

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL: O CONFLITO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA COM A SOCIOAFETIVA

*Sandra Cátia Sousa de Oliveira Rocha**

*Ailson Pinhão de Oliveira***

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar a questão da responsabilidade pela guarda de uma criança concebida por meio da inseminação artificial. Inicialmente, o estudo identifica convergências e divergências a respeito desse processo de fecundação, suas implicações sociais e jurídicas e, por fim, o direito à identidade genética *versus* o direito do doador ao anonimato. Com base em levantamentos bibliográficos e leituras realizadas, constata-se que a doutrina e a jurisprudência primam pela filiação socioafetiva.

Palavras-chave: Doutrina. Inseminação artificial. Jurisprudência. Pais biológicos e socioafetivos.

Introdução

Os recentes progressos da medicina, e em particular da biotecnologia, têm concretizado o sonho de milhões de pessoas estéreis

* Estudante do curso de Direito da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC).

** Mestre em Cultura e Turismo e Professor Substituto da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). E-mail: ailsonoliveira@hotmail.com

e contribuído para a transformação da família tradicional, o que atinge principalmente a noção da concepção humana.

A história da humanidade sempre revelou existir uma intensa preocupação com a fecundidade e, durante muito tempo, a chegada das crianças vinculou-se às noções de riqueza, prazer, alegria, fartura, privilégio e dádiva divina. Para a sociedade, um casal sem filhos simbolizava infelicidade e fracasso. Nesse contexto, era extremamente desconfortável a condição da mulher, educada para cuidar da casa, ser submissa e, conforme pregava a tradição, procriar. A ela imputavam toda a responsabilidade pela não-formação da família.

Atualmente a biotecnologia permite que as pessoas inférteis tenham filhos de forma planejada e sem traumas, mediante inseminação artificial. O procedimento consiste no depósito do espermatozóide, preparado por técnicas de laboratório, na vagina da mulher ou, a depender da condição física desta, em uma das cavidades próximas ao útero.

Leite (1995, p. 200-203) relata que os avanços da biologia, da genética e das técnicas aplicadas à reprodução possibilitam ao ser humano dominar um setor até então regido pelas leis da natureza: o da procriação. À medida que a capacidade de reprodução aumenta, com o aperfeiçoamento das descobertas, surge uma série de desafios para os estudiosos dos diversos campos do conhecimento, inclusive o jurídico. Os métodos utilizados criam “subprodutos” (esperma, óvulos, embriões congelados) que constituem motivo de preocupação, pois os direitos de propriedade sobre eles ainda são indefinidos e as opiniões sobre o assunto divergem-se. Em resumo, o tema é presente, relevante, polêmico, desencadeia inúmeros questionamentos jurídicos e debates sobre ética e, além disso, traz à tona uma discussão eminentemente social: a da filiação e do parentesco. A evolução da medicina interfere não só na reprodução natural do homem, mas também afeta juridicamente a relação conjugal e a noção de filiação. Esta, além de vincular uma criança a seu pai e a sua mãe, envolve interesses como concepção e nascimento.

Essa nova realidade atinge frontalmente os princípios seculares do Direito, pois demonstra quão frágil é a estrutura de uma ciência que, até então, se passa por sólida, duradoura e inquestionável. Assim, os reflexos no campo jurídico são inevitáveis, pois não há uma lei específica que discipline tal modalidade de fecundação, circunstância que exige dos profissionais da área uma interpretação geral e hermenêutica em todos os aspectos que envolvem o processo legal. O novo Código Civil Brasileiro apenas cita algumas técnicas de reprodução assistida e isso reforça o pensamento de que é necessário criar uma lei para cuidar da matéria, pois, na hipótese de um embate jurídico de pais biológicos e não-biológicos, há que se apresentar uma solução para a demanda.

