.

Fazer uma reprodução assistida no Brasil, conforme aponta Monteiro (2013-a, p. 01) ainda é muito caro, em torno de R\$ 10 a 15 mil reais por tentativa. Ressalte que já existem Projetos de Lei no Congresso Nacional a fim de tornar de responsabilidade do SUS o tratamento de casais ou solteiros que queiram ter filhos, mas não conseguem, entretanto, a precariedade do Sistema Único de Saúde ainda é um grande desafio.

Algumas decisões dos tribunais brasileiros têm apontado para a responsabilidade estatal o tratamento acerca de reproduções assistidas, *in verbis*, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, processo Nº 70047263785, 2012/Cível:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÚDE PÚBLICA. reprodução humana – fertilização *in vitro*. DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO – ART. 196, CF. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. POR MAIORIA, AGRAVO PROVIDO.

Existem várias formas de se realizar uma inseminação artificial, de acordo com Maluf, a Inseminação artificial Intrauterina (IIU) é a mais simples, posto que ocorre inserção do gameta masculino na genitália feminina com o auxílio de um cateter. Quanto à Fertilização *in vitro* convencional, ocorre com transferência intrauterina de embriões (FIVETE), em laboratório, com a posterior transferência de embriões. Já na transferência intratubária de gameta ocorre transferência de espermatozoides e oócitos, que são aproximados, dando origem à fertilização natural (*in vivo*). E, finalmente, na transferência intratubária de zigoto, ocorre a retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta para depois transferir ao útero, (MALUF, 2010, p. 157-158).

Vale lembrar que a reprodução medicamente assistida deve ser utilizada quando há problemas em se procriar natu-

ralmente e tal procedimento não venha a acarretar danos ao futuro bebê, assim, “(...) a reprodução assistida consiste na orientação e assistência para a prática reprodutiva quando os métodos tradicionais não estão atingindo o resultado desejado”, (MALUF, 2010, p. 156).

De acordo com o princípio I - 6 da Resolução do Conselho Federal de Medicina 2.013/13:

O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos faz-se as seguintes recomendações: a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.

A limitação de idade imposta pela nova Resolução do Conselho Federal de Medicina coloca em cheque o fato apontado por Alves (2013, p. 01) de que no Brasil duas avós com 51 anos já deram a luz a netos, uma delas gerou gêmeos.

Quando o problema do indivíduo não esta em gestar, mas na produção de gametas, é possível recorrer a um banco de material genético advindo de doadores anônimos.

Principalmente no caso de utilização de material genético de terceiro, ocorre a filiação civil ou mesmo socioafetiva, que não coincide com a filiação biológica, entretanto tal fato não poderá ocasionar discriminação ou qualquer forma de preconceito.

Diz Maria Berenice Dias que:

O desenvolvimento das modernas técnicas de *reprodução assistida* ensejou a desbiologização da parentalidade, impondo o reconhecimento de *outros vínculos* de parentesco. Assim, parentesco civil é o que resulta de qualquer outra origem que não seja a biológica. Não há como deixar de reconhecer que a concepção decorrente de fecundação heteróloga (CC 1.597 V) gera parentesco civil (DIAS, 2009, p. 315).

Os casais que fazem uso de uma clínica de reprodução assistida podem optar, caso haja embrião excedente, a destruí-

los, doa-los ou mantê-los armazenados na clínica. A Lei 11.105/05 permite que embriões excedentes ou inviáveis sejam destinados à pesquisas com células-tronco, embora ainda não exista o desenvolvimento de tais pesquisas no país utilizando material humano, posto os riscos e as incertezas que ainda pairam sobre o tema.

2.1 REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA E HETERÓLOGA

Conforme dito acima, a reprodução assistida veio a fim de auxiliar as pessoas que possuem problemas para ter filhos e embora ainda existam muitos dilemas éticos e legais para serem sanados sobre o assunto, a reprodução assistida, embora ainda cara, tem sido amplamente utilizada em todo o país.

