

COORDENAÇÃO

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka
Flávio Tartuce
José Fernando Simão

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

TEMAS ATUAIS



SÃO PAULO

RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Editoriale Scientifica, 2007.

———. *Repertorio di fine secolo*. Roma-Bari: Laterza, 1992.

STANZIONE, Pasquale. *Tutela di soggetti "deboli"*. Milano: San Paolo, 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Autoridade parental*. In: RIBEIRO, Gustavo; Pereira Leite;

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Manual de direito das famílias e sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey/Mandamentos, 2008. p. 251-273.

———. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Sites consultados:

LEONE, Claudio. *A criança, o adolescente e a autonomia*. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/revista/biot/v6/c/criaadol.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2009.

Direitos da Criança e do Adolescente Hospitalizados (Resolução Conanda 41, de 17.10.1995). Disponível em: <http://www.oncologiapediatria.org/index.php?site/ver_artigo/171>. Acesso em: 15 fev. 2009.

A entrevista do médico de Ashley, justificando as razões para a cirurgia, bem como para a supressão dos seus direitos procriativos e à integridade física Disponível em: <http://www.cm.com/2007/HEALTH/01/11/ashley_cirurgia/index.html?ref=rs_lates>. Acesso em: 29 mar. 2007.



PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E RELAÇÃO DE PATERNIDADE

José de Oliveira Ascensão

Sumário: 1. A base biológica da lei e a crise – 2. A dissociação de filiação e derivação biológica – 3. A destinação de embriões a pesquisa ou terapia – 4. A PMA homóloga – 5. A inseminação heteróloga – 6. A gestação para outrem – 7. A derivação genética como critério necessário mas não suficiente – 8. Direito ao conhecimento da proveniência genética? – 9. A desmontagem da paternidade societativa – 10. O equilíbrio a prosseguir.

1. A BASE BIOLÓGICA DA LEI E A CRISE

Até meados do século passado, o estabelecimento do vínculo de filiação era linear. Fundava-se nesta tripla base:

- relação sexual (coito)
- fecundação (singamia)
- gestação pela mulher culminando com o nascimento (dar à luz) com vida do novo ser¹.

A relação jurídica de filiação era moldada sobre estes pressupostos. Eram necessários, mas podiam não ser suficientes. Ou por questões de prova, ou por negação por parte da ordem jurídica do reconhecimento do vínculo. Abstrairmos destas situações, que não constituem o tema de pesquisa.

¹ Só casos altamente anômalos poderiam escapar a este trajeto, como na hipótese de o sêmen penetrar casualmente no útero da mulher, sem ter havido relação sexual.

A paternidade não carrega de ser intencional ou desejada. Mesmo em caso de violação o ato sexual bastava para fundar a paternidade, porque o coito determinava a responsabilidade.

O estabelecimento do vínculo de filiação tinha como sequência mínima:

- a constituição de relações de parentesco e afinidade
- a proibição do incesto e, em geral, dos impedimentos de casamento
- o dever de alimentos

A procriação medicamente assistida põe em crise este quadro.

Não tanto a procriação assistida homóloga, portanto aquela em que os gametas provêm do casal. Esta dispensa o coito, mas não dispensa a utilização pré-ordenada de gametas do casal. Isso pode fazer-se pela inseminação assistida da mulher, pela injeção intrioctoplasmática ou quaisquer outras modalidades que se entendam. Em qualquer caso, segue-se o processo de gestação em termos naturais, embora assistidos.

Nem sequer quando se chegou aos bebês-proveta a situação se altera substancialmente. E menos natural, porque a fecundação não se processa mais no útero, mas não teria verosimilhança negar com esse fundamento a filiação ao ser que daí derivasse.

Mas o processo trazia já consigo o fermento revolucionário. Se é possível operar a singamia *in vitro* com os gametas do casal, também o será com espermatozoides de terceiro. E do mesmo modo poderá fazer-se com óvulos de outra mulher, que não é aquela a quem o novo ser se destina.

Isto provoca uma mudança de plano essencial. Biologicamente, o genitor (e mais tarde a genitora) será quem fornece esse material genético. Mas são juridicamente os pais? Taria as maiores dificuldades transpor o vínculo de paternidade para um mero dador de gametas, em virtude da mera derivação biológica.

De fato, o mero dador estará divorciado de qualquer projeto de paternidade. É até normalmente um mercenário, embora as leis preñam um silêncio cúmplice neste domínio. Se os dadores fossem juridicamente os pais, surgiria imediatamente o inconveniente da intromissão do dador na família de destino; como surgiria o inconveniente de se atribuírem logo ao dador responsabilidades, antes de mais por alimentos, quando ele está espiritualmente divorciado daquela procriação.

A necessidade de arredar o mero dador levou a falar-se em *desbiologização da paternidade*: ficou particularmente conhecido o estudo que João Baptista Villela publicou sobre este tema². A tendência é naturalmente a de procurar desligar a

filiação do processo biológico. Não porque este não seja normal, mas porque não seria suficiente.

Porém, com isto entrava-se em conflito com a lei. O Código Civil (1916) tinha o elemento biológico como a base da filiação: o que era natural, porque ao tempo da aprovação não se conhecia outro processo. Uma vez porém confrontados agora com esta discrepância, como proceder?

2. A DISSOCIAÇÃO DE FILIAÇÃO E DERIVAÇÃO BIOLÓGICA

A lei não tem correspondido à gravidade da questão. Só lentamente surgem referências legais.

Abordando esta temática, fazemos três prevenções fundamentais:

1. À disciplina da filiação deve fazer-se supondo meras realidades de fato. Não depende da licitude da causa e ainda menos do caráter ético desta. É preciso determinar qual a filiação de todo o novo ser, ainda que provenha de incesto ou qualquer outra relação proibida. Não se trata de relativismo, mas de distinção dos planos de análise, o fático e o normativo.

Por isso, seria abusivo retirar da solução dada a uma situação concreta — seja essa solução legal, jurisprudencial ou outra — qualquer inferência quanto à licitude da causa, e muito menos da conformidade desta aos bons costumes.

2. O Código Civil atual (de 2002) contém um preceito fundamental para esta matéria: o art. 1597. Mas há que ter consciência que o objetivo deste não é qualificar diretamente a filiação, mas sim estabelecer a presunção de quais os filhos de mulher casada que se presumem concebidos na constância do casamento. Daí resultaria a presunção de provirem do casal.

O preceito não dá pois diretamente o critério da filiação que se busca. Esse terá de ser procurado relacionando muitos preceitos, só do conjunto deles podendo resultar a resposta quanto à determinação da filiação³.

3. Limitamo-nos a considerar a figura paradigmática do casamento, que é a versada no Código Civil. Até que ponto será extensivo quanto dissermos a outras figuras (está em causa a união de fato) traz problemas diferentes, que não nos propomos abordar.

² Na "Revista Forense", vol. 271, ano 76, julho-setembro 80, 45-51.

³ Na lei portuguesa encontramos uma situação semelhante no art. 1839/3 CC. Dispõe que não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu. Também aí a finalidade não é diretamente dar o critério de filiação, mas sim regular a posição dos cônjuges perante a criança nascida. O preceito presta-se a entendimentos diversos e a conclusão depende já de elementos posteriores, nomeadamente da lei da procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/06, de 26 de julho). Seria deslocado avançar por esse caminho agora. Retenemos em todo o caso para o nosso *A Lei n.º 32/06 sobre Procriação Medicamente Assistida*, in ROA, ano 67-III, Dez/07, 977-1006.

Consideremos com estas bases a hipótese da fecundação *in vitro*.

Se os gametas são do casal, dissemos já que a situação resultante das leis anteriores não é fundamentalmente alterada. O Código Civil reforçou este entendimento, ao dispor que se presume concebidos na constância do casamento os filhos "havidos por fecundação artificial homóloga". Acrescentou: "mesmo que falecido o marido"⁴.

E se os espermatozoides provêm de um dador?

Este não tem, pressupõe-se, projeto de paternidade. Não tem também a responsabilidade derivada do ato sexual, cujo significado intrínseco compromete a pessoa.

Mas então, começa a desenhar-se um novo quadro.

O código assentou no biologismo, mas com base nas circunstâncias da época⁵. Mas a lei não pode aceitar que um mero fornecedor de material biológico, desligado de qualquer projeto de paternidade, ocupe a posição de pai. Melhor o vemos adiante.

No caso mais comum da dação de espermatozoides, o mero dador não tem título nem responsabilidade paternais.

Se a criança que nasce não lhe pode ser atribuída, qual é então a situação parental?

Se a inseminação ou fecundação assistidas forem realizadas para mulher solteira, que dá à luz, a criança nasce em situação monoparental. Não tem pai, juridicamente.

Suponhamos agora que a mulher é casada. O art. 1597 V dispõe que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos "havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido".