Portanto, este trabalho tem como objetivo examinar se a guarda das crianças geradas por meio da inseminação artificial é imputada aos pais biológicos ou aos pais socioafetivos. No primeiro item, identificar-se-ão os segmentos sociais que convergem para a procriação artificial humana e os que divergem dela. Por tratar-se de uma inovação da tecnologia e do biodireito,¹ percebe-se que o tema não goza de unanimidade de julgamento. No segundo, versar-se-á sobre as implicações sociais e jurídicas no tocante à responsabilidade pela custódia dos filhos. Aqui, a atenção voltar-se-á para o objetivo geral do trabalho, pois serão abordadas as opiniões de juristas e o posicionamento da doutrina. No terceiro e último item, analisar-se-á a questão do direito à identidade genética, em contrapartida ao direito do doador ao anonimato, pois é desse ponto que partem alguns dos questionamentos nos processos levados a julgamento.

Para a fundamentação teórica, este estudo baseia-se na doutrina, nas regras éticas estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina e no direito positivo. O trabalho fundamenta-se também na leitura de artigos de periódicos e levantamento bibliográfico, em que se privilegiam autores clássicos.

¹ Ramo do Direito que trata especialmente das relações jurídicas referentes à natureza jurídica do embrião, eutanásia, aborto, transplante de órgãos e tecidos entre seres vivos ou mortos, eugenia, genoma humano, manipulação e controle genético, com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana

A pesquisa aqui adotada é, quanto aos objetivos, exploratória, “aquela que visa criar maior familiaridade em relação a um fato ou fenômeno” (SANTOS, 2000, p. 27). Quanto às fontes, utiliza-se a bibliografia, que “é o conjunto de materiais escritos (gráfica ou eletronicamente) a respeito de um assunto” (p. 28). E quanto aos procedimentos na coleta de dados, a pesquisa é bibliográfica e “consiste num conjunto de materiais escritos, gravados, mecânica ou eletronicamente, que contêm informações já elaboradas e publicadas por outros autores” (p. 31).

Convergências e divergências sobre a inseminação artificial humana

A reprodução assistida é uma opção que a genética oferece às pessoas impossibilitadas de gerar filhos pelo sistema tradicional, isto é, pela união sexual do homem com a mulher. Constata-se a infertilidade face à existência de anomalias físicas e/ou biológicas e quando esgotados os tratamentos terapêuticos, quer pela ineficácia, quer pela ineficiência dos métodos utilizados.

Com a função de normatizar os efeitos da revolução biotecnológica, eis que surge o primeiro segmento de convergência para as inseminações artificiais humanas: o biodireito. Para muitos, este é considerado um direito fundamental de quinta dimensão, indispensável a todos os recursos que venham a contribuir como benefício à vida humana. Ele não cerceia o desenvolvimento científico, ao contrário, traça exigências mínimas para assegurar a compatibilização dos avanços científicos e biomédicos, que importam na ruptura de paradigmas e preconceitos, com a manutenção da dignidade humana, valor que deve ser garantido e respeitado.

Por outro lado, é importante destacar que, apesar de o Biodireito auxiliar nos impasses jurídicos provocados pela biotecnologia, a inseminação artificial humana deve ser regulamentada, pois até agora o que existe é apenas um descompasso entre o avanço tecnológico e a normatização jurídica. Há, portanto, uma necessidade de os juristas desenvolverem um processo de reconstrução jurídica que, ao superar as eventuais limitações dos conceitos e categorias modernos, cria

modelos adequados à solução dos desafios, particularmente os que dizem respeito à vida.

Outro ponto de convergência e a razão de ser de todas essas descobertas científicas são as pessoas estéreis que desejam ter filhos. Aqui entram em jogo a formação da família e a perpetuação da espécie humana. Muitas vezes, a infertilidade não só impede a constituição familiar, pois muitos querem filhos biológicos e rejeitam a adoção, mas também pode conduzir marido e mulher a uma crise conjugal. O conflito obriga-os a negar o projeto de um lar, com pessoas unidas por laços de sangue, conforme os moldes tradicionais, e a renunciar a criança desejada em todos os momentos da vida. Assim, declara Leite (1995, p. 101):

O desejo de filiação é inato à natureza humana. Desde a infância até a velhice o homem espera perpetuar sua espécie através dos filhos. O fantasma mais profundo da criança, qualquer que seja seu sexo (menino ou menina) é obter o poder de ter um filho, isto é, de possuir o poder do casal e, em todo caso, da mãe. Trata-se, pois, nem tanto de ter uma criança real, mas o de possuir o poder de gerá-la e, então, de se identificar à mãe na plenitude do seu absoluto.