De acordo com Riezo (2011, p. 351), a reprodução homóloga ocorre quando se utiliza material do marido e da mulher para a obtenção do embrião, já na heteróloga se utiliza material não pertencente ao pai.

No que cabe à inseminação artificial homóloga não existem muitos problemas, pois os cônjuges ou conviventes decidem de comum acordo e doam materiais genéticos para os procedimentos e o Código Civil, em seu artigo 1.597, III prevê serem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação homóloga, mesmo que falecido o marido. O CFM aponta na Resolução 2.013/13, II - 1 que ambos os cônjuges devem concordar expressamente com a inseminação. Caso ocorra morte de um dos cônjuges durante o processo de inseminação, o sobrevivente, desde que autorizado pelo falecido expressamente, pode continuar o projeto parental.

O mesmo não ocorre quanto à reprodução assistida heteróloga, posto que há muitas divergências entre os mais ímpares profissionais.

Na reprodução heteróloga, diferente da homóloga, onde a

paternidade pode ser questionada, não há possibilidade de haver questionamentos, desde que tenha havido autorização expressa do cônjuge a fim de que o procedimento de realizasse, pois nesse caso a relação de paternidade será socioafetiva e não biológica, assim aponta o Código Civil Brasileiro é claro quanto a essa questão:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

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 (grifo nosso).

Por outro lado, Diniz (2010, p. 572-584) acredita que a reprodução assistida heteróloga não deveria ocorrer, pois o indivíduo gerado por meios heterólogos tem o direito de saber a história de saúde dos seus parentes consanguíneos a fim de prevenir doenças e evitar o incesto.

A proteção ao patrimônio genético humano, bem como o acesso de todas as pessoas às mais inovadoras tecnologias é um dos grandes desafios do século XXI entre a multidisciplinariedade de profissões, países, crenças existentes em todo o planeta assim também a proteção cada dia maior de todas as pessoas contra excessos.

3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA E FILIAÇÃO: POSSÍVEIS QUESTIONAMENTOS

Filiação, de acordo com Riezo (2011, p. 351) “é o liame jurídico existente entre pais e filhos”, ressaltando que a filiação não advém apenas do ato sexual, podendo ocorrer também através de reprodução assistida, seja homóloga ou heteróloga.

A filiação após o Código Civil de 2002 pode ocorrer na

constância do casamento ou fora dele, via de regra, a paternidade e a maternidade podem ser questionadas e um exame de DNA pode apontar até 99% de certeza acerca do vínculo biológico ou não.

Após a Constituição Federal de 1988, que trouxe a isonomia entre os filhos, independentemente da origem, assim filhos havidos entre pais casados, conviventes, inseminação artificial, pais solteiros, entre outros possuem os mesmos direitos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 são reconhecidas, ainda, as diversas entidades familiares, formadas pelo casamento, união estável ou as monoparentais (FERRAZ, 2010, p.79).

As relações de parentesco também acabam sendo afetadas, tendo em vista que a afetividade passa a ter um valor tão grande, senão maior que a parentalidade biológica, gerando, em muitos casos preocupação e insegurança, pois “la sensación de desconcierto es comprensible, pues se están viendo afectados los sistemas de parentesco y el orden entre generaciones, la unicidade misma de la persona” (RODOTÁ, 2010, p. 31).

Aponta o Código Civil brasileiro, em seu artigo 1593 que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Diz o enunciado 103 do CEJ que:

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 que das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribui com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho. (NEGRÃO *et al*, 2007, p. 433).

Para Dias (2009, p. 27), embora a lei incentive e proteja a família,

Vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O *acasalamento* sempre existiu entre os seres vivos,

seja em decorrência do *instituto de perpetuação da espécie*, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à *solidão*. Tanto é assim que se considera natural a ideia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso (grifo no original).

Em algum momento da história humana o direito instituiu limites para as relações, influenciado por posições religiosas.