Quer dizer pois que nestes casos, embora biologicamente não haja derivação do marido, o filho se presume concebido na constância do casamento. A lei "criaria" por via do consentimento uma base para uma paternidade do marido que não exista.

A situação complica-se se supusermos que o óvulo não é da mulher, mas duma dadora, sendo fecundado *in vitro* e o embrião introduzido depois no útero da mulher a quem se destina.

⁴ E se a mulher se sujeitar a inseminação artificial com sêmen do marido mas sem autorização dele? Independentemente da análise de outros eventuais efeitos sobre o casamento, o filho deverá presumir-se nascido na constância do casamento: o dissídio resolver-se-á pela prova do ADN. Reforça-se a ideia que a lei não regula diretamente a filiação, mas em primeiro plano o efeito sobre o casamento da gestação pela mulher.

⁵ Mesmo no que respeita ao Código Civil, infelizmente, que é de 2002 mas corresponde a um projeto que remonta ao início dos anos 70 do século passado.

Biologicamente, a mãe é a dadora. Mas as mesmas razões que nos levaram a afastar o mero dador de espermatozoides funcionam aqui. Quem dá apenas material biológico, sem projeto de paternidade, não entra na relação jurídica de filiação.

A hipótese pode complicar-se mais. Pode ainda a gestação ser de terceira mulher. Temos então a chamada "mãe de substituição" ou, popularmente, "barriga de aluguer". Pessoalmente consideramos mais correto falar simplesmente de *gestação para outrem*.

Vemos depois os problemas que se suscitam. Mas torna-se claro que se rompeu com a visão do CC de 1916. A gestante pode não ser a mãe biológica, e a mãe de destino ou mãe social pode não ser nem uma nem outra.

Entre tantas mães, quem é a mãe, afinal?

3. A DESTINAÇÃO DE EMBRIÕES A PESQUISA OU TERAPIA

O Código Civil não é a única fonte a que recorrer.

A Constituição de 1988 não entrou na matéria. Exclui a discriminação entre filhos, incluindo os adotados (art. 227 § 6), mas não entra na PMA nem dá critérios de filiação.

A matéria foi tratada na Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n.º 1358/92, de 11 de novembro.

Não se trata de uma lei, mas dá orientações à prática. Tem alguns cuidados éticos mas alarga muito o âmbito da PMA.

Não exige a destinação a um casal; basta-se com que uma mulher o peça (II 1). Isto significa que não coloca em primeiro plano o interesse do filho a gerar, cujo desenvolvimento requeria um ambiente bi-parental.

Refere a autorização do marido ou do companheiro se o houver (II 2), o que os assimila.

A mesma identificação se verifica quanto ao destino a dar aos embriões criopreservados (V 3).

Não traduz o enquadramento familiar que subjaz à Constituição.

A matéria veio a ser tratada mais recentemente na Lei n.º 111105, de 24 de março de 2005, a chamada Lei da Biosegurança⁶.

Não podemos deixar de estranhar imediatamente a colocação da matéria. É numa lei que se destina a regular organismos geneticamente modificados (veja-se logo o art. 1) que uma matéria de tão grande densidade humana é prevista! Aproveitou-se assim uma lei sobre transgênicos para liberar a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia.

⁶ Foi regulamentada pelo Decreto n.º 5591, de 22 de novembro de 2005.

Essas células são definidas no art. 3 XI pela sua característica de células totipotentes – têm a capacidade de se transformar em quaisquer células de um organismo. A sua utilização é permitida, com os condicionamentos estabelecidos no art. 5.

O objeto é limitado às células-tronco provenientes de embriões produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados para fins de reprodução humana. Destes, só se aplica aos embriões inviáveis (art. 5 I) e aos criopreservados à data da publicação da lei, desde que o estejam há pelo menos três anos ou se atinjam três anos após essa publicação⁷.

O § 1.º dispõe ainda: “Em qualquer caso, é indispensável o consentimento dos genitores”.

Também este preceito cria dificuldades de interpretação.

Quem são os genitores? Parece que não está aqui em causa o vínculo de filiação jurídica, colocado em relação ao embrião, mas apenas a derivação biológica.

Usa-se o plural, *genitores*. Significará que se prevê que o embrião deva provir necessariamente de um casal a quem se destina? Portanto, de PMA homóloga? A ser assim, a Lei n.º 11.105 ter-se-ia afastado da Resolução do CFM de 1992, que como vimos admitia o uso das técnicas de PMA para destino do embrião a uma pessoa só.

Mas também se pode entender que se usa *genitores* como gênero, quer dizer, todos aqueles que concorrem com material genético, sejam ou não o casal de destino. Abrangeria assim como genitor o dador de material genético, normalmente o mero fornecedor de espermatozoides.

Isto levaria contudo a consequências absurdas. A destinação a terapia ou pesquisa estaria dependente do mero dador de material genético, portanto de quem apenas fornece material sem nenhum projeto de paternidade. Mas este é completamente alheio ao ser que resulte da dação. Seria inconcebível que a lei considerasse determinante no processo alguém que está totalmente afastado da

⁷ Com isto se cria um problema de aplicação da lei no tempo. Pelo valor facial do preceito, a lei só se aplicaria aos embriões congelados à data da publicação da lei e não aos que o viessem a ser de futuro. O que significaria que os congelados a partir de 24 de março de 2005 não poderiam ser utilizados para pesquisa ou terapia, por falta de autorização legal. Ignoro que haja lei posterior que tenha vindo estender esse prazo. Passaram já três anos sobre a publicação da lei: significa isto que só está a ser utilizada a reserva de embriões já existente à data da publicação da lei? Ou será antes uma maneira (hipócrita?) de amaciar a repercussão social da lei, apresentando-a como destinada a resolver a situação dos embriões já formados mas excluindo a perpetuação do sistema? Decreto que a prática não se conformaria com o esgotamento do material disponível, agora que o processo surge autorizado. Há ainda que ter em conta o fato de o Supremo Tribunal Federal ter entretanto julgado improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3570, de 16 de maio de 2005, intentada pelo Procurador-Geral da República, visando a declaração de inconstitucionalidade deste art. 5.

criança que venha a ser gerada – e que está até tendencialmente em situação de anônimo, aliás recíproco.

Repare-se que a Lei n.º 11.105 é de 2005, portanto posterior ao Código Civil, pelo que o processo fica colocado sob a égide dos vínculos de filiação consagrados por este.

Pelo que consideramos o art. 5 § 1.º mais uma infelicidade da lei. O único sentido admissível é o de os genitores serem, ou o casal de destino na PMA homóloga, ou o elemento deste que fornece gametas para o processo, na PMA heteróloga.

A previsão tem um mérito: prevê a destinação a terapia. Leis de outros países referem apenas a destinação a pesquisa, quando é óbvio que o grande interesse motivador do processo é o das clínicas que aplicam estes procedimentos. Qualquer que seja o nosso juízo sobre tais utilizações do embrião humano, ao menos aqui não se esconde a verdade.

4. A PMA HOMÓLOGA

Com estes elementos, retomemos o art. 1.597 do Código Civil, começando pela PMA homóloga. Sabemos já que a esta respeitam os inc. III e IV.

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos... [concebidos pela mulher, supõe-se] “havidos por fecundação artificial homóloga, desde que falecido o marido” (inc. III). Recorde-se que se regula o efeito do fato nascimento, não a licitude dos processos. Por isso, mesmo a procriação que resulte de violência sobre a mulher, por exemplo, está compreendida. Seja ou não ilícito o ato, é necessário regular a filiação, atendendo primordialmente aos interesses do novo ser.

Isto aplica-se ainda à parte final do preceito: “mesmo que falecido o marido”.

Interpretando a frase, nenhum problema se suscita se a procriação assistida for realizada em vida do marido mas este falecer antes do nascimento do filho.

Mas poderá a fecundação realizar-se após a morte do marido, utilizando sêmen congelado deste?⁸

Entra-se aqui numa zona perigosamente problemática. Esta-se “produzindo” conscientemente um novo ser que nunca terá a possibilidade de um ambiente bipa-

⁸ Afirmou-se que, após falecido o marido, a inseminação ou implantação só poderia realizar-se com consentimento escrito deste. Não vemos base, porque há o princípio da liberdade de forma. A interrogação que poderia colocar-se seria antes para o caso de haver manifestação em contrário do marido, contra essa prática após a morte. Mas a questão não afeta a que examinamos, que é a do estabelecimento do vínculo de filiação. Ainda que contra a vontade do marido, o filho presume-se concebido na constância do matrimônio, sempre que houver PMA homóloga.

rental, ficando assim de fora do que é normal na formação humana. Os interesses da mãe prevalecem assim sobre o interesse do ser que ela concebe.

E mais: que limite temporal haverá para o nascimento desse ser? Pode nascer décadas depois?