Em contrapartida, há segmentos sociais que divergem da concepção artificial e alguns, inclusive, tentam combater o avanço da medicina nessa área. Dentre eles, o principal é o Catolicismo, que, nesse aspecto, tem o apoio das demais igrejas cristãs. Um exemplo disso ocorreu no dia 13 de junho de 2005, na Itália, quando estava em votação um *referendum*, cuja principal proposta era a aprovação de uma lei que admitisse pesquisas com embriões humanos, células-tronco e permitisse a prática da fecundação artificial. A Igreja posicionou-se contrária à consulta. Na ocasião, o Papa Bento XVI pediu aos cristãos que não participassem da manifestação. Os fiéis atenderam ao pedido e o *referendum* só obteve 24% do total de votantes. Para ser aprovado, precisaria de 50% do total de votos. Com isso, mais uma vez, o conservadorismo vence a disputa contra a ciência genética em detrimento da vida humana.

O que a prática da inseminação assistida permite não é admissível pela Igreja Católica. Para esta, a técnica não tem o condão de atribuir

moralidade a uma conquista de natureza médica. Esse posicionamento é justificado com o argumento de que Deus confia o dom da vida ao homem, que deve se conscientizar do valor inestimável desse poder e assumir a responsabilidade por ele. Aqui, defende-se ainda a teoria segundo a qual a pessoa é constituída de corpo e espírito, e, por conta dessa união da substância com a alma, o corpo humano não pode ser considerado como um conjunto de tecidos e órgãos.

Essa Religião também prega que possui o direito de exercer a sexualidade o homem cujo matrimônio é validamente contraído, ou seja, legitimado pela igreja. Para ela, esse poder concentra-se no próprio casamento instituído, não pelo homem, mas, por Deus. Segundo Leite (1995, p. 74):

Se a procriação de uma nova vida só pode ser fruto do casamento, a fecundação artificial – fora do casamento – é pura e simplesmente condenada como imoral. Em decorrência, a condenação da inseminação artificial fora da união conjugal. Não existe possibilidade de divergência de opiniões entre católicos: a criança concebida nestas condições é ilegítima. Para a Igreja católica a criança só tem direito de ser concebida, carregada, colocada no mundo e educada no casamento. A inseminação artificial é considerada contrária ao direito e à moral, porque ultrapassa os limites do direito que os cônjuges adquiriram no contrato matrimonial, em especial, o de exercer plenamente suas capacidades sexuais naturais na realização natural do ato matrimonial. O contrato em questão não lhes confere o direito à fecundação artificial porque tal direito não está implícito, de nenhuma forma, no direito ao ato conjugal natural.

Terminantemente contra a procriação artificial, o Catolicismo considera ilegítima a criança fruto da técnica e, na tentativa de preservar o matrimônio, utiliza a aliança conjugal para justificar essa opinião. Aqui, o ser humano deve ser concebido e não produzido. Além disso, deve ser respeitado na sua integridade física, moral e religiosa, e, sob esse aspecto, a Religião considera que os métodos utilizados agridem o que há de mais puro nele: a concepção natural.

Segundo Leite (1995, p. 89), numa linha similar, com raras permissões, entretanto, as igrejas não-católicas também se opõem à prática da fecundação artificial. Alguns protestantes aceitam a inseminação homóloga,² mas repudiam a modalidade heteróloga.³ E, na possibilidade de surgir uma legislação concernente à matéria, o parecer é favorável, desde que não viole princípios dogmáticos como a família e o casamento. Nesse aspecto, a Igreja Católica não emite posição contrária ou a favor, simplesmente prefere não comentar o assunto.

Assim como o Protestantismo, o Judaísmo não apresenta resistência à concepção homóloga, mas é fundamentalmente contrária à heteróloga. Aqui, uma judia, cujo marido é estéril, não pode submeter-se a uma fecundação com o esperma de um terceiro. Para a religião judaica, a concepção em que mulheres casadas recebem o sêmen de um doador estranho não pode criar laços de parentesco entre a criança e o esposo.

