

Uma Análise Constitucional do Artigo 1.601 Do Código Civil Brasileiro: Aplicabilidade e Críticas

Ana Luiza da Rocha Lima¹, Rafael Liberano²

Resumo:

Atualmente, nosso Código Civil, em seu artigo 1.601, prevê a possibilidade de impugnar-se a paternidade de uma criança, por parte do marido da mãe sendo tal ação imprescritível. Através do presente artigo, deseja-se entender as raízes da filiação bem como os direitos, princípios e valores que norteiam tal instituto, assim como acompanhar sua evolução histórica além de compreender a aparente incoerência entre mencionado artigo e a hermenêutica constitucional contemporânea. A Magna Carta busca resguardar o afeto, pois entende que é o meio pelo qual a dignidade da criança encontra espaço para se manifestar. Estes direitos são inafastáveis, portanto este artigo visa estudar a norma retro mencionada observando a viabilidade da sua aplicação e sua compatibilidade com a Constituição. Através do estudo bibliográfico de fontes normativas tais como doutrinas, Código Civil, Constituição dentre outras, foi possível determinar as mudanças de paradigma pelas quais a filiação passou; e, a consequente inadequação da lei perante a constitucionalização do direito. Durante o estudo que foi feito, pesquisou-se o papel da família e os laços de afetividade que a rodeiam para estabelecer a importância de seu papel no modo como se encara a filiação nos dias de hoje; assim como o papel da reprodução assistida – com foco na inseminação artificial heteróloga – enquanto presunção de paternidade, pois é um exemplo muito didático de oposição entre os valores da afetividade, que rege este instituto, em contrapartida com a instrumentalização da criança mediante a permissão da impugnação de sua paternidade. Por meio do estudo deste procedimento, podemos entender a intenção legislativa, a qual procurou prestigiar os novos conceitos sobre filiação e afetividade para embasar nossa crítica à impugnação da paternidade. Por fim, foi feito o estudo do art. 1.601 do Código Civil mais detidamente para chegar à conclusão de que o afeto e a dignidade da pessoa humana são as novas diretrizes constitucionais para o Direito de Família, devendo ser resguardados e observados por todos e inclusive pela legislação infraconstitucional, segundo a atual unidade axiológica de interpretação conforme a Constituição.

Palavras-chave: Filiação, afetividade, Inseminação Artificial Heteróloga, Impugnação da paternidade, Constitucionalização do Direito Civil.

¹ Graduanda em Direito pelo Instituto Vianna Júnior, campus MG.

² Graduando em Direito pelo Instituto Vianna Júnior, campus MG

A Constitutional Analysis of Article 1601 of the Civil Code: Applicability and Reviews

Ana Luiza da Rocha Lima, Rafael liberano

Abstract:

Currently, our Civil Code (article 1601) foresees the possibility to impugn the paternity of a child by the husband of the birth mother. Such plea is imprescriptible. Through this article, we tried to understand the roots of filiation rights and, principles and values that guide this institute, as well as follow their historical development, in addition to understanding the apparent inconsistency between this article and the contemporary constitutional hermeneutics. The Brazilian Constitution aims to save the affection, because it believes that it is the means by which the dignity of the child finds space to manifest. These rights cannot be excluded from the children, therefore this article aims to study the rule above mentioned and the compatibility with the Brazilian Constitution. Through a bibliographical study of doctrines, the Civil Code, the Constitution among other regulatory sources, it was possible to determine the changes in paradigm by which the filiation passed and the consequent inadequacy of the law before the constitutionalization of the civil rights. During the study that was made in this paper, we investigated the role of the family and the ties of affection between the members of this group to understand the importance of this on the subjects in today's view; and also the role of assisted reproduction – focusing on heterologous artificial insemination – while presumption of paternity, it is a very good example of opposition between the values of affection, which dictates this institute. Through the study of this procedure, we can understand the legislative intent that sought to pay tribute to the new concepts of filiation and affection to support our critical view to impugn paternity. Finally, in this paper, we did a more careful study about article 1601 of the Brazilian Civil Code, and we reached the conclusion that affection and human dignity are the new guidelines for family law, therefore must be sheltered and observed by all Brazilian legislation, according to the current interpretation of the Brazilian Constitution of 1988.

Keywords: Filiation, Affection, Heterologous Artificial Insemination, Paternity Impugn, Constitutionalization of Civil Rights.

Uma Análise Constitucional do Artigo 1.601 Do Código Civil Brasileiro: Aplicabilidade e Críticas

Ana Luiza da Rocha Lima, Rafael Liberano

1- A instituição familiar e seu papel nas presunções de paternidade: análise do método de inseminação artificial heteróloga versus a inconstitucionalidade do art. 1601

O Direito de Família é um ramo do Direito Civil que trata das relações familiares no que tange aos direitos e deveres dos seus integrantes, sendo, reconhecidamente, um instituto, ao menos em sua origem, de raiz conservadora o qual reflete os valores da própria sociedade em determinada época. Este conservadorismo tem sido modificado ao longo do tempo com a mudança de paradigma e valores da sociedade em relação à família, tal paradigma, por sua vez, tem passado por um momento de revisão das suas funções, inclusive em relação à criança, a qual sobe em importância na hierarquia familiar, sendo o resguardo do seu interesse e o afeto despedido pelos pais o novo parâmetro para a determinação da importância dos laços sanguíneos ou afetivos na definição dos vínculos filiais.

Neste panorama de mudanças, é notável a interferência da medicina na reprodução, tanto como método de concepção alternativo à infertilidade, como forma de construção de novos modelos familiares, uma vez que o planejamento familiar, bem como os métodos de concepção é garantido em sede constitucional, segundo o art. 227, § 6º da Magna Carta³, com base no direito fundamental à saúde sexual reprodutiva.

Dessa forma, o Estado não pode limitar este direito sendo, ainda, responsável pela realização do projeto parental se eventualmente algum casal vier a possuir uma determinada disfunção reprodutiva. É preciso lembrar que essa progressão só foi possível graças à

³ Art. 227. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

assunção de novos valores, tanto pelo núcleo familiar como pela sociedade, sendo dever do Direito, como ciência social, acompanhar e regulamentar essa nova realidade dentro do Direito de Família e garantir a aplicação tanto do princípio do melhor interesse da criança quanto à observância de normas que garantam a estabilidade dos laços familiares. Portanto, este estudo pretende analisar de que forma a sociedade e o Estado influenciaram a legislação para que esta criasse as presunções de paternidade e sua impugnação, principalmente no que diz respeito à figura da Inseminação Artificial Heteróloga, constante no art. 1.597, V, NCC⁴; sua função na determinação dos laços filiais; sua eficácia diante da nova dogmática das relações familiares e novos modelos de filiação; além da aplicabilidade do art. 1.601, do CC⁵, o qual prevê a possibilidade do marido impugnar a paternidade, sendo tal ação imprescritível. É o estudo que se segue.