É claro que há limites naturais. Estes são neste caso dois:

- a possibilidade de conservação sem perda de potencialidade do sêmen criopreservado
- a capacidade de gerar da mulher

Recorde-se que neste caso, como a PMA é homóloga, não há intervenção de estranhos.

O art. 1.597, falando em “filhos”, omite o sujeito, mas estes respeitam necessariamente à mulher.

Mesmo com estes limites, o nascimento poderia verificar-se muitos anos depois. Veremos mais tarde quais as consequências do fato.

Apenas notamos o paradoxo em que incorre esta previsão. Presume-se concebido na constância do casamento o filho... só concebido após a dissolução deste! Não será isto que dita a previsão abaixo, mas pode gerar outros problemas. Nomeadamente o de saber se a presunção é relativa ou *in iure*, ao menos neste caso. É questão em que não entramos.

Nova situação é contemplada no inc. IV. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos “havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”.

Dá-se aqui um passo mais. Prevê-se expressamente uma situação que, à luz do inc. III, seria ainda contestável¹⁰: a haver embriões criopreservados, que só são implantados após o falecimento do marido.

“A qualquer tempo” abrange qualquer número de anos, mesmo após o falecimento do marido. Só sofre as limitações fáticas que enunciámos já para o inc. III: a manutenção de viabilidade do embrião e a da capacidade de gerar da mulher. Esse período vai sempre em aumento, por efeito da técnica, no que respeita à não degenerescência do embrião.

Subjacente a esta previsão deverá estar a intenção protetora do embrião, que é vida humana e não apenas gámetas isolado. Pelo contrário, as objeções resultantes da ausência forçosa de perspetiva de educação biparental mantêm-se. Admitimos que neste caso prevalece eticamente a defesa da vida já formada sobre a ausência certa da intervenção biparental na formação do novo ser: a ética aplica-se em concreto.

⁹ De fato, a não haver o n.º 4, discutir-se-ia se esta hipótese caberia ou não no inc. III.

Um ponto problemático está na qualificação dos embriões a que o inc. IV se refere como *excedentários*. Embriões excedentários são os que, tendo sido formados para implantação, por qualquer motivo não o chegaram a ser. Mas então, como regular a hipótese de o embrião ter sido formado já originariamente para ser deixado para implantação pós-morte, por opção do casal?

Ter-se-á a lei deixado impressionar pelo repúdio ético de semelhante prática, pelo que representa de vontade individual de perpetuação, que se sobrepe aos interesses do novo ser?

Se assim aconteceu, o legislador esqueceu-se do objetivo deste preceito, que é o de regular o fato do nascimento na constância do casamento e não o de estabelecer a licitude do processo.

Mas nesta hipótese a derivação do casal não pode ser posta em dúvida – incluindo portanto a derivação do membro já falecido. Há já nessa altura um novo ser, cujo genoma está definitivamente formado. Esse ser deriva sem dúvida do casal.

Outro lugar do Código Civil reforça-nos neste entendimento. O art. 1.798 legitima a suceder as pessoas nascidas ou *já concebidas* no momento da abertura da sucessão. Essas pessoas intervem nomeadamente na sucessão legítima em relação ao *de cuius* – como filhos deste. Portanto, nunca se poderia negar aqui o vínculo de filiação. Cai aliás na previsão exata do art. 1.597, porque o novo ser foi realmente concebido na constância do casamento, embora só implantado após a dissolução deste.

Isto não significa que a hipótese de um ser que derivasse biologicamente do *de cuius* mas nascesse muito tempo depois não suscite problemas graves, quer familiares quer sucessórios. É matéria que referimos noutros lugares e não retomaremos agora¹⁰.

5. A INSEMINAÇÃO HETERÓLOGA

O art. 1597 CC, no inc. V, inclui ainda na presunção de serem concebidos na constância do casamento os filhos “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”. Curiosamente, omite o sujeito: a mulher. Mas são os filhos havidos pela mulher casada¹¹.

¹⁰ Cf. nomeadamente, para o Direito português, o nosso *Procriação Assistida e Direito*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Pedro Soares Martinez, vol. I, Almedina, 2000, 645-676, n.os 26 e segs.

¹¹ Houve quem estranhasse também que se usasse *autorização* em vez de *consentimento*. Veja-se Eduardo de Oliveira Leite, *Bioética e presunção de paternidade (considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil)*, in “Bioética e Biodireito”, coord. do próprio, Ed. Forense, 2004, 17 e segs. (30).

Esta figura é a que traz o problema ético mais gravoso. A PMA heteróloga representa uma manipulação das fontes da vida que se afigura inaceitável, gerando grandes conflitos existenciais. Quando em seu lugar é eticamente muito mais valiosa a adoção, particularmente num país como o Brasil, em que há tantas crianças abandonadas que poderiam ser assim resgatadas para o amor familiar.

Em resposta a estas críticas pode porém opor-se a nossa própria observação, que o art. 1.597 CC se preocupa apenas com o fato nascimento a partir de mulher casada e a determinação do vínculo jurídico correspondente e não implica a admissão nem a qualificação como lícitos dos fatos que possam estar na origem deste.

O efeito sobre a constituição do vínculo de filiação parece em todo o caso ser legal e não negocial.

Do confronto do inc. V com os anteriores resulta que não se prevê, em caso de PMA heteróloga, uma modalidade correspondente à da PMA homóloga prevista no inc. IV. Não se declara assim nascido na constância do casamento o filho havido da mulher por introdução de embrião resultante de fertilização *in vitro* com espermatozoides alheios. A autorização do marido não permitiria a presunção de ter sido concebido na constância do matrimônio, logo de provir do casal.

Também não se prevê que a inseminação ou a introdução do embrião, executados a partir de sêmen do dador, possam ocorrer após a morte do marido, com sêmen ou embriões criopreservados, mas resultantes da intervenção dum dador de espermatozoides.

Esta é a posição textual da lei. Pode porém pôr-se em causa se esta posição textual representa a posição definitivamente adotada. Se na base da posição legal estiver o repúdio pela lei dessas práticas, pode perguntar-se se se justifica fazer recair as consequências da anomalia sobre o novo ser.

Nestes casos, a autorização do marido dada em vida, seja ou não para produzir efeitos depois da morte, é ineficaz. Poderão estar na origem da regra considerações de prudência, prevenindo anomalias atribuições de paternidade por alegado consentimento anterior, mas na realidade não cobertas por este. Não se vê que a lei da biossegurança tenha alterado de qualquer modo este quadro.

Porém, se considerarmos esta problemática não pelo prisma do contrato mas pelo da atribuição do *status familiar* ao novo ser, podemos concluir que a omissão da referência não exclui que a base da lei continue a ser biológica. Quer dizer: se houver acordo do casal e gestação pela mulher, com gametas de um dos cônjuges, haveria analogia suficiente, por confronto com o inc. V, para considerar que, mesmo que tenha havido procedimentos considerados anômalos, o ser resultante é do casal — através do viés muito lato e impreciso do “nascido na constância do casamento”.

6. A GESTAÇÃO PARA OUTREM

Se o embrião pode ser formado *in vitro*, seja por fecundação homóloga ou heteróloga e introduzido seguidamente no útero da mulher a quem se destina, que cumprirá a gestação, também pode ser introduzido no útero de outra mulher para que seja esta a dar à luz. A este procedimento se dão várias designações, de “maternidade de substituição” ao popular “barriga de aluguer”. Pensamos ser mais exato designar *gestação para outrem*. Intrinsecamente incorreto é falar de “venda de útero temporária” ou mesmo de “aluguer de útero”.

A complexidade é grande e aumenta ainda se considerarmos a possibilidade de o óvulo utilizado provir de terceira mulher e não da mulher a quem se destina. Já tivemos oportunidade de contestar ao grito provocatório “Mãe, há só duas!”¹² que “mãe, há só três!”. Temos:

- a mãe biológica, dadora do óvulo
- a mãe gestante, que irá dar à luz
- a mãe social ou de destino, portanto a mulher (casada ou não) a quem a criança se destina.

Mas afinal de contas, quem é verdadeiramente mãe?

Antes da emergência destas técnicas não se suscitava nenhuma dificuldade na determinação da mãe: mãe era quem dava à luz, porque não havia alternativa. Quem dava à luz era necessariamente a mãe biológica. Poderia uma mulher celebrar contratos de gestação para outrem, mas esses contratos padeciam de nulidade por ofensa aos bons costumes. Por isso era incontestável o aforisma: *mater semper certa est*. O pai é que era incerto.

De certo modo deu-se uma inversão. O pai passou a ser certo, ou certificável, por meio do exame do DNA. Mas a mãe terá de ser determinada. Não obstante, o critério dominante continuou a ser o da concepção.