Por fim, ao analisar o raciocínio dos segmentos que convergem para a inseminação artificial humana e os que divergem dela, observa-se que, apesar dos entraves criados por aqueles que não aceitam esse método, a comunidade científica luta pelos avanços da ciência e progride nas descobertas que favorecem a vida humana. Por conseguinte, o papel do Direito é acompanhar e amparar as mudanças sociais legítimas e, por esse ângulo, não há bem jurídico mais lícito e legítimo que a vida humana em todos os seus aspectos. Portanto, em face do avanço tecnológico no campo da reprodução assistida, impõe-se ao legislador e ao intérprete uma consciência do papel a ser exercido e uma avaliação das atividades praticadas, bem como das conseqüências destas advindas. Ao tratar da matéria, não se admitem omissões, nem precipitações, mas a seriedade exigida. É preciso analisar o presente de modo racional, sem perder de vista o que já se programa para o futuro.

² Realizada com o sêmen do próprio marido.

³ Feita em mulher casada, com sêmen originário de terceira pessoa ou, ainda, quando a mulher não é casada.

Guarda de uma criança concebida por meio da inseminação artificial: implicações sociais e jurídicas

A inseminação artificial do gênero homóloga é um tema mais pacífico, já que o ser gerado, de fato, é portador de material genético dos pais biológicos. A fecundação heteróloga, ao contrário, torna-se motivo de preocupação. Por inexistirem normas de direito material que a regule, podem-se questionar os métodos utilizados no procedimento ou, salvo melhor juízo, corre-se o risco de surgirem demandas judiciais entre pais biológicos e pais socioafetivos. Assim, este capítulo fará uma abordagem sobre as possíveis conseqüências social e jurídica acerca do assunto, com destaque para as posições de juristas e doutrinadores.

Cabe ressaltar que a fertilização artificial humana é uma matéria novel, porém, muito conhecida dos casais inférteis. Em função disso e do tratamento “negligente” dispensado pelo Código Civil Brasileiro de 2002 à reprodução assistida (como se vê abaixo, limita-se a citar, nos incisos III, IV e V do art. 1.597 as suas modalidades), observa-se que é necessária uma legislação especial que a regule na sua totalidade, apresente soluções para uma possível ação quanto às técnicas aplicadas e, ainda, discipline a conduta dos casais que utilizam tais métodos.

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

- I – nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- II - nascidos nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
- III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (CÓDIGO CIVIL, 2002, p. 493).

Percebe-se que, longe de solucionar questões decorrentes dos processos sobre procriação assistida, como por exemplo qual é o destino da criança no caso de uma possível demanda judicial, o novo Código dá lugar a dúvidas e incertezas, pois trata a matéria de maneira extremamente superficial e restringe-se a mencionar os referidos dispositivos, sem prever as hipóteses jurídicas. O artigo supracitado presume a paternidade do filho, respectivamente: havido a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários,⁴ decorrentes de fecundação artificial homóloga e havido por inseminação heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido. Os segmentos mais conservadores e tradicionais da sociedade, por sua vez, utilizam essa postura omissiva do legislador para criar entraves à regulamentação da reprodução assistida heteróloga. Nessa perspectiva, a inércia do Código Civil é considerada proposital, um impedimento às práticas na área da saúde reprodutiva e isso reforça, conforme foi dito anteriormente, a necessidade de uma legislação para disciplinar esse tema que permeia as relações intersubjetivas e, portanto, de grande relevância na atual conjuntura social e científica.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, vários projetos de lei foram apresentados ao Congresso Nacional, porém, nenhum deles, até o momento, recebeu a devida aprovação dos legisladores. Segundo estes, os textos que tramitam no Legislativo não apresentam uniformidade acerca dos pontos tratados, especialmente quanto aos aspectos civis da procriação assistida heteróloga.