1.1 – Análise sobre as presunções de paternidade

Conforme a Constituição⁶ preleciona, a família é base da sociedade, já que, o primeiro contato que o ser humano possui com o mundo é através de sua família, sendo assim, o Direito Civil brasileiro sempre buscou dar estabilidade aos laços familiares, sendo, portanto, criado as presunções de paternidade constante no já citado art. 1.597, do CC, as quais são, segundo Dias (2013), mecanismos instituídos pelo Estado para assegurar que os filhos integrem estruturas familiares, o que gera proteção não só a todos os cidadãos, mas, principalmente, a todas as crianças e adolescentes. Entretanto, é de se notar, que tais presunções perderam espaço para o advento do exame de DNA, o qual se popularizou por

⁴ Art. 1597, CC: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

⁵ Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

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

⁶ Art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”.

demonstrar, efetivamente, a origem biológica. Assim, conforme Tartuce e Simão (2011, p. 345) ensinam:

[...] a presunção terá utilidade no registro da criança. Isso porque, se determinada mulher casada for ao cartório registrar a criança nascida, basta que leve sua certidão atualizada de *casamento* para que seu marido conste do registro, como pai jurídico daquela criança. Se por outro lado, a mãe e o pai da criança conviverem em união estável, necessária será a presença do companheiro para que se efetue o registro da criança na qualidade de pai.

A partir do texto supracitado, podemos observar o curioso tratamento dado ao tema da filiação pelo legislador que, ao prestigiar o nascimento da criança na constância do casamento⁷, atribuindo-lhe status legal de filho (sendo, até mesmo, chamada de “legítima” a família constituída a partir do instituto matrimonial), despreza a “verdade real” que diz respeito ao vínculo biológico entre pais e filhos.

Uma das possíveis explicações para a classificação entre filhos nascidos ou não na constância do casamento se dá pelo fator patrimonial, o qual nos remete a uma visão histórica de quando a codificação privada privilegiava, de tal forma, o “ter” em detrimento do “ser”, que o direito a identidade e sobrevivência das crianças nascidas fora da relação matrimonial eram extremamente suprimidos.

Outra justificativa para a criação das presunções é que, numa visão totalmente conservadora sobre família, filiação e até mesmo casamento, não se aceitava que houvesse violação aos deveres de lealdade e principalmente fidelidade, pois a presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant* parte do pressuposto de que o marido da mãe será sempre o pai, ou seja, a paternidade é certa, uma vez estabelecido quem é a mãe. Tal situação se destoa da configuração familiar atual com a união estável, família monoparental e homoafetiva, pois conforme afirma a autora Maria Berenice Dias (2011. P. 361), “O nascimento dentro de um casamento imputa a paternidade jurídica presumida ao marido. Aliás, o que presume a lei, de fato, nem é o estado de filiação, mas a fidelidade da esposa ao seu marido”.

Portanto, é de se notar que hoje o legislador dá um tratamento diferenciado ao filho nascido dentro da instituição matrimonial, em razão de, em tal instituto legal, haverem os

⁷ Os arts. 1.596 a 1.606 do CC (Capítulo II – Da Filiação) e arts. 1.607 a 1.617 do mesmo Código (Capítulo III – Do Reconhecimento dos Filhos) demonstram, ainda, um tratamento diferenciado entre os filhos nascidos na constância do casamento dos filhos nascidos fora dele.

deveres de lealdade e fidelidade, o que leva a presunção de paternidade a ter o seu motivo de ser, uma vez que tal dever conduz a hipótese de que o marido de fato é o pai biológico da criança, pois a mãe está obrigada a manter um relacionamento sexual somente com o marido.

É de se destacar que a presunção de paternidade vinculada ao casamento é um motivo totalmente desproporcional para a manutenção de tais presunções, que visam inserir a criança dentro de um núcleo familiar independentemente dos laços afetivos ou biológicos, ignorando a função dos pais, que é de afeto e proteção, dando lugar exclusivo à tutela da aparência como base de sustentação da sociedade familiar, como aduz Maria Berenice Dias (2011, P. 354):

A diferenciação advém do fato de o legislador ainda fazer uso de presunções quando se refere aos filhos nascidos do casamento. Tal visão decorre da sacralização da família e da necessidade da sua preservação a qualquer preço, nem que para isso tenha que atribuir filhos a alguém, não por ser pai ou mãe, mas simplesmente para a manutenção da estrutura familiar.

1.2 – O papel da família

A família é um núcleo absolutamente necessário para a criança e o adolescente, tanto na perspectiva fática da total dependência em quase todos os aspectos da vida para a sua sobrevivência, quanto no abstrato enquanto entidade que tem influência e poder sobre o desenvolvimento social e psicológico do menor. Dito isto, a convivência com a família e os consequentes deveres desta para com o ser sob sua proteção se tornou um direito da criança e do adolescente, portanto os menores deixaram de figurar na posição mais baixa da escala hierárquica familiar para se tornarem sujeitos de direito.

Em correlação a essa evolução jurídica, a codificação afasta de si a feição patrimonialista e se aproxima da existencialista através do direito fundamental à dignidade, concedendo a proteção da família e a qualificação igualitária entre os filhos, independente da situação que gerou seu nascimento, ou seja, dentro ou fora de um matrimônio, assim a legislação passou a prestigiar não mais o genitor, mas sim aquele que assume papel de pai: quem dá afeto, quem assegura a sobrevivência. Ainda, segundo a já citada autora (DIAS, 2011, p.356):

[...] Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial. Ampliou-se o

conceito de paternidade, que compreende o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal.

Em consequência, houve o surgimento da chamada **Posse do Estado de Filho**⁸, que é constituída, como muito bem conceitua Lobo (2004, p. 49):

[...] quando alguém assume papel de filho em face daquele ou daqueles que assumem os papéis ou lugares de pai ou mãe ou de pais, tendo ou não entre si vínculos biológicos. A posse de estado é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade, [...] devendo ser contínua.

Iniciou-se, dentro do instituto da filiação, uma tendência de valorizar laços afetivos em detrimento da “verdade real”. Há uma transformação no papel dos pais que deixam de serem figuras de exclusiva identificação social do sujeito em seu meio para se tornarem sinônimo de companheirismo e afetividade, ou seja, seu papel não é mais dotar o núcleo familiar de moralidade e legitimidade perante seus semelhantes, mas antes de tudo tem o dever de dar afeto.

É preciso lembrar que o casamento era uma necessidade; uma evolução no status social; o cumprimento de um dever religioso e a garantia da sucessão legítima. Devido ao atual pluralismo dos núcleos familiares e ao projeto parental, constituir uma família deixou de ser uma obrigação social e passou a ser uma opção, tornando os laços afetivos reais e desejados. Nesta nova configuração, nem sempre os vínculos de parentalidade se confundem com os vínculos genéticos, uma vez que atualmente o processo procriativo é um tanto fragmentarizado, a pessoa que deseja ser pai nem sempre será aquele quem doou o material genético, o laço a prevalecer, portanto, pertence a quem desejou a concepção e nascimento da criança. Tendo isto em vista, se torna inócuo o fato de o filho ter vínculo biológico ou não, pois, ao contrário da anterior concepção patrimonialista na codificação e na concepção da própria família, o que verdadeiramente constitui o laço filial entre pais e filhos é o aspecto afetivo e psicológico.