De acordo com Ferraz (2010, p. 95),

O casamento acarretava para a filiação uma paternidade jurídica, na medida em que se estabelecia a presunção de que os filhos havidos na constância do casamento eram do casal, desprezando-se a verdade real. O pai, portanto, era o marido da mãe. Tal presunção ocorria por apenas se admitir a procriação no seio do casamento, tanto que aqueles que nascessem de relação extramatrimonial não eram merecedores de proteção e denominados ilegítimos.

A formação de uma família, por escolha de um casal pode dar origem a prole, ressaltando que toda paternidade é afetiva, podendo ser biológica ou não. A paternidade jurídica é imposta por presunção, conforme o artigo 1.597, I a V do atual dispositivo Cível. Há coincidência da paternidade biológica e jurídica quando o companheiro da mãe é de fato o pai da criança (AHMAD, 2010, p. 29).

Desde o início da constitucionalização do direito civil, em especial o direito de família, esta acontecendo importantes mudanças, dentre elas, o que concerne as relações de parentesco que hoje podem ser biológicas ou afetivas, na medida em que valorizou o afeto e a solidariedade como aspectos fundamentais dos núcleos de convivência familiares, em caso de união estável, presume-se a paternidade de convivente (FERRAZ, 2010, p. 97-101).

A afetividade passou a ser elemento constitutivo das famílias a partir do momento que não mais se reconheceu apenas a família formada pelo casamento,

Pai é o que cria, o que dá amor, e genitor é somente o

que gera. Se durante muito tempo por presunção legal ou por falta de conhecimentos científicos confundiam-se essas duas figuras, hoje possível é identifica-las em pessoas distintas (DIAS, 2009, p. 331).

Além de ser natural, o parentesco é um vínculo jurídico, tendo em vista que é estabelecido por lei, tais atos não se constituem ou se desfazem por vontade das partes e a proximidade das relações de parentesco refletem atos jurídicos, como por exemplo, a solidariedade familiar. O parentesco e a afinidade em linha reta são ilimitados e perpétuos (ascendentes e descendentes), mesmo após o fim do casamento ou união estável, já o parentesco colateral é limitado até o quarto grau e a afinidade até o segundo grau (não passa dos cunhados) e termina com o fim do relacionamento, salvo os parentes em linha reta (ex-sogro, ex-enteado) Ao nascer, o indivíduo é inserido numa estrutura familiar, tendo em vista a impossibilidade absoluta do ser humano em sobreviver sozinho, a criança atualmente é tida como sujeito de direitos e como tal deve ser respeitada. O direito tem o importante papel de reconhecer as relações de parentesco, sejam biológicas ou civis, concedendo o poder familiar aos pais ou responsáveis, entretanto, ressalte-se que o planejamento familiar é livre, devendo o ente estatal garantir que todos possam ter acesso, caso queiram, a formar uma família, sendo problema de saúde pública distúrbios de função reprodutiva (DIAS, 2009, p. 313-328).

São consideradas famílias monoparentais aquelas formadas por um dos genitores e o filho, que após a Lei do Divórcio de 1977, começaram a estar mais presentes entre os brasileiros, pode ser oriunda ainda de falecimento do outro cônjuge entre outros, no que cabe a realização de reprodução assistida nesses casos, a denominada reprodução independente, ainda há controvérsia na doutrina, uma vez que a criança, obrigatoriamente nascerá sem um dos genitores. Contrariamente a tal posicionamento Ferraz (2010, p. 85) aponta ser totalmente viável aos interesses da criança advir em um lar onde irá possuir apenas

um dos genitores, desde que este tenha consciência de sua responsabilidade para com seu filho, seja através de adoção unipessoal ou técnicas de reprodução assistida.

Dias (2009, p. 199-200), acredita ser totalmente possível uma mulher solteira se utilizar de técnicas disponíveis no mercado para engravidar, pois “como não lhe é vedado o direito de adotar, nada a impede de gerar filho no próprio ventre. O reconhecimento da igualdade não admite negar a uma mulher o uso de técnicas de procriação assistida somente pelo fato de ser solteira”.