Dessa forma, debates são inadiáveis, tal como também o é a efetivação do comando constitucional que determina a edição de lei que trate da assistência do Poder Público à inseminação heteróloga. Há muito trabalho a ser feito e a discussão deve envolver diversos setores, como a sociedade civil, as comunidades morais, religiosas, científicas e acadêmicas e, especialmente, as pessoas, principais interessadas e destinatárias das normas jurídicas.

⁴ Aqueles obtidos durante o processo de procriação medicamente assistida, mas que não chegaram a ser utilizados.

Segundo Gama (2003, p. 41):

Alguns projetos de lei foram apresentados no Congresso Nacional, desde o advento da Constituição Federal de 1988, sendo um dos primeiros aquele apresentado pelo Deputado MAURICY MARIANO no ano de 1991 – que foi tombado como Projeto de Lei nº. 809/91 –, com a proposta de proibição da prática denominada no texto “barriga de aluguel”, bem como as técnicas envolvendo fertilização heteróloga (ou com doador). O Deputado Luiz Moreira, no ano de 1993, apresentou o Projeto de Lei nº. 3.638, contendo quinze artigos. Tal Projeto, na realidade, é a formatação da Resolução nº. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, nos moldes de uma lei, reproduzindo, com a mesma redação as seções e subseções da referida Resolução. Outro Projeto apresentado na Câmara dos Deputados foi o do Deputado Confúcio Moura que tomou o nº. 2.855, de 1997. O texto busca tratar dos aspectos civis, administrativos e penais da reprodução assistida, razão pela qual estabelece regras pertinentes à parentalidade-filiação, ao controle e às atividades dos centros de saúde e dos profissionais, bem como criminaliza certos comportamentos vinculados à procriação assistida. Outro Projeto de Lei nº. 90, de 1999, apresentado pelo Senador Lucio Alcântara, se encontra em tramitação no Senado Federal e trata da reprodução assistida.

A sociedade está, de fato, diante de uma inovação social e jurídica, cujo reflexo é a imediata necessidade de redefinição dos conceitos de filiação, família, pais e até mesmo da real função do direito positivo vigente no Brasil. Observa-se que estudiosos levantam várias implicações quanto à aplicação dos métodos da inseminação artificial humana. Isso porque, paralelamente às inovações científicas, surgem também problemas que precisam ser solucionados em benefício da formação da família e, principalmente, do bem-estar do menor envolvido no processo. Assim, diante da necessidade de satisfazer-se o desejo dos casais estéreis e da falta de legislação especial que ampare a matéria, aparece uma importante pergunta: no caso de uma possível demanda judicial, a quem é imputada à responsabilidade pela guarda da criança, aos pais biológicos ou aos pais socioafetivos?

Hoje a doutrina e a jurisprudência consagram, além da filiação biológica, a filiação afetiva ou socioafetiva. Pela atual orientação doutrinária, a definição de pai ou mãe não se dá apenas pelos laços biológicos que ambos mantêm com a criança, mas também pelo querer externado de ser progenitor, isto é, pelo desejo de assumir, independentemente do vínculo biológico, as responsabilidades e os deveres de pais e, acima de tudo, pelo amor e afeição ao menor. Com base nessa premissa, pode-se definir a filiação do nascituro, concebido por técnicas reprodutivas artificiais, tanto pelo aspecto biológico quanto pelo afetivo, pois sempre se leva em consideração o “melhor interesse da criança”, isto é, as condições físicas, psíquicas e sociais mais saudáveis para ela.

A expressão “melhor interesse da criança” refere-se à família que, ao desaparecer de suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou, na comunhão de afeto, o seu verdadeiro sentido de existir, sem importar-se com o modelo que adota, inclusive o que se constitui de um pai ou uma mãe e seus filhos.

A afetividade, fenômeno das pesquisas de cientistas sociais, educadores e psicólogos, entra também nas cogitações daqueles que buscam explicar as relações familiares contemporâneas: os juristas. Os desafios que se colocam a estes, principalmente aos que lidam com o direito de família, é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica (a própria constituição do ser humano), a qual se subordinam considerações de caráter biológico ou mesmo patrimonial. A restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis é a condição primeira de adequação do direito à realidade social e aos fundamentos constitucionais. Como enfatiza Leite (1995, p. 202):

As indagações doutrinárias mais recentes têm insistido, de forma cada vez mais freqüente e firme, que a filiação não é somente fundada sobre os laços de sangue; o vínculo sanguíneo determina, para a grande maioria dos pais, um laço fundado sobre a vontade da aceitação dos filhos. Logo, a vontade individual é a seqüência ou o complemento necessário do vínculo biológico.