Vamos distinguir hipóteses:

I — É a mãe de destino quem fornece o óvulo

A Lei portuguesa n.º 32/06, sobre PMA, consagra a orientação dominante, ao estabelecer que na “maternidade de substituição” a gestante é sempre considerada a mãe da criança — portanto, mesmo quando o material genético é da mulher a quem a criança se destinava por contrato de gestação. A lei cederá ao peso da tradição, que todavia só resultava de circunstâncias passadas; e incorre

¹² Título de um livro de Guilherme de Oliveira, em que *uma* aparece riscado para ser substituído por *duas*: Coimbra Editora, 1992. Complementamos amigavelmente com a referência à terceira “mãe”.

noutro vício mais grave, a nosso parecer, pois atribui a maternidade a título de sanção, para dissuadir da prática destes negócios. É muito grave: a filiação deve ser determinada no interesse da criança, nunca como sanção dum comportamento que a lei reprovava.

Como pensar no Brasil? Na normalidade dos casos, pelo menos, a mulher que celebra o contrato de gestação é uma mercenária. Recebe o embrião para adimplir um contrato mas não tem nenhum projeto de maternidade. Está assim em posição análoga à do mero fornecedor de espermatozoides, na PMA heteróloga.

Conseqüentemente, aplica-se o princípio geral. A derivação biológica marca a **maternidade**. A mãe é a pessoa que forneceu o óvulo e a quem a criança se destinava.

O caráter artificial deste procedimento gera com frequência litígios. A gestante tende a afeiçoar-se ao ser que sente crescer dentro de si. E chegado ao fim, recusa-se a entregar a criança.

Mas o mais grave, que mostra como nos estamos a afastar da natureza, está em que, em derradeira análise, tudo depende de a criança nascer sã ou com defeitos. Se nasce sã, gera-se a disputa; se nasce com defeitos, ninguém a quer! Isto mostra uma vez mais que nem tudo o que é tecnicamente possível é eticamente admissível.

Em termos jurídicos, não temos dúvida na resposta: a mãe é, apenas, a mãe biológica. Ela pode exigir a entrega da criança, judicialmente se necessário for: o contrato de gestação é nulo e a verdade biológica vem ao de cima.

Mas a maternidade traz também os encargos. É obrigada a acolher a criança defeituosa, como filho seu. Tudo isto se resolve nos termos do Direito da Família e não nos do Direito das Obrigações.

II - O embrião é formado por espermatozoides do marido mas por gametas de outra mulher, que não a do casal de destino

Esta não é mãe; e a fornecedora do óvulo também o não será, se não se inserir num projeto de maternidade¹³.

Mas o marido tem a paternidade e, nessa condição, poderá nos termos gerais exigir a entrega da criança.

III - O embrião é formado com gametas de outras pessoas, não do casal
Esta é a hipótese mais difícil.

Examinamo-lo no número seguinte, ao fazer a síntese do material apurado.

7. A DERIVAÇÃO GENÉTICA COMO CRITÉRIO NECESSÁRIO MAS NÃO SUFICIENTE

Em síntese, pode-se concluir:

Até ao século XX o vínculo de filiação resultava da cadeia cumulativa de: relação sexual + fecundação (com derivação biológica) + gestação culminando com o nascimento com vida dum ser caracterizado pela derivação biológica de um casal.

1. A PMA torna a relação sexual dispensável.

A PMA em mulher isolada (portanto, não como membro de casal) não suscita problema por si. A mãe é essa mulher, o pai não será o dador se este não tiver projeto de paternidade.

2. Daqui deriva logo outra consequência: pode haver derivação biológica e não haver vínculo de filiação.

3. Tratando-se de um casal, a PMA heteróloga afasta a necessidade da derivação biológica do marido.

Isto para a finalidade específica de atribuição do novo nato ao casal, mediante a presunção de nascido na constância do matrimônio. A lei não regula pois diretamente a filiação, mas a atribuição ao casal. É todavia, como veremos, uma - nova modalidade de filiação.

A autorização ou consentimento do marido condiciona a atribuição ao casal. Nem o marido nem depois o filho poderão pôr em causa esse efeito. O filho não tem pois um poder determinante absoluto, no sentido de fazer reconhecer a filiação biológica. Nada na lei o sustentaria.

4. A gestação por outra mulher afasta a necessidade de gestação pela mulher (do casal), única contemplada no art. 1597. Mas não afasta a presunção de que o filho é nascido na constância do casamento, se o embrião é formado por gametas do casal.

O grande elemento novo, em todos estes casos, está em a derivação biológica deixar de ser determinante constante e absoluta. A relação de filiação pode formar-se sem este elemento. Mas ficam por traçar as fronteiras dos casos de filiação não biológica admitidos.

A lei, porém, apenas prevê essa quebra da derivação em relação ao pai, e não em relação à mãe. Os casos que prevê são sempre de filhos nascidos (da mulher) na constância do casamento.

Com isto, ficam por qualificar situações difíceis.

Tínhamos deparado atrás com a situação de, com consentimento do marido, uma mulher ser a dadora de óvulos, outra a gestante, outra a mulher do casal como a pessoa a quem a criança se destina. Neste caso, quem é mãe?

¹³ Criam-se dificuldades de distinção de hipóteses, quando a mulher não pertence ao casal mas se integra num projeto global de maternidade. Não podemos examiná-las aqui.

Pessoalmente, pensamos que há três "mães", mas juridicamente não há mãe nenhuma.

A destinação social não é critério de filiação. Os contratos celebrados são nulos, porque se não pode dispor do estado das pessoas e tiram contra os bons costumes. A "mãe social" nenhuns direitos tem: se algo puder reclamar, nunca será com base no Direito da Família.

A "mãe biológica", sendo nesta hipótese uma mera dadora de material genético, sem projeto de maternidade, não tem direito nenhum.

A "mãe gestante" não tem direito, como também não tem obrigações. O contrato é nulo. Deverá levar a gravidez até ao fim mas dela não derivará um vínculo de filiação.

Chegamos assim à conclusão paradoxal que nestas manipulações intervêm três "mães" - mas afinal de contas traz-se à vida uma criança que não tem mãe nenhuma!

Como se resolverá então a situação? Já dissemos que não é pelo Direito da Família. Era bom que a lei desse uma ajuda. Mas por que caminho, está fora do âmbito desta pesquisa.

Outra hipótese duvidosa é a de ter sido implantado no útero da mulher (do casal) embrião formado por gametas do marido e de outra mulher, tudo por acordo do casal. Poder-se-á dizer que o novo ser é nascido "na constância do matrimônio"?

O art. 1597 não prevê a situação. Mas também não se apresenta como taxativo. Haverá então que verificar se pode ainda ser integrado por analogia nesta previsão.

Não devemos antepor um juízo ético. Pensamos que estas manipulações são eticamente reprováveis, mesmo quando se realizam para satisfazer na medida do possível o desejo em si nobre de procriação. Mas como sempre temos insistido, o art. 1597 contempla fatos, não os valores eticamente, e apenas retira deles conseqüências para efeitos de atribuição de vínculos de paternidade.

O art. 1597 V considera como nascidos na constância do matrimônio sempre filhos gerados da mulher (do casal), ainda que com recurso a gametas de pessoa estranha ao casal, desde que com consentimento do marido. Esta base mínima verifica-se também neste caso. O embrião implantado na mulher tem gametas do marido e de uma terceira e a gestante é a mulher. Há base de analogia suficiente. Sobretudo considerando que o objetivo primário é corresponder ao interesse do novo ser e esse interesse é o de ser integrado num lar que, mesmo que por vias tortuosas, o deseje.

Já a mesma solução não é aplicável em hipótese de mulher sozinha que per- faz a gestação de um embrião formado por gametas alheios. Não se cria vínculo

de filiação, porque a gestação por si não é critério bastante, mesmo que acresça projeto de paternidade.

Poderá porém haver, neste e noutros casos, a adoção, que conduz a resultado semelhante. Seria também possível que se prevísse a adoção uterina, que preveniria precocemente problemas que possam sobrevir, mas cria novos problemas.

De tudo resulta que:

a derivação biológica, ao menos de um dos intervenientes, continua a ser critério necessário para o estabelecimento do vínculo de filiação; mas não é critério suficiente, porque derivação biológica há sempre; mas de certas manipulações não resulta esse vínculo porque há mera dação de material genético.

8. DIREITO AO CONHECIMENTO DA PROVENIÊNCIA GENÉTICA?

Na nossa "civilização dos direitos" debate-se também a admissão dum direito ao conhecimento da proveniência genética.

A afirmação de semelhante direito não foi linear. Historicamente, partiu-se justamente da posição oposta - a do anonimato do dador. Era esta a linha que favorecia a prática de PMA, pondo a família de destino ao abrigo de o dador vir amanhã imiscuir-se, invocando direitos ou procurando vantagens; tal como era vantajoso que o dador não pudesse ser amanhã responsabilizado pelo novo ser que dele derivara. Por outro lado, era a solução que servia também os interesses das clínicas.