Com a igualdade de direitos trazida pelo texto Constitucional de 1988, não deve haver discriminação quanto à origem dos filhos, sejam biológicos ou jurídicos, e é concedida ao adotado a condição de filho, o registro anterior é cancelado, salvo se o adotado for maior de idade, onde a lei permite apenas a alteração de seu sobrenome. Uma vez reconhecida a filiação, ocorre a averbação da sentença no livro de registro de nascimento e a inclusão do nome do genitor, salvo se, a pedido do investigado, desde que justificado com a ausência de afeto do genitor, podendo continuar com o nome de quem o criou, além da indicação do nome dos avós, (DIAS, 2009, p. 135-136).

Com a possibilidade de relações de afeto pela doutrina e pela jurisprudência, os filhos advindos tanto de reprodução assistida homóloga, quanto heteróloga possuem os mesmos direitos como filhos do casal ou, da pessoa que o idealizou, em caso de reprodução independente, lembrando que nesses casos a pessoa deve estar ciente de todas as relações e responsabilidades advindas com o início do projeto parental.

Quando se está a falar da reprodução homóloga, portanto, coincidem a paternidade socioafetiva com a civil e a biológica e a paternidade pode ser questionada, porém quando se fala de reprodução assistida heteróloga, a paternidade é absoluta, posto que a filiação será civil e socioafetiva e não biológica, seja para ambos os cônjuges ou apenas para um.

4 A AFETIVIDADE E A SOCIOAFETIVIDADE EM REPRODUÇÕES MEDICAMENTE ASSISTIDAS

Conforme dito, a filiação na Idade Clássica nem sempre levava em questão as origens biológicas, durante o predomínio da Igreja Católica, entretanto, a filiação apenas poderia ser oriunda do casamento, ou seja, biológica.

No Brasil, durante a vigência do Código Civil de 1916, o patriarcalismo ainda prevaleceu, onde os filhos havidos fora do casamento não eram reconhecidos pela lei e o pai não era obrigado a arcar com as responsabilidades.

Com o Código Civil de 2002, entretanto, com base na Constituição Federal de 1988, trouxe a isonomia entre os filhos havidos dentro ou fora do casamento.

Novas necessidades sociais, entretanto, fizeram nascer teorias extensivas de filiação, quais sejam a civil, advinda principalmente da adoção e até mesmo a socioafetiva, que tem seu respaldo na existência de vínculos afetivos e de filiação de fato existente principalmente entre menores e os novos cônjuges dos pais após o divórcio ou mesmo em relações onde há filhos, mas não ocorreu o casamento ou a união estável.

Toda a filiação deveria ser socioafetiva, mas isso nem sempre acontece posto que em muitos casos o filho não é desejado e acaba por ser rejeitado.

Tanto a inseminação artificial homóloga quanto a heteróloga ocorrem quando o casal não possui condições para procriar, seja devido a problemas de esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, escassez de espermatozoides, obstrução do colo do útero, doença hereditária entre outros (LOUREIRO, 2009, p. 100).

Quando não há a possibilidade de se utilizar material genético de um dos parceiros e é necessário recorrer a um banco de material genético, ocorre a reprodução assistida heteróloga,

onde a filiação não será a biológica, ao menos para um dos parceiros, mas civil e socioafetiva.

A inseminação artificial homóloga não apresenta muitos problemas, conforme já dito, com relação à parentalidade, uma vez que o Código Civil, em seu artigo 1.597, III prevê serem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação homóloga, mesmo que falecido o marido. Impasses acerca do destino do material genético em caso de divórcio, morte de um dos cônjuges entre outros devem estar expressos e arquivados nas respectivas clínicas antes de iniciar o processo, conforme ressalta Hironaka (2008, p. 319) que aponta ser totalmente possível a inseminação *post mortem*, entretanto, é necessário que haja autorização do marido em vida.

Esse é o entendimento também de Lôbo (2009, p. 201), que aponta que a inseminação homóloga somente poderá utilizar sêmen do marido se este for vivo ou no caso de já haver falecido, se tiver deixado autorização expressa para tanto.