Os doutrinadores posicionam-se a favor da permanência da criança com os pais socioafetivos, pois julgam que a verdadeira filiação só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade nas relações que unem pais e filhos, independente da origem biológico-genética. Esse princípio doutrinário inverte a ordem adotada até pouco tempo. Anteriormente, nos processos de adoção ou reconhecimento de paternidade, em que se discutiam a filiação biológica e a não-biológica ou socioafetiva, as decisões tendiam para a primeira, pois se determinava o interesse dos pais biológicos e raramente contemplava-se o desejo do filho. De certa forma, tal circunstância condizia com a idéia de poder dos pais sobre os menores e da hegemonia da consangüinidade-legitimidade, isto é, antes de ser sujeito, o filho era objeto da disputa.

Entretanto, o princípio atual impõe a predominância do interesse do filho como uma orientação para que o julgador, diante de um caso concreto, decida se a realização pessoal do menor deve ser assegurada pelos pais biológicos ou pelos pais não-biológicos. De qualquer forma, deve-se ponderar a convivência familiar, constitutiva da posse do estado de filiação, pois ela é prioridade absoluta da criança e do adolescente, assegurada na própria Constituição Federal de 1988. Com a inseminação artificial humana, não pode ser diferente e, no caso de os pais biológicos reivindicarem judicialmente a guarda da criança e alegarem ser doadores do sêmen ou do óvulo, terá que ser analisado o “melhor interesse da criança”. Ultimamente, no tocante aos processos de adoção e investigação de paternidade, a tendência da doutrina é para a analogia, assim, e certamente, essa guarda é concedida aos pais socioafetivos, que convivem com a criança e partilham o afeto e o amor com elas. Como afirma Cornu (1995, p. 299):

O direito à filiação não é somente um direito da verdade. É, também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança, da paz das famílias, das afeições, dos sentimentos morais, da ordem estabelecida, do tempo que passa [...].

Uma situação atípica ocorre se os pais biológicos, no caso de fecundação artificial heteróloga, reivindicam o direito à guarda da

criança. Isso porque o Conselho Federal de Medicina mantém preservada a identidade do doador de sêmen. No entanto, pode acontecer de o casal receptor conhecer aquele que faz a doação ou estabelecer alguma relação com ele, um contrato prévio, por exemplo. Nesse caso, as implicações sociais e jurídicas são inesperadas. Assim, há que se pensar nas circunstâncias que podem surgir e o questionamento objeto deste estudo constitui justamente uma das causas de processos referentes à procriação assistida.

Os doutrinadores entendem que, semelhante ao processo de adoção, para definir-se o parentesco nos casos de inseminação heteróloga, deve-se levar em conta somente o pai ou a mãe socioafetiva e desconsiderar a paternidade ou a maternidade biológica. Não se pode estabelecer nenhum vínculo de filiação entre o doador de gameta e a criança, uma vez que, ao doar sua célula, a pessoa não manifesta a intenção de paternidade ou de maternidade. Entende-se, portanto, que um vínculo afetivo entre o doador e a criança não goza de nenhuma utilidade social.

Na Constituição brasileira de 1988 constam vários fundamentos do estado de filiação geral. Dentre eles, o artigo 227, caput, tipifica que o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente.

O Tribunal de Justiça do Paraná, no tocante à investigação de paternidade, e em promissora linha de tendência da jurisprudência brasileira, homenageia a filiação socioafetiva ao decidir:

A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da denominada “adoção à brasileira” (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se dele filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer à solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como

instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular “adoção à brasileira”, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado (LÓBO, 2004, p. 104).