A posição foi abalada por necessidades médicas, pois em vários casos seria importante conhecer as origens genéticas para avaliar devidamente evoluções possíveis no ser resultante da PMA, ou simplesmente para pesquisar potencialidades de transmissão de doenças genéticas.

Mas o acentuar dos "direitos" individuais trouxe o conflito com a tendência para fazer prevalecer a vontade do novo ser de conhecer os seus progenitores, independentemente de qualquer problemática médica. Essa tendência foi ganhando espaço nos espíritos e nas leis.

Tinha sempre um obstáculo prático: para assegurar totalmente um direito, seria necessário montar um arquivo completo de todas as práticas de PMA. E delicado e caro¹⁴.

A Resolução n.º 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, de 11 de novembro, estabelece no inc. IV-2 que "os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa". Mas, com descontinuidade, dispõe logo no n.º 3 que "em

¹⁴ Veja-se sobre a matéria o nosso *Problemas jurídicos da procriação assistida*, Arquivo do Ministério da Justiça (Brasília), ano 47, n.º 183, jan / jun 94, 106-107 (estatuto do dador e anonimato).

situações especiais as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador¹⁵. E no n.º 4 impõe às entidades que praticam PMA o registro, bem como a manutenção de “uma amostra de material celular dos doadores”.

Mas a evolução fez-se na generalidade dos países no sentido da prevalência do direito do novo ser a esse conhecimento. Acentuaram-se os aspectos pessoais implicados nesse conhecimento, que se procuram ancorar em direitos fundamentais, seja o direito à identidade genética, quando proclamado nas constituições¹⁶, seja simplesmente o direito à identidade pessoal.

As opções continuam em confronto. O conhecimento das origens genéticas invoca a seu favor, além de razões médicas, a necessidade de evitar o incesto ou, mais genericamente, permitir observar os impedimentos estabelecidos para o casamento. É um entendimento que leva hoje estatisticamente a palma, mas isso não significa que seja tomado num sentido absolutístico, garantindo em qualquer caso a satisfação desse interesse ou impondo ao Estado que assegure todos os meios efetivos de o satisfazer.

Deste modo, semelhante “direito” ao conhecimento, mesmo tendencialmente admitido, não poderá ser levado a consequências desproporcionadas.

O elemento mais importante, a nosso ver, está no lastro pessoal que se situa na origem deste alegado direito. A continuidade biológica, a derivação de metade dos cromossomas, não é um *fait divers* alheado da personalidade, porque a derivação biológica contribui poderosamente para a formação desta, ou se quisermos, está na origem da formação da pessoa. Por isso, não se satisfaz uma mera curiosidade, antes se vai ao encontro da pessoa permitindo, de certo modo, saber quem ela é. Por isso, a ligação à identidade pessoal parece-nos correta.

Mas, mesmo assegurando esse conhecimento, isso nada altera em relação aos vínculos jurídicos recíprocos. A relação de filiação, perante o mero dador, é inexistente. Nada poderá exigir a pessoa que dele resultou biologicamente¹⁶. Reciprocamente, nada o dador poderá pretender do novo ser ou da família em termos de Direito, invocando a derivação biológica.

9. A DESMONTAGEM DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Já dissemos que a invocação da paternidade socioafetiva ganhou uma grande aura no Brasil. Ao “biologismo” que caracterizaria a lei vigente contrapõe-se como

¹⁵ Assim acontece em Portugal (art. 26/3 da Constituição). Este preceito põe também um dique às intervenções sobre o genoma que modifiquem substancialmente a personalidade.

¹⁶ Abstratamente aqui completamente de problemas de natureza diferente, como sejam os de o sêmen do dador estar inferido com doença geneticamente transmissível, que se comunica ao novo ser. Estes têm solução jurídica própria.

básica a ligação humana que se estabelece entre “pais” e “filhos”. Deste modo se prepara uma leitura das leis atuais que não corresponde ao que está efetivamente legislado.

Sem dúvida que a disciplina jurídica da filiação traduz, na frieza das regras legais, a aspiração a uma paternidade de amor, dedicação e confiança. Pelo que o acentuar o aspecto socioafetivo tem o mérito de um esforço de humanização do Direito e de superação do formalismo legislativo.

Terá também uma fundamentação sociológica. No Brasil, com uma naturalidade que espanta, “dão-se” crianças. De certo modo no bom sentido – para que encontrem uma família que offre por elas, quando a família de origem não está em condições de o fazer. Chama-se a isto a “adoção à brasileira”. Nada se regulariza, não se formaliza como adoção¹⁷. E se um dia tudo for posto em causa? Se a família de origem reivindicar a entrega, o que pode até ser instigado pelo desejo de obter vantagens materiais? Ou se surgirem tantas outras consequências nocivas derivadas da irregularidade da situação?

A invocação da paternidade socioafetiva pode servir para contrapor ao vínculo jurídico de origem biológica um vínculo que se pretende mais forte, fundado no afeto que caracterizaria uma relação de filiação muito mais genuína.

Mas a verdade é que o esclarecimento do modo como funcionaria essa nova paternidade é pouco esclarecido. O que traz o perigo de transformar uma ideia simpática num *slogan*, o que é sempre mau, em vez de apresentar uma explicação técnico-científica, perante regras legais que não são condizentes¹⁸.

Arriscamo-nos a pensar que a teoria não bate no alvo, que é o de explicar o vínculo de filiação.

O apelo à paternidade socioafetiva esconde uma ambiguidade básica:

- ou se está colocando em primeiro plano o voluntarismo, o que alguém quer e não propriamente o afeto
- ou se assenta na ligação forjada pela vida em comum

O *voluntarismo* é base pouco segura. O que hoje se quis pode não interessar amanhã: lembremos o que se passa com a família de destino em caso de gestação para outrem, quando a criança que é dada à luz é defeituosa. Aquilo que os pais biológicos suportam, já mais dificilmente seria tolerado por pais por escolha.

¹⁷ Pelo contrário, o procedimento é muitas vezes cumulado com falsas declarações para registro de nascimento, em que os destinatários são dados como pais – o que cria um novo elemento de complicação.

¹⁸ Num processo brasileiro recente, a paternidade socioafetiva foi invocada, em benefício de uma menor, contra os “pais” de acolhimento que se tinham desinteressado dela. Isto mostra como o “afeto” serve para tudo, até para casos caracterizados pela falta de afeto.

Temos então o outro tramo da alternativa: a paternidade socioafetiva funda-se na afeição criada pela vida em comum.

Esta só poderia fixar-se por ligação pessoal e delinear-se-á no decurso da vida¹⁹.

Mas se é assim, mais uma vez se passa ao lado do alvo. A filiação deve estar definida logo no nascimento: possivelmente até antes, já com a concepção, pois surge logo o dever dos pais de prestar alimentos ao nascituro. Mas então, é uma ficção fundar no afeto, não se sabe ainda se há, o que há é o desejo.

Ligando à PMA, diremos que, se se trata de PMA heteróloga, não há afeto, há encomenda. Ora, não se aceita que a encomenda tenha mais valor que a proveniência biológica.

A invocação do afeto só tem sentido como uma proposta pré-legislativa em caso de uma criança ter crescido com família de acolhimento, mas sem regularização da situação, o vínculo criado resguardaria os "pais", se o afeto se desenvolvesse reciprocamente, de os "filhos" lhes viriam a ser retirados por invocação da lei. Estaríamos de acordo com semelhante proposta, conhecendo a situação brasileira, mas sabendo também de dramas semelhantes que se desenrolam noutros países. Porém, como critério de constituição originária do vínculo, não vemos como possa funcionar.

Na realidade, na condenação do "biologismo" pode estar incluído outro aspecto, que não cremos ser justificado.

A derivação biológica não é apenas uma derivação orgânica ou material. Tem um significado muito mais denso, que não hesitamos em qualificar de espiritual.

O conhecimento dos que nos antecederam na cadeia das gerações ensina-nos muito sobre nós mesmos. Quando os conhecemos, reconhecemo-nos neles, na nossa maneira de ser, nas nossas qualidades e nos nossos defeitos. Sentimos uma espécie de cumplicidade espiritual, uma solidariedade que nos liga, mesmo para além da morte. Este é um caminho para se atingir um dos pontos mais altos da comunhão humana, que é a comunhão familiar.