Podemos notar que há, portanto, conforme afirma Nader (apud VENOSA, 2011, p. 1648), “uma desbiologização do parentesco”, pois a expressão “posse de estado” traduz uma situação jurídica que não mantém correspondência com a verdade, tendo uma íntima

⁸ É preciso se lembrar de que a posse do estado de filho depende da posse do estado de pai, ou seja, depende de uma relação de reciprocidade de afetividade.

conexão com a teoria da aparência, a qual determina que uma situação inverídica seja aceita como verídica, em outras palavras, pela teoria da aparência, apesar de não haver, de fato, vínculo biológico que ligue o pai ao filho, prevalecerá, (embora a posse do estado de filho não seja contemplada expressamente pelo nosso atual ordenamento jurídico) para o reconhecimento da paternidade, o vínculo afetivo que dá a aparência de real filiação, sendo aceita, dessa forma, como verídica a paternidade.

Nessa mesma linha, Lobo (2004, p. 48) conclui que:

No Direito brasileiro atual, com fundamento no art. 227 da Constituição e nos arts. 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, consideram-se estados de filiação *ope legis*:

- a) filiação biológica em face de ambos os pais, havida de relação de casamento ou de união estável, ou em face do único pai ou mãe biológicos, na família monoparental;
- b) filiação não biológica em face de ambos os pais, oriunda de adoção regular; ou em face do pai ou da mãe que adotou exclusivamente o filho; e
- c) filiação não biológica em face do pai que autorizou a inseminação artificial heteróloga.

1.3 – Novos critérios para o estabelecimento da paternidade

As referências para imputar a paternidade a alguém não podem mais se basear em fatores biológicos ou em presunções legais. Como já foi dito, a mudança de concepção da sociedade perante o modelo familiar permite um novo conceito do mesmo, baseado em afeto e companheirismo, da mesma forma, o papel das presunções perde a razão de ser, uma vez que é desarrazoado dotar alguém da filiação de um ser com base na sacralidade dos laços matrimoniais.

De todos os critérios existentes para o estabelecimento do vínculo parental quais sejam os critérios jurídico, biológico e socioafetivo, este último parece ser o mais justo, uma vez que privilegia aquele que atua como pai e não somente quem apenas doou o material genético. A filiação socioafetiva é uma modalidade de parentesco civil e cumpre a função social de manter a estabilidade da família através do reconhecimento legal da posse do estado de filiação, deixando em segundo plano a verdade real. Assim, como demonstra o Enunciado 519 da V Jornada de Direito Civil, “O reconhecimento judicial do vínculo de

parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.”.

No caso da Inseminação artificial heteróloga, a presunção de paternidade é baseada exclusivamente no afeto, uma vez que já se sabe de antemão que o material genético não pertence ao “pai” em questão, e este consente com o procedimento mesmo sabendo disso. A afeição encontra fundamento jurídico com a tutela da aparência que se dá através da posse de estado de filho. Para configurar tal estado, segundo Paulo Netto Lobo (2004) é preciso que:

- a) O nome dos pais seja portado pela criança;
- b) Haja o tratamento filial por parte dos pais;
- c) Seja garantido pelos pais a educação e o sustento dos filhos;
- d) A Sociedade e a família lhe reconheçam o status de filho;
- e) Da mesma forma a Autoridade Pública deve reconhecer tal status.

Assim sendo, configurado a posse do estado de filiação, ainda que não haja vínculo consanguíneo, o Direito busca preservar o relacionamento afetivo e psicológico estabelecido entre o suposto pai e filho dando o status legal da filiação. Portanto, a tendência atual é ceder espaço da presunção de paternidade para a posse do estado de filho, constituída pelos laços afetivos. Ainda segundo o supracitado autor, a impugnação só seria admitida quando, por causa da origem genética distinta da sua, não se estabelecesse o estado de filiação e, então, a contestação teria por base não o fator de não serem reais os seus vínculos, mas de que por causa disso não se estabeleceram laços afetivos, requisito necessário para a configuração da paternidade socioafetiva, já que, como bem exposto por Dias (2013, p. 381):

A constância social da relação entre pais e filhos caracteriza uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva.

Primeiramente, quando se tratava de reconhecimento de um filho era comum a busca da verdade real, ou seja, a biológica, porém o conceito de afetividade e do estado de filiação têm se sobressaído tanto no reconhecimento como na desconstituição dos laços de filiação. Este conceito trata da construção, durante os anos do relacionamento entre pais e filhos, sendo mister a consideração deste fato para o estabelecimento do vínculo filial,

suprimindo, de certa forma, a verdade biológica. Portanto, Venosa (2011, p.1652) afirma que

A família passa a ter um conteúdo marcadamente ético e cooperativo e não mais econômico, resquício este da velha família romana e, nesse contexto, não há espaço para qualquer discriminação. [...] Não se discriminam os filhos em razão de sua origem, aspecto que a sociedade, há muito, não sem alguma resistência, já se encarregara de observar.

Dois foram os marcos que modificaram a visão da filiação real para a afetiva e mudaram o foco da questão: a primeira mudança ocorreu quando a concepção sobre o matrimônio se transformou, as pessoas não se casam mais para o fim de saciar os desejos da comunidade, de seus pais e de um moralismo intrincado, fruto de uma educação religiosa. Não se casam com o fim único de ter filhos, a família não é o casamento, são institutos diversos. Quando esse conhecimento foi aceito pelas pessoas, estas abriram espaço para constituir uma família com base no afeto, mesmo que não fossem casadas.

Outro marco foi a descoberta do exame laboratorial que poderia comparar o DNA das pessoas e dizer com grande precisão se havia vínculo biológico ou não. O resultado dessas mudanças foi a introdução e primazia do afeto dentro das famílias e a facilidade com que se podem descobrir os vínculos reais. Como dito acima, a primazia é da verdade afetiva, é ela que decide quem é o pai, pelo menos no campo do reconhecimento dos filhos. É clara a perda da importância da verdade biológica, assim como acontece com as presunções que perdem sua razão de ser, uma vez que é possível identificar o genitor com uma grande certeza e, por outro lado, se as figuras do genitor e do pai não se confundem, a primazia para o reconhecimento é dos laços afetivos.

1.4 – A Reprodução Assistida

A reprodução assistida ou inseminação artificial é constituída de técnicas que substituem artificialmente a concepção natural, ou seja, possibilidade de ocorrer a reprodução humana sem que para isso tenha que haver relação sexual, sendo tal método utilizado quando ambos ou um dos consortes (no caso de uma relação conjugal), por algum motivo, não consigam gerar filhos. Dessa forma, a fecundação pode ser realizada, ou fora do corpo da mulher, sendo que tal procedimento recebe a denominação de fecundação “in

vitro”, ou no próprio corpo da mulher com a introdução dos gametas feminino e masculino por via transabdominal ou transvaginal.

Quando o material genético utilizado para a fecundação pertence ao casal, a inseminação artificial é designada de concepção homóloga, por outro lado, quando o material genético pertence a alguém estranho à relação, tal concepção é denominada de heteróloga. Esta última espécie de reprodução assistida é a que nos interessa, uma vez que a presunção de paternidade será aplicada se, diante da relação conjugal, houver prévia autorização do marido, conforme dispões a legislação civil no seu já citado art. 1.597.