Deduz-se, assim, que as normas jurídicas baseiam-se em hipóteses e devem servir de controle da sociedade, cabe ao Direito, portanto, tratar de todas as eventualidades no âmbito social. Como bem foi explicitado no corpo deste trabalho, não é o que ocorre, pois o nosso país carece de uma legislação especial para disciplinar a prática da inseminação artificial humana. Na análise do litígio, resta ao julgador amparar-se na doutrina e na jurisprudência. Enquanto isso e, ao analisar todas as suposições, bem como o objeto desse estudo, o que se sabe é que tanto os doutrinadores quanto os juristas primam pela filiação socioafetiva, isto é, posicionam-se de forma que a guarda do filho seja confiada àqueles que constituíram uma família com a criança e fizeram isso com e por amor: os pais não-biológicos. Aqui, consideram-se o “melhor interesse da criança” e tudo que cerca seu convívio social e sua formação humana.

O direito à identidade genética *versus* o direito do doador ao anonimato

O direito à identidade genética é uma questão delicada e tem sido amplamente discutida. Mesmo com um pai socioafetivo, muitas vezes a pessoa deseja ou necessita conhecer suas origens. E é nos pais biológicos que busca explicações para os mais variados questionamentos que o estado de filiação lhe proporciona, como por exemplo saber de que forma foi gerada, como nasceu, se tem irmãos e se é portadora de alguma doença hereditária. É uma situação bastante controversa, pois se a criança possui o direito personalíssimo de conhecer a sua origem biológica, em contrapartida, o Conselho Federal de Medicina garante

ao doador do sêmen o direito de não ter o nome revelado. No meio científico, alega-se tal privilégio pelo fato de ser a paternidade biológica uma matéria ultrapassada no direito de filiação, atualmente a paternidade afetiva impõe-se de maneira indiscutível. Segundo Leite (1995, p. 52):

No Brasil, a gratuidade e o anonimato ficaram plenamente garantidos pela Resolução nº. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina. Na seção IV (Doação de gametas ou pré-embriões) lê-se: “A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial” (art. 1º.); “Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa” (art. 2º.); “Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador”.

Ao analisar a questão do direito personalíssimo da criança em conhecer sua origem genética, entretanto, observa-se uma discriminação inaceitável. Ao contrário do que ocorre com uma criança gerada naturalmente, aquela que é fruto das técnicas de reprodução assistida não tem reconhecido o direito de investigar a sua paternidade. Dessa forma, apesar de o Conselho Federal de Medicina do nosso país preservar o anonimato do doador, defende-se que a criança pode (e deve) saber sua origem genética, não com o fim único de buscar o reconhecimento da paternidade ou algum direito de família, mas para efeitos de prevenção de doenças hereditárias e/ou algo similar. Nesse caso, os responsáveis pelo processo devem fornecer os dados do doador em segredo de justiça. Essa posição é defendida pelos autores Fernandes (2000, p. 45) e Azevedo (1996, p. 74). O filho, seja ele concebido naturalmente, ou não, tem o direito constitucional de conhecer a sua ancestralidade e isso se refere à cidadania e à dignidade humana. Com a formatação da igualdade da filiação, a não-concessão do direito de investigação da origem biológica ocasiona um injustificado retrocesso social dos direitos fundamentais. Por conseguinte, compete ao julgador, no caso de pleito vindicado em juízo, analisar e fazer as ponderações

necessárias dos fins pretendidos pela criança ao querer conhecer o pai-doador do sêmen. O direito de um e outro deve ser respeitado, mas, nesse caso, e para que as partes envolvidas não sejam prejudicadas, a razão e todos os seus componentes imperam sobre qualquer emoção infundada.

Considerações finais

Inseminar artificialmente é depositar a semente da vida no útero infértil da mulher. É proporcionar que o homem seja pai; que a mulher seja mãe; que uma criança nasça e, principalmente, que se forme a família.

A ciência genética e a medicina são setores que convergem para o avanço da inseminação artificial. Aquela busca novas descobertas e, ao longo de décadas, tem aprimorado as técnicas utilizadas. Esta, por sua vez, aplica tais métodos em casais estéreis e, sedentos pela formação de uma família nos moldes tradicionais, fornece-lhes a chance de ter o filho tão sonhado.