Quando algum brasileiro me procura, de visita a Portugal — e tenho a alegria de isso acontecer muitas vezes — pergunto-lhe de onde provém a família. É mais que raro não ter um ascendente português. Às vezes não sabem de onde era, mas o próprio nome o indica. Moura, Amorim, Guimarães, Silvarés, e tantos outros,

¹⁹ Veja-se por exemplo Renata Raupp Gomes, *A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional*, em "Bioética e Biodireito" cit., 337, que afirma textualmente que "a paternidade constitui-se na convivência diária" (353). Mas a mesma autora considerara paternidade socioafetiva a resultante do consentimento do marido para inseminação heteróloga, "fruto de um ato de vontade no sentido de afirmar-se a filiação" (343), o que corresponde afinal à vertente voluntarista atrás enunciada, em que não há por natureza convivência nenhuma.

quase todos indicam a proveniência, porque logo a seguir ao início da nacionalidade, no século XII, o nome do lugar de origem foi associado ao nome e ao patronímico, passando a compor o nome de família. Aconselho-os a visitarem esse lugar. Quando o fazem e convivem com os que o habitam hoje, ficam encantados com o que descobrem de si mesmos-no espírito coletivo da população.

O elo intergeracional não é mero fenómeno biológico, tem uma dimensão espiritual que não pode ser desprezada. Situa-nos na vida, numa solidariedade e compreensão em aspectos psicológicos e sociais, em capacidades e tendências — até quando reconhecemos que não somos melhores que eles eram.

Não podemos ir mais longe. A deprecição do biologismo em nome duma vaga paternidade socioafetiva equivale a obliterar uma dimensão fundamental da natureza humana, que é a da continuidade pessoal através das gerações. É um preço alto demais para que aceitemos pagá-lo.

10. O EQUILÍBRIO A PROSEGUIR

Há que concluir. Antes de mais, verificando que a estruturação legislativa não está ainda adequada às mutações impostas pela procriação medicamente assistida. Há respostas fragmentárias, que deixam grandes questões por resolver.

A base da filiação no ordenamento vigente continua a ser a derivação biológica. Sofre porém já desvios importantes. Particularmente significativa e de aplaudir é a desconsideração da derivação biológica como critério da filiação quando resulta da intervenção dum dador como mero fornecedor de material genético, sem qualquer projeto de paternidade²⁰. Mas as mesmas razões levam a desconsiderar também quem desempenha mera função biológica como serviço contratado: é o caso da gestação para outrem.

Isto não induz a pôr em causa a derivação biológica como tendencial base da relação de filiação. Fazê-lo seria desde logo contraditório com a posição tomada quanto ao direito ao conhecimento da origem genética. Se se defende esse direito como emanção da personalidade do novo ser, não se defende um arbítrio, mas um aspecto que se pode revelar essencial ao desenvolvimento da personalidade. Isso significa que há aspectos humanos muito importantes que podem estar implicados no conhecimento do acervo de manifestações de personalidade que se transmitem de geração em geração. Vimos como essa continuidade espiritual, ou pelo menos de elementos constitutivos da personalidade, tem densidade humana. Não se pode então defender o direito ao conhecimento desses antecedentes invocando a relevância para a personalidade de quem nasce por PMA, quebrando a regra do anonimato do dador, e por outro lado desprezar a origem biológica como base normal da relação de filiação com o ápodo fácil de "biologismo".

²⁰ E normalmente como mero mercenário.

Mas por outro lado, a paternidade socioafetiva tem também o seu campo de aplicação; e esse campo carece de ser demarcado e juridicamente reconhecido.

A paternidade socioafetiva manifesta um dos aspectos mais altos da elevação espiritual humana – a dedicação. O homem vale, não por aquilo que tem ou pelo êxito que consegue, mas por aquilo a que se dedica. A paternidade socioafetiva representa a dedicação gratuita de alguém a outrem, que é um ser inerte e carente, a quem acolhe numa relação de amor.

O Direito deve cancelar o valor desse vínculo. Fá-lo através da adoção. E há que reconhecer então que traz muito mais de realização humana e valor social que as acrobacias genéticas. Estas são praticadas e fomentadas por clínicas do sector, porque saem altamente rendosas. Na realidade, servem muito mais para promover o *ego* de quem a elas recorre do que para atender ao interesse que tem sempre de ser considerado prevalente quando está em causa a origem da vida – o da criança que se traz à vida –, que acaba por ser frequentemente subalternizado²¹.

Deve porém dar-se à paternidade socioafetiva um espaço muito maior que o que ocupa atualmente na lei. Isto é particularmente importante no Brasil, por um lado porque o número impressionante de crianças abandonadas requer que toda a dedicação seja fomentada, por outro porque a prática da “adoção à brasileira” necessita de algum suporte legal para atender a situações já consolidadas.

Este é o louvor que tecemos à paternidade socioafetiva. Por que a criticamos então anteriormente? Porque ela tem sido alegada para desempenhar uma função para que não serve – a do estabelecimento do vínculo de filiação. É inadequada, porque a paternidade socioafetiva é um guia mas que vale sobretudo para situações posteriores ao nascimento, resultantes da convivência com o novo ser. Não serve como critério geral de determinação da filiação, que tem de estar fixada já à data do nascimento²².

Há pois necessidade de clarificar juridicamente a situação, para se arquitear um sistema coerente que dê resposta às interrogações suscitadas pela irrupção revolucionária das técnicas de PMA – quer a aplicação destas seja legítima quer ilegítima, porque em qualquer caso há o fato do nascimento de um ser que necessita de ter *status* familiar definido.

Mas esse sistema não pode deixar de assentar tendencialmente na derivação genética como critério de filiação, uma vez que esta não se reduz a fenómeno meramente biológico, antes tem fundos reflexos humanos.

Há que não desintegrar a pessoa da sua cadeia de derivação sem a privar da sua história e sem desresponsabilizar os participantes.

A pessoa ficaria mais pobre se lhe retirássemos este esteio realístico e o substituísssemos por critérios vagos, como a paternidade socioafetiva como explicação universal. Corriamos então o risco de substituir uma realidade estruturante por *slogans*, “nuvens sem chuva que o vento desfaz”.

É uma zona de relevância humana em que há que progredir com respeito e prudência. A prudência ensina-nos que as soluções justas não se obtêm em geral pelo esmagamento de uns princípios pelos outros, mas pela demarcação cuidada do campo de cada, permitindo a satisfação máxima possível mediante uma harmonia de conjunto. Há que fazê-lo, com a consciência de que há ainda muito que percorrer para chegar ao equilíbrio desejado.

²¹ Embora tenhamos acentuado também que o desejo de procriar, embora realizado por vias daltivas, não deixa de ser em si um valor.

²² Poderia levar à admissão da adoção uterina (por extensão do nexo socioafetivo, que tendencialmente supõe convivência). Mas o instituto levanta também objeções, exigindo ponderação específica.

Sobre a autora

Detentora de inúmeros prêmios desde os tempos de seu bacharelado na PUCSP, a autora tem brilhante carreira acadêmica, com cursos de especialização em Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito, Direito Administrativo, Tributário e Municipal. Fez o Mestrado na Faculdade de Direito da USP e o Doutorado na PUCSP, tendo nesta última obtido os graus de Mestre, Doutora, Livre-docente e Titular, por concurso de provas e títulos.

Maria Helena Diniz é Professora Titular de Direito Civil na PUCSP, onde leciona essa matéria nos cursos de graduação e pós-graduação, e Coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil Comparado nos cursos de pós-graduação em Direito. Também leciona Direito Civil Comparado, Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito nos cursos de pós-graduação (mestrado e doutorado).

É parecerista e autora de mais de trinta títulos publicados pela Editora Saraiva, além de ter traduzido consagradas obras do Direito italiano e escrito mais de cinquenta artigos em importantes revistas jurídicas nacionais e internacionais. Todas as suas obras têm alcançado excelente aceitação do grande público profissional e universitário, como a presente coleção *Curso de direito civil brasileiro* (8 volumes), que é maciçamente adotada nas Faculdades de Direito de todo o País. Igual caminho têm seguido seus outros títulos:

- *A ciência jurídica*
 - *As lacunas no direito*
 - *Atualidades jurídicas*
 - *Código Civil anotado*
 - *Comentários ao Código Civil v. 22*
 - *Compêndio de introdução à ciência do direito*
 - *Conceito de norma jurídica como problema de essência*
 - *Conflito de normas*
 - *Dicionário jurídico (4 volumes)*
 - *Dicionário jurídico universitário*
 - *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*
 - *Lei de Locações de Imóveis Urbanos comentada*
 - *Lições de direito empresarial*
 - *Manual de direito civil*
 - *Norma constitucional e seus efeitos*
 - *O estado atual do biodireito*
 - *Sistemas de registro de imóveis*
 - *Tratado teórico e prático dos contratos (5 volumes)*
- É incontestável a importância do trabalho desta autora, sem dúvida uma das maiores civilistas de todos os tempos.

A Editora

Maria Helena Diniz

Mestre e Doutora em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela PUCSP. Livre-docente e Titular de Direito Civil da PUCSP por concurso de títulos e provas. Professora de Direito Civil Comparado, de Teoria Geral do Direito e de Filosofia do Direito. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil Comparado nos cursos de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da PUCSP.