Consequentemente, a inseminação artificial heteróloga gera presunção absoluta de paternidade, pois o pai sabe previamente que o material genético da criança não é seu, mas manifesta o desejo de ser pai mesmo assim, com base na filiação socioafetiva. Assim, uma vez dada sua permissão, a paternidade será constituída desde a concepção, não sendo possível impugná-la, nesse sentido, Maria Berenice (2011, P.369) leciona que

Trata-se de presunção absoluta de paternidade socioafetiva. A paternidade constitui-se, desde a concepção, no início da gravidez, configurando hipótese de paternidade responsável. Se fosse admitida impugnação, haveria uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional do médico e ao anonimato do doador do sêmen. Assim, de nada serve a prova da inexistência do vínculo biológico.

Diante da obviedade dos argumentos elencados, tais como, a vedação do comportamento contraditório; a paternidade responsável, que vincula o marido à criança, desde a concepção até a manutenção da família; impedem que a impugnação da paternidade, prevista no art. 1.601 do Código Civil, seja aplicada no caso da concepção heteróloga, uma vez que tal dispositivo legal gera, principalmente para o menor, uma descomunal insegurança jurídica.

2 – QUESTÕES JURÍDICAS ACERCA DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA: A RELAÇÃO ENTRE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

Primeiramente, é de bom tom que façamos uma definição acerca da reprodução assistida e da modalidade tratada neste texto, qual seja a inseminação artificial heteróloga. Conceitua-se esse procedimento, como sendo o conjunto de técnicas utilizadas por um

casal⁹, que possui dificuldade ou mesmo impossibilidade de procriar por algum tipo de problema reprodutivo, para que possa realizar o seu projeto parental, tais técnicas utilizam métodos artificiais para unir o material genético dos pais (a chamada inseminação artificial homóloga). No caso específico da inseminação artificial heteróloga, para tanto, o sêmen de um doador fértil estranho ao casal é inoculado no útero da mãe. Dito isto, passemos à análise desta figura tendo em vista a questão da presunção de paternidade e a impugnação da mesma.

Quando tratamos da questão da impugnação da paternidade originada em presunções legais, percebemos que os incisos I e II do artigo 1.597 do Código Civil, encontram-se superados, uma vez que o exame de DNA pode estabelecer, com grande margem de certeza, a paternidade de alguém, além disso, os incisos III e IV do referido artigo, não possuem controvérsias jurídicas, ao menos, no que tange à presunção, por se tratar de material genético do casal. Porém, a figura do inciso V, qual seja a inseminação artificial heteróloga, ainda é discutida, pois parte da doutrina considera tal a presunção como sendo absoluta, uma vez que é de conhecimento prévio do pai que a criança não possui vínculo genético consigo, ainda sim este sujeito concorda com o procedimento com base somente na afetividade. Apesar de louvável as intenções de tal inciso, são claros os problemas éticos e jurídicos que envolvem este artigo, problemas que nos propomos a discutir, para que se chegue ao cerne da questão da utilidade e necessidade de tal procedimento comparativamente aos problemas que advém juntamente. Finalmente, ao questionarmos a necessidade da existência desta figura, faremos sua relação com o art. 1.601 do Código Civil.

2.1 – A viabilidade do uso da Inseminação Artificial Heteróloga e a coisificação da criança

De modo geral é possível afirmar que os casais que procuram assistência médica para realizar seu projeto parental são casados, desse modo, as presunções de paternidade, na verdade, se baseiam justamente no fato da criança nascer em um lar conjugal. No caso da inseminação artificial heteróloga não é diferente. Porém, há de se questionar se tais

⁹ Limitamos o conceito ao casal para fins didáticos, pois é o foco deste trabalho, mas é preciso lembrar que o procedimento de reprodução assistida também é acessível aos solteiros e casais que vivem sob união estável segundo a resolução 2013/2013 do CFM.

procedimentos – que visam justamente garantir um direito da personalidade e uma das finalidades do casamento que é o direito de procriar – não possuem o efeito oposto de desestabilizar o casal e até mesmo criar um ambiente de difícil convivência para a criança, conflitando com o direito deste menor a uma família estável.

A explicação para tal questionamento, segundo Maria Helena Diniz¹⁰, é que, a estrutura básica do casamento é formada de inúmeros fatores, dentre eles a fidelidade conjugal. Uma vez que se recorra ao método da reprodução assistida heteróloga há uma forma de infidelidade, não no que tange ao ato sexual em si, mas é preciso ter em mente que a prole é fruto de uma união entre pessoas que se amam e desejam constituir uma família com base no afeto recíproco entre os consortes. Quando o material genético provém de outra origem distinta do casal que pretendem serem pais da criança, perde-se, de certa maneira, o objetivo inicial que é de gerar uma criança fruto da afeição. Esta criança se torna, na verdade, um meio para o desejo de ser pai ou mãe que é o verdadeiro fim do casal ou de um deles. Portanto, segundo a autora, a relação dentro deste núcleo pode não ser a mais saudável, não por uma questão de se manter estruturas enraizadas culturalmente no que diz respeito à manutenção da paternidade biológica, mas pelo simples fato de que a criança é um meio para obter um fim à custa de sua identidade psicológica e social. Podemos até mesmo incluir o sacrifício dos desejos do cônjuge que deve consentir com o procedimento, caso o desejo da mãe de conceber seja maior ou único em relação ao desejo do pai, o qual será geneticamente estranho à criança, não sendo, portanto, o melhor ambiente para cultivar os sentimentos filiais.

2.2 – A presunção de paternidade decorrente de Inseminação Artificial Heteróloga

A presunção de paternidade, como foi dito em tópico anterior, é a imputação da paternidade sobre uma criança a alguém, com base no fato desta mesma criança ter nascido ou não na constância do casamento desses supostos pais. No caso da presunção de paternidade advinda de inseminação artificial heteróloga, o marido da mãe consente anteriormente com o procedimento que utilizará material fertilizante distinto do seu, pois apesar do sonho de ser pai, possui algum distúrbio reprodutivo que o impede de levar a

¹⁰ Em seu livro *O Estado Atual do Biodireito*, a autora deixa claro que devido aos inúmeros problemas relacionados à inseminação artificial heteróloga, esta sequer deveria ser utilizada como método de concepção. Sua posição foi inserida no texto para se tentar elucidar a questão da coisificação da criança. Quanto à questão da crítica à existência da inseminação artificial heteróloga, é uma posição da autora a qual não nos filiamos.

termo seu desejo. Na presunção de paternidade a prioridade recairá sobre os pais institucionais que são aqueles que tiveram a vontade procriacional, ou seja, que desejaram o nascimento da criança. Tal presunção é absoluta em razão do conhecimento prévio da não identificação genética entre o marido da mãe e a criança a ser gerada. Ao que parece, a intenção do legislador foi de privilegiar os laços afetivos, em razão da vontade procriacional e da própria mudança na constituição da família – como dito *ab initio*, instituto baseado na afetividade e no companheirismo, sendo este o único elo que liga o marido, a mãe e criança, impelindo-os a recorrer à reprodução assistida – entende-se não ser possível a contestação da paternidade ou mesmo da maternidade, pois se já era sabido que a criança não possuía vínculos reais com o casal, sendo de comum acordo a paternidade e/ou maternidade baseada no afeto, qual seria a justificativa para que se contestasse o vínculo? Essa ideia foi resumida nas sábias palavras da Douta Maria Helena Diniz (2011, Pág. 659) que aduz

A prevalência da presunção de paternidade e da maternidade do casal que projetou o nascimento, mesmo que o material genético não seja seu, pouco importando tenha sido ou não gerado no útero da esposa ou, se ela forneceu o óvulo, tenha sido fecundado pelo sêmen do marido ou de terceiro. Marido e mulher que anuírem em fertilização assistida não poderão impugnar a paternidade ou maternidade.