Ressalte-se que deve haver um limite temporal para que o filho oriundo de inseminação ou fertilização *in vitro post mortem* possa suceder, que conforme Dias (2009, p. 334), terá direito a suceder se for deixado pelo varão, expressamente, autorização para a fertilização ou nascer em até dois anos do falecimento. Para a mesma autora, sendo a reprodução homóloga, a autorização para a continuidade do procedimento é dispensável.

A maior parte das legislações europeias veda a inseminação após a morte do cônjuge, uma vez que a criança já é gerada órfã, assim, visa evitar que a mãe tente amenizar sua dor pela perda do companheiro fazendo nascer uma criança fadada a ter a missão de preencher tal vazio (LEITE, 2012, p. 196-199).

Quando o casal, porém, se utiliza da reprodução heteróloga, algumas dúvidas podem surgir, tendo em vista a ausência de lei a respeito, a doutrina aponta que em tal procedimento, a paternidade é absoluta, mesmo após a morte do marido, desde

que previamente autorizado, assim sendo, desde que o cônjuge tenha concordado com o procedimento em vida, a paternidade de filho oriundo do procedimento não poderá ser questionada, uma vez que a paternidade se dará através do afeto e não de forma biológica, ressalte-se que em caso de reprodução heteróloga, o indivíduo possui o direito de conhecer suas origens genéticas, o que, por certo, não acarretará direito à filiação (DIAS, 2009, p. 330).

A reprodução heteróloga, desde que autorizada pelo parceiro, não pode ser questionada, entretanto, nos outros casos é totalmente possível ações que tenham por intuito a negativa de uma paternidade já reconhecida e a dissolução de vínculos, como julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal abaixo:

Processo: EIC 87599420088070003 DF 0008759-94.2008.807.0003

Relator(a): NATANAEL CAETANO

Julgamento: 28/02/2011

Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível

Publicação: 16/03/2011, DJ-e Pág. 28.

Ementa

EMBARGOS INFRINGENTES. CONTESTAÇÃO DE PATERNIDADE. ERRO SUBSTANCIAL. REVOGAÇÃO DO ATO DE RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO. POSSIBILIDADE. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. AUSÊNCIA DE RECIPROCIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. EXTINÇÃO DO VÍNCULO DE PARENTESCO. HAVENDO PROVAS DE QUE O PAI, AO RE CONHECER VOLUNTARIAMENTE O FILHO, NÃO TINHA CONHECIMENTO DA POSSIBILIDADE DE NÃO SER O SEU GENITOR BIOLÓGICO, É ADMISSÍVEL A CONTESTAÇÃO DA PATERNIDADE. O SIMPLES FATO DE HAVER RELAÇÃO DE AFETO ENTRE PAI E FILHO NÃO BIOLÓGICOS NÃO SIGNIFICA A EXISTÊNCIA DE RECIPROCIDADE DE RELAÇÃO SOCIOAFETIVA, REQUISITO ESSENCIAL PARA A MANUTENÇÃO DO VÍNCULO DE PARENTESCO. CASO CONTRÁRIO, APENAS SERIA POSSÍVEL A DESCONSTITUIÇÃO DE PATERNIDADE ENTRE AQUELES QUE NÃO MAIS MANTIVESSEM

LAÇOS DE AFINIDADE³.

A reprodução assistida tanto homóloga quanto heteróloga podem se valer da cessão temporária de útero, desde que respeitados os ditames da Resolução 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina, entretanto, o assunto ainda não está pacificado pelo direito e pode gerar alguns problemas de filiação, parentesco, entre outros, posto que a “mãe” que dá a luz não é a “mãe” biológica ou mesmo aquela que idealizou a criança.

Para se ter um filho é necessário que haja a plena consciência acerca dos deveres que tal situação irão trazer, a fim de que a paternidade ou a maternidade não sejam um carma mas sim a realização de um sonho e possa ser exercido em plenitude.