Curso de Direito Civil Brasileiro

5. Direito de Família

26ª edição
2011

 Editora
Saraiva

Filiação

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 vida³⁰, podendo, ainda (CC, arts. 1.593 a 1.597

e 1.618 e s.), ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga.

É preciso lembrar que nem sempre esse liame decorre de união sexual, pois pode provir (a) de inseminação artificial homóloga (CC, art. 1.597, III) (como ocorreu com Kim Casali, que foi artificialmente inseminada com esperma que seu marido, doente de câncer, havia depositado num banco de sêmen, em Londres, dando à luz, após 16 meses de óbito do esposo) ou heteróloga (adutério casto), desde que tenha havido autorização do marido (CC, art. 1.597, IV), ou (b) de fertilização *in vitro* ou na proleta (CC, art. 1.597), como se deu em 1978, com Louise, filha de Lesley e John Brown, pois o óvulo de sua mãe foi extraído do ovário e fecundado em tubo de ensaio com esperma de seu pai, e colocado novamente no útero 7 horas depois. A esse respeito surgiu uma dúvida sobre quando realmente começou a vida legal de Louise: se no ato da fertilização na proleta, no momento da implantação do óvulo no útero ou no instante em que o feto se movimentou. Perante o art. 2º do nosso Código Civil, 2ª parte, o início legal da personalidade jurídica é o da penetração do espermatozoide no óvulo, embora fora do corpo da mulher, já que se põem a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro³¹. Oportuna, a respeito, é a observação de

30. Antônio Chaves, *Filiação legítima*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 37, p. 314; Silvio Rodrigues, op. cit., p. 283; Caio M. S. Pereira, *Instituições*, cit., p. 211; Lafayette Rodrigues Pereira, *Direito de família*, § 103; Degni, *Il diritto di famiglia*, p. 316; Espinola, *A família no direito civil brasileiro*, n. 122; Antônio Cicu, *La filiazione*, Torino, UTET, 1958, p. 18; Gustavo Tepedino, *A disciplina jurídica da filiação*, in *Direitos de família e do menor* (coord. Sábio de F. Teixeira), Belo Horizonte, Del Rey, p. 225-42; Giselda M. F. Novaes Hirionaka, "Dos filhos havidos fora do casamento" e "Se eu soubesse que ele era meu pai", in *Direito civil — estudos*, cit., p. 57-80; Paulo Luiz Netto Lôbo, *Princípio jurídico da afetividade na filiação*, *Revista de Direito Privado*, n. 3, p. 35-41; Zeno Veloso, *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, São Paulo, Malheiros Ed., 1997; Luiz Edson Fachin, *Elementos críticos do direito de família*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999; Rosana Benicze Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, *Belo Horizonte*, Del Rey, 2003, p. 133-50; J. E. Nogueira, *A filiação que se constitui o reconhecimento do direito consuetudinário*, Porto Alegre, Sergio A. Fabris, Editor, 2002; Guilherme Calmon N. Casaranta, *Princípio da paternidade responsável*, *Revista de Direito Privado*, 18(2)-41; Renato Maria, *Filiação paternal e seus efeitos*, São Paulo, SRS, 2008. Há proteção legal e constitucional à maternidade, gerando inclusivé o direito à licença-maternidade e o direito de perceber o salário-maternidade; leis n. 9.876/99 e 10.710/2003 e Instrução Normativa do SRT n. 991/2010, sobre prorrogação de salário-maternidade de empregada de pessoa jurídica que aderir ao Programa Empresa Cidadã, desde que ela a requiera até o final do 1º mês após o parto. A Lei n. 11.770/2008, regulamentada pelo Decreto n. 7.052/2009, instituiu o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por sessenta dias a duração da licença-maternidade, inclusive em caso de adoção, prevista na CF, art. 7º, XVIII, quando se tratar de criança de até um ano de idade; por trinta dias, se a criança tiver de 1 a 4 anos de idade e por 15 dias, se a criança tiver 4 a 8 anos (arts. 1º, §§ 1º a 3º, e 2º do Decreto n. 7.052/2009). A gestante e a adotante servidora pública também terão direito à prorrogação (Portaria n. 510/2008 da Procuradoria-Geral da República e Decreto

n. 6.690/2008). O salário-maternidade, pela Lei n. 9.876/99, era pago diretamente pelo INSS, através de postos de atendimento. Ante os transtornos burocráticos, a Lei n. 10.710/2003 estabeleceu a responsabilidade por tal pagamento das empresas, com a possibilidade de compensar os valores quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, aos prestadores de serviço. Esse salário é devido durante 120 dias, tendo início 28 dias antes do parto. A empregada sujeita ao regime da CLT, o valor desse salário é correspondente ao salário integral, e à que está fora daquele regime, como a doméstica, p. ex., é assegurado o valor de um salário mínimo. O TST (Rec. de Revista n. 12.2002-010-18-00-3, publ. 9-2-2007) já decidiu que nascimento de bebê sem vida não assegura à gestante o direito a todo o período da garantia de emprego e aplica, por analogia, o art. 395 da CLT, assegurando somente o repouso remunerado de 2 semanas. Vide CF/88, art. 226, § 7º; Leis n. 9.029/95 e 9.263/96, sobre planejamento familiar. A Resolução n. 30/2006 que altera o art. 43 do Regulamento Interno do Senado Federal concede, ao acrescentar §§ 4º, 5º, 6º e 7º, licença à gestante-senadora de 120 dias e licença paternidade ao senador por 5 dias, por equiverem à licença por motivo de saúde (CF, art. 56, II).

31. Vide: Lei n. 11.634/2007 sobre direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do SUS.
32. Antônio Chaves, *Filiação legítima*, cit., p. 315; Nelson Carneiro, *Os aspectos jurídicos da inseminação artificial e a disciplina dos bancos de esperma*, *Rev. de Dir. Comparado Luso-Brasileiro*, n. 7, p. 241, 1988; Antunes Varela, *A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro*, *Rev. Brasileira de Direito Comparado*, 151-35; Savatier, *L'insemination artificielle devant le droit positif Français*, *Lehitelex*, 1947; Zannoni, *Inseminación artificial y fecundación extracutánea*, Buenos Aires, 1978; Joaquim José de S. Dinis, *Filiação resultante da fecundação artificial humana*, in *Diret-*

Miguel Reale³² de que é necessário, em atos desse tipo, que o acordo do marido e da mulher consista de documento sigiloso cercado de naturais garantias, como as requeridas, p. ex., para a validade de um testamento cerrado, para que, falecido o companheiro, possa a esposa receber e gerar o "bebê de proveta" sem o risco de ser-lhe contestada a paternidade pelos interessados na herança. Como o embrião, decorrente de fertilização do óvulo da mulher pelo sêmen de seu marido, pode ser, como ocorre nos Estados Unidos, Inglaterra e África do Sul, transferido com uma câmula para o útero de outra mulher (mãe de aluguel), que, mediante pagamento, aluga seu útero para gerar criança alheia, surgem inúmeros conflitos de ordem moral e jurídica, como, p. ex., quem seria a mãe: a que cedeu o útero ou a que forneceu o óvulo? Pela sua ilegalidade e imoralidade deve-se arredar o aluguel de ventre (CF/88, art. 199, § 4º). O Conselho Federal de Medicina (Resolução n. 1.358/92) tem permitido a "doação", ou melhor, a cessão temporária de útero, sem fins lucrativos, desde que a doadora seja parente colateral até o segundo grau da mãe genética.

Ante tais problemas urge estabelecer normas relativas à maternidade ou paternidade nos casos em que os bebês não são, geneticamente, filhos do homem ou da mulher que quiseram seu nascimento, impondo proibições, p. ex., não só às práticas de mães substituídas, de cessão de óvulo fecundado ou de aluguel de útero, mas também às manipulações de embriões huma-

tos de família e do menor (coord. Sálvio de F. Teixeira), Belo Horizonte, Del Rey, 1993, p. 45-54; Eduardo de Oliveira Leite, *Pacições artificiais e o direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995; Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva, 2001, cap. II, itens 3 e 13.