A impugnação da paternidade é a permissão de um comportamento contraditório, uma vez que a vontade procriacional do casal somada ao consentimento do marido da mãe incitou o procedimento, portanto não deveria ser permitido tal ato voluntariamente, pois como concluiu a autora retro mencionada (DINIZ, 2011, Pág. 622)

Tal comportamento, apesar de eticamente repugnante, não é juridicamente ilícito, porque nenhum ato voluntário poderá sê-lo se não for expressamente proibido por lei; deverá prevalecer como princípio de segurança das relações jurídicas, importando compromisso vinculante entre cônjuges de assumir paternidade e maternidade, mesmo com componente genético estranho, dando-se prevalência ao elemento institucional e não biológico.

2.3 – A Impugnação da Paternidade

A impugnação prevista no art. 1601 do CC, gera na criança uma paternidade incerta já que pelo dever de sigilo do médico este não pode dizer quem é o pai genético da criança, além do mais o doador do material está protegido pelo manto do anonimato. A maior parte da doutrina defende que a contestação só pode ser feita até o momento da

inseminação, pois, como será dito adiante, a concepção é o momento onde o embrião adquire dignidade enquanto pessoa. Permitir o oposto seria congratular o comportamento contraditório essa parece ser a posição mais justa e acertada. Porém, apesar das posições doutrinárias e dos enunciados 130¹¹, 258¹² e 520¹³ das Jornadas de Direito Civil que divergem da lei, ratificando esta posição, estes não possuem força normativa, em regra, mas tão somente traduzem a opinião majoritária da doutrina e jurisprudência do Direito Civil Brasileiro. Portanto, acerca da impossibilidade de contestar a inseminação artificial heteróloga anteriormente consentida, este comportamento como um ato voluntário não é vedado por lei, apesar de atentar contra a boa-fé, um dos princípios basilares mais importantes da Codificação privada, pois os atos que não são proibidos expressamente por lei, ainda que antiéticos, são permitidos.

Acima da vedação ao comportamento contraditório e ao respeito à boa fé, está o interesse da criança. Esta, após ter sido inserido em um lar com o status de filha e assim ser tratada, adquirindo a posse de estado de filiação, além de estarem consolidados os laços afetivos entre os entes do núcleo familiar, não deveria ter sua estabilidade familiar perturbada diante da vontade de uma só pessoa em modificar uma situação já consolidada e segura. Não nos parece justo e lógico, de acordo com a intenção primária do legislador em se prestigiar a filiação socioafetiva, permitir a quebra dessa estabilidade, posição reafirmada por Maria Helena Diniz (2011, Pág. 623)

Se a paternidade socioafetiva advém da convivência familiar e da solidariedade, o direito àquela convivência, e não a origem biológica parece ser o superior interesse da criança, devendo, por isso, ser resguardado.

¹¹ Proposição para o art. 1.601:

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

§ 1º. Não se desconstituirá a paternidade caso fique caracterizada a posse do estado de filho.

§ 2º. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação”.

¹² Arts. 1.597 e 1.601: Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.

¹³ Art. 1.601: O conhecimento da ausência de vínculo biológico e a posse de estado de filho obstam a contestação da paternidade presumida.

Como dito anteriormente, a intenção do legislador foi a de prestigiar os laços afetivos em prol dos biológicos, porém pecou por não especificar no art. 1597, V, CC que o consentimento é irrevogável, além de manter o art. 1.601, que permite a imprescritibilidade da impugnação da paternidade. Torna-se quase impraticável prestigiar sua intenção com tal paradoxo. Porém com base em outras fontes normativas como a Constituição Federal (art. 227); o ECA (arts. 4º e 5º)¹⁴ e tratados e convenções internacionais (Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ONU, art. 3.1¹⁵) é possível prestigiar aquilo que será melhor para o menor, a convivência com os pais biológicos ou os institucionais, aqueles que desejaram seu nascimento.

Na dúvida deve prevalecer a paternidade socioafetiva, pois esta valora as relações afetivas nos anos em que se consolidam o relacionamento entre pais e filhos. Neste sentido, como já foi dito, o genitor não se confunde com o pai, pois aquele (contendo uma postura impessoal), meramente doou seu material fertilizante, enquanto que este desejou a concepção da criança, além do mais, sua identidade é protegida justamente por estas figuras serem bem definidas.

¹⁴ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

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

¹⁵ Artigo 3.º

1 – Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.

A contestação da paternidade não deve servir para desconstituir a relação já estabelecida, mas sim, quando a criança não for filha biológica do pai, nos casos em que a paternidade é baseada nos vínculos reais e, por algum engano ou engodo da mãe, o sujeito, ao qual foi imputada tal paternidade, não é de fato o pai. Ao descobrir este fato, tem o direito de contestar uma paternidade que na verdade não existe. Este não é o caso da inseminação artificial heteróloga, cuja paternidade é essencialmente afetiva, lembrando-se que a filiação socioafetiva é gênero do qual descendem a filiação biológica e não biológica.

Dito isto, portanto não há como se impugnar uma paternidade já constituída só por ser socioafetiva quando é este justamente o pilar do instituto – paternidade- e já é de conhecimento prévio do marido da mãe que consentiu com a reprodução assistida. Depois de discutirmos acerca da função da inseminação artificial heteróloga e as conseqüências da impugnação da paternidade advinda deste instituto, façamos uma reflexão, portanto, acerca da viabilidade deste procedimento enquanto garantidor do direito de procriação.

2.4 – O Direito de procriar como sinônimo de Direito à Reprodução Artificial

Deve-se ter em mente que a reprodução assistida heteróloga não é um remédio à esterilidade, dado que aquele que terá o material genético idêntico à criança é um completo estranho ao casal, que doa seu material genético de forma impessoal. Não estamos classificando os filhos como legítimos ou ilegítimos, mas criticamos a intenção dos pais ao recorrer à técnica de reprodução assistida com material fertilizante distinto do seu, para realizar seu projeto parental através da sobreposição de seus desejos sobre a dignidade da criança, no caso de risco de impugnação da sua paternidade. Tal comportamento demonstra a coisificação da criança, pois ela se torna um meio para a realização do projeto parental dos pais e não um fim em si mesmo. Não é que não se reconheça a filiação sócioafetiva, mas uma vez privilegiando-a, deve o legislador ser coerente em suas intenções, pois uma vez prevista a possibilidade de se impugnar essa paternidade, deixa claro a fragilidade da posição da criança neste instituto qual seja a reprodução assistida heteróloga, posto que é um meio para a realização do desejo dos pais e ainda por cima, pode a paternidade ser impugnada, assim desejando o marido da mãe. Como aduz a jurista Maria Helena Diniz (2011, Pág. 674)

É mister que se tome consciência de que aqueles processos de fertilização humana assistida não trazem em si remédio algum à esterilidade, pois

quem é estéril continuará a sê-lo, uma vez que, na verdade, o partícipe da criação é o doador, um estranho ao casal, que tão somente coloca à disposição seu material fecundante. Como se vê, a solução da esterilidade residirá apenas na fecundação do consorte, mediante o uso de esperma ou de óvulo de uma pessoa que ficará incógnita. A opção pelas técnicas de reprodução assistida não é natural, nem é opção pelo amor, por exprimir uma entrega condicionada à obtenção de um filho artificialmente, nem mesmo é opção pela dignidade da pessoa humana, por tomar o filho como objeto de manipulação instrumental ou de experimentação em laboratório, com intervenção de terceiros que não são os genitores, sejam eles os doadores do material fertilizante, as que cederam o útero para procriação alheia ou os membros componentes da equipe médica que realizaram tais técnicas.