CONCLUSÃO

Embora a legislação brasileira seja uma das mais avançadas do mundo, ainda existem muitas questões que não estão pacificadas, como as referentes à reprodução assistida e em caso de divergência, as referentes à filiação.

Por certo é que a filiação socioafetiva deveria existir em todo e qualquer lar e família, entretanto nem sempre isso acontece, seja por falta de estrutura, planejamento ou mesmo carinho, amor e afeto.

As relações humanas são amplamente compostas de sentimentos e quando estes significarem laços deve prevalecer em detrimento de parentesco meramente biológico. Tanto a criança quanto o pai ou a mãe socioafetiva devem ter o direito de amar, cuidar, zelar um do outro com a certeza de que o vínculo será reconhecido, assim como os direitos e deveres oriundos da filiação.

A filiação tenha vindo através de origem biológica, civil

³ Inteiro teor: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18430241/eic-eic-87599420088070003-df-0008759-9420088070003-tjdf>, acessado dia 30.03.2013.

ou socioafetiva, não importa, o que realmente importa é que haja o sentimento de família, união, cuidado, seja uma família tradicional, recomposta, homoafetiva, monoparental, pluriparental, enfim, todas merecem proteção e reconhecimento do Estado e do Direito a fim de efetivar cada dia mais a justiça e a dignidade humana no país.



BIBLIOGRAFIA

AHMAD, Roseli Borin Ramadan. Identidade genética e exame de DNA. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

ALVES, Jones Figueirêdo. A maternidade limitada. In: IBDFAM. Disponível em: www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/883#, acessado dia 10.06.2013.

BRASIL. Constituição Federal: de 05 de outubro de 1988. Vademecum compacto: Obra Coletiva. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Vademecum compacto: Obra Coletiva. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei 11.105 de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de

1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm, acessado dia 20.07.2012.

_____. PROJETO DE LEI nº 1135 de 28 de maio de 2003.

Autoria Dr. Pinotti e outros. Dispõe sobre a reprodução humana assistida. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117461>, acessado dia 16.04.2013.

_____. PROJETO DE LEI nº 1184 de 03 de junho de 2003.

Autoria Senador Lucio Alcantara. Dispõe sobre a reprodução humana assistida. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>, acessado dia 16.04.2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/2013. (Publicada no D.O.U. de 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119). Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf, acessado dia 14.05.2013.

COULANGES, Fustel. A cidade antiga. Frederico Ozanam Pessoa de Barros (tradução). São Paulo: Edameris, 2006.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 7. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: 2010.

FERRAZ, Anna Claudia Brandão de Barros Correia. Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações

- de família. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- GRISARD FILHO, Waldir. Famílias reconstituídas – novas uniões depois da separação. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de bioética e biodireito. São Paulo: Atlas, 2010.
- MONTEIRO, Mariana -a. Sus não é obrigado a pagar reprodução assistida, mas projetos podem mudar isso. In: Agência Câmara Notícias – 03.01.2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/433729-SUS-NAO-E-OBRIGADO-A-PAGAR-REPRODUCAO-ASSISTIDA,-MAS-PROJETOS-PODEM-MUDAR-ISSO.html>, acessado dia 08.04.2013.
- _____. -c.Falta de normas sobre reprodução assistida levou a crimes como os de Roger Abdelmassih. In: Agência Câmara Notícias – 03.01.2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/433724-FALTA-DE-NORMAS-SOBRE-REPRODUCAO-ASSISTIDA-LEVOU-A-CRIMES-COMO-OS-DE-ROGER-ABDELMASSIH.html>, acessado dia 08.04.2013.
- NEGRÃO, Theotonio *et al.* Código Civil e legislação civil em vigor. 26 ed. atual. até 16 de janeiro de 2007. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RIEZO, Fernão Barbosa. Família e sucessões. Petrópolis/RJ: Vale do Mogi Editora, 2011.
- RODOTÁ, Stefano. La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho. Tradução de Andrea Greppi. Madrid: Trotta S/A, 2010.