32. Miguel Reale, O bebê de proveta e o direito, *Folha de S. Paulo*, 4 ago. 1978. Atualmente, temos uma nova técnica de fertilização assistida que é o ICSI (*Intracytoplasmic Sperm Injection*), consistente em injetar um único espermatozoide diretamente no citoplasma do óvulo, onde se rompe e dá início à fertilização. Antes dessa técnica era preciso fazer para que algum dos milhões de espermatozoides atravessasse a membrana do óvulo. Sobre o tema consulte M. Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 113-27, 134-8, 405 e 425-300, rd. Rêlexos sobre a problemática das novas técnicas científicas de reprodução humana assistida e a questão da responsabilidade civil por dano moral ao embrião e ao nascituro, *Tempo de Estudos Jurídicos*, 8:207-317 rd. A certogênese e seus problemas jurídicos, *Direito*, 189, 100. Paulo Vercellone, As novas famílias, *JB*, 136:47 a 53; Monica S. Scarpato, *Fertilização assistida*, Rio de Janeiro, 1991; Eugênio Carlos Caliloli, Aspectos da fecundação artificial "in vitro", *Revista de Direito Civil*, 44:71; Paulo Luiz Netto Lobô, Filiação — direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária, *Revista Brasileira de Direito de Família*, 19:133 e 5; Guilherme C. N. da Gama, Reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo Código Civil, *Revista Brasileira de Direito de Família*, 19:41-75. Vide Lei n. 8.974/95. O Senado francês aprovou lei restringindo inseminação artificial em mulheres que estejam na menopausa ou não tenham parceiros definidos, e proibindo manipulação em embriões.

nos gerados fora do corpo feminino para intervenções do tipo conservação a longo prazo em hibernação, com o fim de sua inserção em útero depois de muito tempo; para destruições, se deletuosos; para cessões a pessoas diversas; para modificações de seus caracteres mediante intervenções no próprio genoma ou para utilizações de material genético humano para a criação de híbridos ou de seres inteiramente novos em relação à natureza. Por isso vieram a constituir um grande avanço não só o novo Código Civil, ao presumir como concebidos na constância do casamento o filho havido por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido de sua mãe, que foi o doador do sêmen (CC, art. 1.597, III), o por fertilização *in vitro*, desde que os doadores do óvulo e do sêmen, que geraram o embrião excedente, sejam marido e mulher (CC, art. 1.597, IV) e o por inseminação artificial heteróloga, se houve prévia autorização do marido de sua mãe (CC, art. 1.597, V), como também a Lei n. 8.974/95, estabelecendo normas para o uso de técnicas de engenharia genética, punindo a manipulação genética de células germinais humanas, a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para tratamento de defeitos genéticos, e a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível. Tais fenômenos, observa Paulo Vercellone, constituem um desafio para o mundo jurídico, surgindo problemas relativos à paternidade, principalmente na hipótese de uso de esperma de homem estranho ao casal, pois, se pela lei o filho de mulher casada será filho de seu marido, poderia o homem que deu o sêmen reconhecer como seu filho aquele bebê? O pai legal, pela demonstração de incompatibilidade genética, poderia intentar ação de negação de paternidade do nascido de fecundação artificial por meio de esperma de doador anônimo se consentiu nisso?

A filiação pode ser³³ classificada apenas didaticamente em:

- 1) *Matrimonial*, se oriunda da união de pessoas ligadas por matrimônio válido ao tempo da concepção, se resultante de união matrimonial que veio a ser anulada, posteriormente, estando ou não de boa-fé os cônjuges (CC, arts. 1.561, §§ 1º e 2º e 1.617), ou se decorrente de uma união de pessoas que, após o nascimento do filho, vieram a convolar núpcias.
- 2) *Extramatrimonial*, provinda de pessoas que estão impedidas de casar ou que não querem contrair casamento, podendo ser "espúria" (adulterina ou incestuosa) ou natural, como mais adiante explicaremos.

33. Antônio Chaves, Filiação legítima, cit., p. 317; Ferrara, op. cit., p. 543; Márcio Antônio Roscero, *Direito de filiação — de acordo com o novo Código Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

Juridicamente, não há que se fazer tal distinção, ante o disposto na Constituição Federal de 1988, art. 227, § 6º, e nas Leis n. 8.069/90 e 8.560/92, pois os filhos, havidos ou não do matrimônio, têm os mesmos direitos e qualificações, sendo *proibidas quaisquer designações discriminatórias* (CC, art. 1.596).

b.1. Conceito de filiação matrimonial

A filiação matrimonial é a que se origina na constância do casamento dos pais, ainda que anulado ou nulo (CC, arts. 1.561 e 1.617).

Assim, o casamento dos genitores deve ser anterior não só ao nascimento do filho como também à sua própria concepção: logo, em princípio, o momento determinante de sua filiação matrimonial é o de sua concepção³⁴. Todavia pode ocorrer que o filho seja concebido antes e nascido depois da celebração do casamento, sem que por isso deixe a filiação de ser matrimonial. Presume-se serem concebidos na constância do casamento filhos nascidos 180 dias após o estabelecimento da convivência conjugal ou dentro de 300 dias após a dissolução do casamento (CC, art. 1.597, I e II c/c CF, art. 226, § 6º, com a redação da EC n. 66/2010). A lei determina, portanto, o período no qual começa e termina a presunção da paternidade, considerando, aqui, uma dupla presunção: a de coabitação e fidelidade da mulher e a de reconhecimento implícito e antecipado da filiação feito pelo marido ao se casar — ou, ainda, havida por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido de sua mãe, por inseminação artificial heteróloga, realizada com a anuência do marido de sua genitora e por fertilização *in vitro*, se era embrião excedente da família oriundo de concepção artificial homóloga (CC, art. 1.597, III a V).³⁵ O filho será matrimonial se veio à luz após a dissolução ou anulação do casamento, mas tendo sido concebido durante este, ou se foi concebido

34. Plantoul, Ripert e Boulanger, *Pratic de droit civil français*, Paris, 1926, v. 1, n. 1.282.

35. Orlando Gomes, op. cit., p. 341-2; Antônio Chaves, Filiação legítima, cit., p. 323; Orlando Gomes, op. cit., p. 346; *Ciência Jurídica*, 46:109 — “Desconstituição de Registro Civil. A paternidade jurídica é imposta independentemente da biológica, não importando, para o direito, se o marido é o responsável pela geração do filho, desprezando-se a verdade real para que se atenda à necessidade de estabilização da sociedade e à segurança das relações jurídicas (TJMG)”.

antes de celebrado o ato nupcial, apesar de ter nascido durante o casamento³⁶. Logo, a filiação matrimonial é a concebida na constância do matrimônio, seja ele válido, nulo ou anulável, ou, em certos casos, antes da celebração do casamento, porém nascida durante a sua vigência, por reconhecimento dos pais (CC, art. 1.609; I).

b.2. Presunção legal *juris tantum* da paternidade

Em virtude da impossibilidade de se provar diretamente a paternidade, o Código Civil assenta a filiação num jogo de presunções, fundadas em *probabilidades*, daí estatuir (no art. 1.597) que se *presumem matrimoniais* os filhos concebidos na constância do casamento dos pais. Esta presunção é relativa ou *juris tantum*, pois a prova contrária é limitada, porém, em relação a terceiros é absoluta, pois ninguém pode contestar a filiação de alguém, visto ser a ação para esse fim privativa do pai (CC, art. 1.601)³⁷. Firma o Código a presunção de que é pai aquele que o casamento demonstra; assim, presume a lei que o filho de mulher casada foi gerado por seu marido³⁸. Pai, até prova em contrário por ele próprio produzida, é o marido³⁹.

Com base em conhecimentos científicos, nosso Código Civil, no art. 1.597, estabelece a presunção de que foram concebidos na constância do casamento:

1) Os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal e não do dia da celebração do ato nupcial, porque há

36. Antônio Chaves, Filiação legítima, cit., p. 319; Márcio A. Boscaro, op. cit.

37. Caio M. S. Pereira, *Instituições*, cit., p. 212; De Page (*Traité élémentaire de droit civil belge*, v. 1, n. 1.036) chega até a afirmar que “filiação é objeto de crença e não de ciência”; Pontes de Miranda, *Tratado de direito de família*, v. 3, § 122; Enrique A. Varsi Rospiglioso, “Pater est is quem sanguinis demonstrant”, *RDC*, 5:423; *Adroas*, 1980, n. 70.823; TJSP, *Ciência Jurídica*, 50:142 — “Em ação judicial onde a controversia é a paternidade biológica, ainda que existente registro civil reconhecendo a filiação, o acolhimento, pelo juiz, da prova pericial relativa ao exame para impressões de DNA é imperativo decorrente do direito da parte de provar o seu interesse, sob pena de cerceamento de defesa (TJMG)”.

38. Silvio Rodrigues, op. cit., p. 285; Luis Paulo C. Guimarães, A presunção da paternidade de no casamento e na união estável, in *Família e cidadania* (coord. Rodrigo Cunha Pereira), Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 367-77.

39. Orlando Gomes, op. cit., p. 343; Luis Paulo Cotrim Guimarães, Direito de filiação, *Constitex*, 11:40-1; Márcio Antonio Boscaro, op. cit.; Álvaro Villalga Azevedo, Ética, direito e reprodução humana assistida, *O direito civil no século XXI* (coord. M. Helena Diniz e Roberto S. Lisboa), São Paulo, Saraiva, 2003, p. 55-72.