Diante do que foi dito, quando se trata da inseminação artificial heteróloga e da impugnação da paternidade, nos vemos diante do embate entre dois direitos: por um lado o direito fundamental à procriação e à saúde reprodutiva por parte dos pais, que como vimos não se confunde com direito à reprodução assistida heteróloga, e a dignidade da pessoa humana direito fundamental que visa à proteção da criança enquanto ser humano e não como material de manipulação por seus pais e médicos para realizar o projeto parental. Visa também proteger o menor contra a modificação nas intenções de seu pai em relação a si mesma, na figura da contestação da paternidade.

3. Artigo 1.601 do Código Civil Brasileiro

O art. 1.601 do atual Código Civil brasileiro dá ao marido o direito de buscar a contestação da paternidade dos filhos havido de sua mulher, sendo, tal direito, de acordo com o texto normativo, imprescritível, além de que, tal ação poderá ser prosseguida pelos herdeiros do impugnante. Consequentemente, sendo tal direito imprescritível, ignoramos a possível posse do estado de filho gerada com o passar de tempo, ou até mesmo permitimos o comportamento contraditório, no caso em que o marido permite a inseminação artificial da mulher para gerar um filho que terá apenas o laço afetivo que ligará o pai à criança. Portanto, passemos a examinar o art. em questão:

3.1 – A Imprescritibilidade da Ação Negatória de Paternidade

Venosa (2011, p. 1662), articula que “A verdade da paternidade genética não pode ser subordinada a prazo”, porém podemos observar um grave erro na afirmação elencada pelo grande doutrinador, uma vez que, como demonstrado até o presente momento, a parentalidade socioafetiva, que além de ser fundada com base no melhor interesse da criança, se constrói no decorrer do lapso temporal de convívio entre o pai e o filho, se sobrepõe à verdade real fundada na origem genética. Portanto, nas palavras do onisciente Tartuce (2013, p.1197):

A norma é duramente criticada porque, ao consagrar a imprescritibilidade da ação negatória de paternidade pelo marido, despreza a parentalidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filhos.

Sendo assim, ao nos questionarmos sobre a aplicação do dispositivo em questão em relação à Reprodução Assistida Heteróloga, devemos levar em consideração o que o já mencionado Enunciado 520 da V Jornada de Direito Civil estabelece: “O conhecimento da ausência de vínculo biológico e a posse de estado de filho obstam a contestação da paternidade presumida”.

De acordo com tal enunciado, se o pai, por não possuir capacidade *Generandi*, dá autorização para a utilização de sêmen de doador anônimo, e aquele primeiro o cria por um período longo; ao participar da criação, crescimento, sustento do menor e ao dar afeto, não poderá buscar a presunção da paternidade, uma vez que, caso fosse permitido o contrário, ignorarmos íamos toda a evolução que o Direito de Família sofreu ao dar maior importância ao vínculo socioafetivo do que ao biológico.

3.2 – Aplicação do Art. 1.601, do Código Civil na Inseminação Artificial

Diante de tudo que se apresentou, podemos notar que a razão de ainda existir tal dispositivo legal está, primeiramente, pautado na sua correspondência com os arts. 344 e 345, do Código Civil de 1916¹⁶, pois como leciona Venosa (2011), quando o filho nascia antes dos 180 dias do casamento, o marido podia contestar a paternidade, a não ser que detivesse o conhecimento de que sua mulher já estava grávida à época das núpcias ou se, ao assistir a lavratura do registro de nascimento, não tivesse contestado a paternidade. Em

¹⁶ Art. 344. Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher (art. 178, §3º).

Art. 345. A ação de que trata o artigo antecedente, uma vez iniciada, passa aos herdeiros do marido.

segundo, porque o atual diploma legal civil possui, ainda, ligação piegas com a moral e os bons costumes familiares cultivados nos séculos XIX e XX, em que, como já analisado, concentrava-se a paternidade nas questões patrimoniais e não nas socioafetivas. E em terceiro, porque o legislador, à época da elaboração do Novo Código Civil, não estava consciente dos gigantescos passos revolucionários que a ciência dava em relação à Reprodução Humana Artificial, tanto é, que o nosso ordenamento jurídico não acompanhou tais evoluções, sendo totalmente falho ao tratar de tais métodos de concepção assistida.

Portanto, com tais avanços científicos, Dias (2013, p.369) afirma que “tratando-se de inseminação artificial heteróloga, a presunção de paternidade é exclusivamente baseada na verdade afetiva.”, assim sendo, não poderemos aplicar o dispositivo em questão para impugnar a paternidade advinda da inseminação artificial heteróloga, mas nada impede que, de acordo com Dias (2013, p.379)

Apesar da proibição de identificação dos proprietários do material genético, não há como negar a possibilidade de o fruto de reprodução assistida heteróloga propor ação **investigatória de paternidade** para a identificação da identidade genética, ainda que o acolhimento da ação não tenha efeitos registrais.

Dessa maneira, devemos destacar que tal ação especificada pela excelente doutrinadora acima referenciada, se dá por conta do Direito personalíssimo que cada ser humano possui de saber a sua origem genética; e, não por ser fundada na modificação do registro da paternidade, uma vez que, como vem sendo tratado durante todo o texto, e aqui deve-se repetir, a paternidade hoje se dá pela socioafetividade e não pela origem biológica. Destarte, não há porque dar efeitos registrais a quem somente doou o seu material genético, sem ter o mínimo de ligação afetiva com o fruto de tal procedimento reprodutivo, mas, também, não podemos permitir que os sujeitos de Direito sejam impedidos de buscar a verdade biológica.

Noutro giro, se considerarmos que o terceiro doador possui vínculo afetivo com o fruto da inseminação artificial heteróloga, segundo Tartuce (2013) nada obstará a possibilidade do reconhecimento da multiparentalidade, ao contrário do que vem sendo acolhido nos tribunais, em que se escolhe ou parentalidade afetiva ou a biológica, pois, de acordo com Bunazar (apud TARTUCE, 2013, p. 1199)

A partir do momento em que a sociedade passa a encarar como pais e/ou mães aqueles perante os quais se exerce a posse do estado de

filho, juridiciza-se tal situação, gerando, de maneira inevitável, entre os participantes da relação filial, direitos e deveres; obrigações e pretensões; ações e exceções, sem que haja nada que justifique a ruptura da relação filial primeva.