Em contraposição, há segmentos sociais que não aceitam as inovações científicas na área da reprodução humana assistida. Alguns deles opõem-se categoricamente a qualquer descoberta que desvie a concepção de um ser do processo natural. Consideram ilegítimas as crianças fruto dos métodos de procriação artificial. Com a oposição, observa-se que esses setores exercem influência na sociedade e servem de entraves à aprovação de projetos de lei que regulem a matéria.

Por outro lado, não é pela falta de legislação que os operadores do direito, eminentes julgadores, deixam de decidir questões acaso suscitadas. Algumas inclusive já foram julgadas e vê-se que nas demandas judiciais entre pais biológicos e socioafetivos, os doutrinadores e juristas primam pela filiação socioafetiva porque visam o “melhor interesse da criança” e acreditam que a relação será consolidada na convivência familiar.

O doador do sêmen tem sua identidade resguardada. Em contrapartida, a criança possui o direito personalíssimo de garantir as informações sobre sua origem genética. São posições diferentes e, caso haja uma discussão judicial, compete ao julgador analisar a

condição das partes envolvidas e, principalmente, o objetivo da lide. A maioria dos doutrinadores posiciona-se favorável à quebra do anonimato do doador, desde que haja determinação judicial e apenas quando a criança correr perigo por motivo de doença. A opinião é totalmente contrária quando a investigação de paternidade envolve o patrimônio no campo do direito de família.

Por fim, apresentada a discussão ao longo deste estudo, chega-se à seguinte conclusão: na circunstância de um embate jurídico entre os pais biológicos e os pais socioafetivos pela guarda de uma criança gerada por meio de técnicas de procriação artificial, os doutrinadores e juristas preferem que a criança fique com os pais socioafetivos, ou seja, aqueles que a amam, que a criam e formam com ela uma família. Conseqüentemente o julgador, isto é, aquele que decide a lide, também visa o bem-estar do menor e segue a posição dos doutrinadores e juristas, isto é, determina que a guarda da criança seja imputada, em definitivo, aos pais socioafetivos.

ARTIFICIAL INSEMINATION: PROBLEMS OF BIOLOGICAL PATERNITY WITH THE SOCIO-AFFECTIVE ONE.

Abstract: This paper has the objective to analyze the question of responsibility for the guard of a child born by means of artificial insemination. At first, the paper analyzes convergences and divergences on this process of artificial insemination of human being, its social and legal implications and, finally, the right of the genetic donor versus the right of the anonymous donor. Based on the basis of bibliographical surveys and on specific readings, it show that the doctrine and the jurisprudence are in favor of the socio-affective filiations.

Key Words: Doctrine. Artificial insemination. Biological and socio-affective filiations. Jurisprudence.

Referências bibliográficas

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ética, direito e reprodução humana assistida. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 729, p. 44, 1996.

BRASIL. **Código civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Org. textos, notas e índices: Luiz Flávio Gomes. 6. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2004.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**. Organização dos textos, notas e índices por Yussef Said Cahali. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CORNU, Gérard. **Droit civil**. La famille. Précis Domat. Paris: Editions Montchrestien, 1984.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito**: aspectos do direito de família e do direito das sucessões. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 45.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. **Revista Brasileira de Direito de Família**, São Paulo, n. 5, abr./jun. 2000.

_____. A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo código civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, São Paulo, n. 19, p. 41, ago./set. 2003.

GUZZO, José Roberto. Avanço da inseminação artificial no Brasil. **Veja**, São Paulo: Editora Abril, n. 1699, 9 maio de 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito à origem genética como direito da personalidade, sem vínculo com o estado de filiação**. São Paulo: Júris Síntese, 2004.

SANTOS, Antonio Raimundo dos. **Metodologia científica**: a construção do conhecimento. 5. ed. São Paulo: DP&A, 2000.

VENOSA, S. Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6.

VOCABULÁRIO jurídico completo. Disponível em: <http://www.jurista.adv.br/vocabulario>. Acesso em: 18 out. 2006.