Dessa forma Tartuce (2013, p.1.200) assevera que

O art. 1.601 do CC não deve ser aplicado aos casos de inseminação artificial heteróloga autorizada pelo marido conforme outrora transcrito Enunciado n. 258 CJF/STJ, uma vez que em casos tais a presunção é absoluta. Como se nota, o comando gera problemas em relação às duas novas formas de parentesco civil. Justamente por isso, há propostas de modificação do comando legal em comento. O PL 699/2011 pretende alterá-lo no sentido de restringir a impugnação da paternidade, para que não caiba nos casos de inseminação heteróloga, registro do filho ou adoção. Pelo PL 2.285/2007 (*Estatuto das Famílias* do IBDFAM) propõe-se o art. 76 a seguinte redação: “Cabe ao marido, ao convivente ou à mulher o direito de impugnar a paternidade ou a maternidade que lhe for atribuída no registro civil. §1º. Impugnada a filiação, se sobrevier a morte do autor os herdeiro podem prosseguir na ação. §2º. **Não cabe a impugnação da paternidade ou maternidade: I – em se tratando de inseminação Artificial heteróloga, salvo alegação de dolo ou fraude; II – caso fique caracterizada a posse do estado de filho**”. (Destaque nosso).

3.3 – Inaplicabilidade do Art. 1.601, do Código Civil, face ao vedamento do comportamento contraditório

Diante do exposto nos itens anteriores, observamos que como há a presunção absoluta da paternidade, se coubesse a possibilidade do marido buscar a sua impugnação, permitiríamos o comportamento contraditório, já que, se o pai se arrependesse da autorização dada para a utilização da reprodução assistida heteróloga, por exemplo, e resistisse, posteriormente, a registrar o filho como sendo seu, atentaríamos contra o princípio da boa-fé. Assim, a impugnação da paternidade que tratar de inseminação artificial heteróloga, salvo se houver dolo ou fraude, deve ser impedida uma vez que, além de todas as problemáticas apresentadas até aqui, tal circunstância vai de encontro à vedação do comportamento contraditório, o qual é adotado pelo nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Tartuce (ANO, p. 348) leciona que, face a essa situação,

Estamos diante de claro comportamento contraditório que atenta contra a boa-fé (*venire contra factum proprium non potest*). Na IV Jornada de Direito Civil, a comissão de direito das obrigações aprovou o Enunciado 362 CJF/STJ prevendo que “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”. Essa vedação do comportamento contraditório não se aplica somente aos contratos, mas também ao Direito de Família, representando importante incidência do princípio da boa-fé objetiva nesse âmbito privado.

4 – Dicotomia entre Direitos Fundamentais: Dignidade da Pessoa X Direito à Saúde Reprodutiva e à Autonomia Privada

Durante os anos o Direito como um todo vem sofrendo mudanças significativas, ainda mais no que diz respeito à substituição de paradigma da visão patrimonialista e individualista para uma vertente existencialista e solidária que enxerga o ser humano como um fim em si mesmo, dotado de diversos direitos advindos dessa sua natureza enquanto pessoa. Tais direitos ganharam visibilidade após a Segunda Guerra mundial, mais especificamente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Neste momento o mundo se voltou para a garantia de certos direitos que seriam indispensáveis e invioláveis para a garantia da integridade da pessoa humana, para que eventos como aqueles que ocorreram durante a Segunda Guerra nunca mais ocorressem e o ser humano nunca mais pudesse perder os limites de sua natureza com permissão legal.

Além de a dignidade ganhar força normativa como caráter de direito fundamental, a Constituição brasileira se torna o fundamento para a interpretação infraconstitucional, ou seja, as garantias fundamentais devem ser observadas também nas relações privadas, situação resumida no fenômeno chamado constitucionalização do Direito Civil, portanto, assim como a Constituição, as relações de direito privado também devem privilegiar os direitos existenciais em detrimento dos patrimoniais.

Quando falamos em filiação, surgem os direitos que visam à proteção da criança como a dignidade acima referida e o melhor interesse da criança. O cuidado é ainda maior quando se trata dos procedimentos de reprodução assistida, pois em observância às questões existenciais da criança deve-se coibir a coisificação da mesma, impedindo comportamentos como a impugnação da paternidade que denota a fragilidade do instituto perante os desejos

do marido da mãe – pai da criança por presunção legal – que pode, segundo o ordenamento civil, impugnar a paternidade a qualquer tempo. Tal direito é garantido sob o manto da liberdade de filiação e do direito à saúde reprodutiva que permitem primeiramente, que o sujeito recorra aos métodos artificiais de concepção para realizar o projeto parental e, posteriormente, protegido pela autonomia privada, possa contestar a filiação de uma criança que não possui vínculos reais consigo. Porém além do que já foi discutido acerca da primazia da filiação socioafetiva sobre a biológica e a falta de lógica do artigo 1.601 do Código Civil, devemos discutir acerca da dicotomia entre estes direitos, quais sejam a dignidade da pessoa humana de um lado, em favor da criança e do próprio núcleo familiar, e a liberdade de filiação e autonomia privada do outro em prol do pai dessa criança. Estudo que, portanto nos propomos.

4.1 – Constitucionalização do Código Civil

A característica marcante da hermenêutica jurídica atual é a sua unidade, sendo a Constituição a matriz de interpretação que deve ser observada por todo o ordenamento, inclusive pelo Código Civil (LOBO, 2011, p. 100)

Pode afirmar-se que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.

Sendo assim, como já mencionada, a Constituição deve ser observada primeiramente para que o ordenamento jurídico e a regra específica que se deseja aplicar tenham validade e eficácia. Dito isto, a Dignidade da pessoa humana, fundamento da nossa ordem jurídica, tem aplicação imediata nas relações privadas e como nosso foco é a criança inserida no procedimento de reprodução assistida heteróloga, é necessário estabelecer o momento em que esta criança adquire tal direito, pois o único requisito para possuí-lo é ser humano, motivo pelo qual se faz uma distinção necessária para tanto.

4.2 – Personalidade e Pessoa

Eduardo de Oliveira, apud Gozzo e Ligiera (2012), faz uma importante diferenciação entre dois conceitos: o de personalidade jurídica e o de pessoa. Nossa codificação trata de determinar o momento em que o nascituro se torna sujeito de direitos,

fato que ocorre condicionado ao nascimento com vida da criança. Apesar da lei só considerar o nascituro dotado de personalidade jurídica e, portanto, apto a adquirir direitos e deveres, uma vez que nasça vivo, já o considera como pessoa, ser humano, desde a concepção, existindo então estes dois conceitos, o primeiro diz respeito à personalidade e o segundo a personalidade.

O que ainda causa certa confusão, é a questão da aquisição ou expectativa de aquisição de direitos por parte do nascituro, pois apesar da evolução do ordenamento jurídico, o Código Civil ainda possui nuances patrimonialistas, ou seja, no que diz respeito à aquisição de direitos relacionados ao patrimônio, como a sucessão, a condição para que desfrute deste direito é o nascimento com vida, porém no que tange aos direitos existenciais, enquanto ser humano que é, desde a concepção, tais direitos lhe são inerentes. Assim sendo, como aduz Gozzo e Ligiera (2012) a intenção do legislador é determinar o momento em que o nascituro se torna sujeito de direito apto a receber um patrimônio. Apesar da preocupação do legislador ter sido, ostensivamente, o patrimônio, a lei garantiu desde a concepção os direitos do nascituro e, portanto, podemos determinar o momento em que se garantiu a este ter o direito à dignidade, uma vez que foi reconhecido seu status de ser humano.

Diante do que foi dito, é possível notar no plano concreto as consequências de se reconhecer a dignidade desde a concepção. Quando, na inseminação artificial heteróloga, o marido da mãe consente no procedimento, este está a reconhecer tal direito fundamental que é inerente à criança no momento de sua concepção, portanto com base na paternidade responsável, fruto do reconhecimento da dignidade da criança, não é possível que o pai conteste sua paternidade, pois isso atenta diretamente contra tal direito fundamental do ser concebido. Tal interpretação vem ratificar nosso posicionamento quanto à interpretação da codificação privada conforme a Constituição, ou seja, privilegiando o elemento existencial do ser humano.

4.3 – Dignidade da Criança

A dignidade da criança foi bem explicitada no art. 227 da Constituição Federal, regra na qual os pais têm uma gama de deveres que visam assegurar a estabilidade dos laços familiares e o sadio desenvolvimento psíquico e social da criança, garantindo assim seus direitos existenciais. Nesse sentido, (LOBO, 2011, p. 105) leciona que

No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa viragem, configurando seu específico bill of rights, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, além de colocá-la “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas.

Portanto, a família é o núcleo em que é esperado o desenvolvimento dos laços afetivos de tal forma que se possa desenvolver e exteriorizar a dignidade da pessoa através do cuidado recíproco dos interesses dos sujeitos do núcleo familiar, sendo assim, não é um instituto com um fim em si mesmo, mas que existe a partir e em prol do outro. Essa perspectiva denota outro princípio que deriva da Dignidade da pessoa humana: o princípio da solidariedade, que se caracteriza pela superação pelo ser humano do individualismo marcante do início da modernidade para a preocupação acerca dos interesses do outro. A solidariedade no núcleo familiar no que diz respeito aos filhos, se baseia nas responsabilidades dos pais e garantias que estes devem oferecer à criança para garantir seu desenvolvimento saudável.

A tendência das relações civis, em especial do núcleo da família, é encorajar este ambiente como o espaço de cultivo das relações afetivas, valorizando a face existencial do ser em detrimento da face patrimonial. Sendo assim, diante de tal perspectiva não é possível que o ser humano seja objeto de manipulação, como se um instrumento fosse. Tal mudança de paradigma, qual seja a especial atenção com os direitos da pessoa, é chamada de repersonalização do direito, cunhada por Paulo Lôbo (2011).

Diante do reconhecimento de que a criança possui direitos inerentes a si, notavelmente a dignidade da pessoa humana, não é permitido que a mesma seja tratada como um objeto. Dito isto, e ratificando posições já afirmadas anteriormente, quando os pais buscam por meio da inseminação artificial suprir a impossibilidade do casal ou de um dos parceiros de procriar é preciso ter em mente que a criança não é um meio para a realização do projeto parental, mas sim partidora dos laços afetivos e dos deveres de solidariedade.

Além do mais, outra posição que denota esse tratamento condenável é a impugnação da paternidade prevista no Código Civil, apesar do procedimento de reprodução assistida gerar uma espécie de filiação civil assim como a adoção, o código prevê a possibilidade de se impugnar a paternidade advinda daquela, enquanto a esta é garantido que

não se possa fazer o mesmo, pois uma vez constituída esta espécie de paternidade, baseada na afetividade e na igualdade em relação aos filhos naturais, não será possível desfazê-la. Ora, como já foi afirmado, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e não biológica, portanto não faz sentido a diferença de tratamento no que diz respeito à impugnação da paternidade em ambos os institutos quando possuem a mesma raiz. Assim sendo, uma vez que a contestação da paternidade, no caso da inseminação artificial heteróloga, atenta contra a dignidade da criança, deveria ser extirpada do ordenamento civil, como reafirma Paulo Netto Lôbo (2011, Pág. 60)

Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. Assim, viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto.

Em tese, o titular do poder familiar, o responsável ou o assistente da criança e do adolescente, deveriam ser responsáveis pela tutela de seus interesses de forma a garantir a concretude do princípio da dignidade da pessoa humana, porém quando houver conflitos entre estes sujeitos (o menor e os pais) não há dúvida que a preferência é pela tutela dos interesses da criança, sendo este – o melhor interesse da criança – inclusive, um dos principais princípios regentes do direito de família. Mas antes de concluirmos nosso estudo com tal afirmação, deve-se contrapor a defesa dos interesses da criança aos interesses do pai, para que se possa entender a figura pela impugnação da paternidade e sua existência no Código apesar de tal direito ser oposto aos interesses da Constituição.

4.4 – Autonomia Privada do pai

O casal é livre para constituir a filiação da forma que quiser não podendo o estado interferir neste aspecto, havendo inclusive uma lei que regula essa liberdade de planejamento¹⁷. Além do mais é garantida ao pai a autonomia de contestar uma filiação da qual não possui vínculos biológicos, a contestação da paternidade se baseia neste direito. Porém, apesar da importância de tais direitos, há um conflito de interesses, pois uma vez consentida à concepção o marido da mãe reconhece a dignidade da criança, sendo assim a unidade familiar é o meio pelo qual, através do afeto, se manifesta esta garantia

¹⁷ Lei nº 9.263, de 12 de Janeiro de 1996

constitucional. Estando reconhecida a dignidade e esta sendo manifesta pelo afeto, que por sua vez constituiu o estado da posse de filho através dos anos de relacionamento filial, são direitos suficientes por si só para que não se permita a impugnação da paternidade. Além disso, ainda se tem a garantia do melhor interesse da criança que, somada aos direitos anteriormente referidos, torna-se impossível a desconstituição dessa paternidade.

O princípio do melhor interesse da criança expressa de forma clara o reconhecimento dos direitos da criança e do adolescente, notadamente a dignidade da pessoa humana, demonstrando a mudança de posição dos menores de objetos para se tornarem sujeitos de direitos, tratados com especial atenção pelo Estado, família e sociedade. Portanto é lícito entender que no sopesamento de interesses e princípios, prevalecerão os interesses da criança.

5 – Conclusão

Diante de todo o exposto no presente artigo, podemos observar que o atual Código Civil valorizou os laços afetivos e desconsiderou a importância dos laços biológicos que, no Código Civil de 16, era o principal fator que originava a paternidade. Nesse novo painel é inserida a reprodução assistida heteróloga, a qual dá oportunidade ao casal, que não possui capacidade *generandi*, de realizar o sonho de ter filhos, porém, existe a possibilidade de que a criança se torne meio para a realização desse anseio. Neste caso, a transformamos em coisa, pois, na realidade, o que se busca é a satisfação dos pais à custa da identidade psicológica e social da criança.

Noutro giro, tal técnica de reprodução se torna uma ponte entre dois extremos em que, de um lado se encontra o privilégio da afetividade, quando há a previsão da presunção de paternidade a partir de inseminação artificial heteróloga e de outro o art. 1.601, do CC, pois enquanto aquela privilegia os laços afetivos, este art. atenta contra a Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que origina uma paternidade incerta à criança.

Mesmo que seja pacífico o entendimento de que a interpretação do ordenamento como um todo seja conforme a Constituição, o Código Civil prevê a imprescritibilidade da impugnação da paternidade, matéria que claramente atenta contra o princípio basilar do

Direito Constitucional brasileiro qual seja a dignidade e, além disso, atenta também contra a solidariedade, pois não leva em conta que o hiato no que concerne a paternidade poderá gerar a falta de identificação psíquica na criança, assim como desconsidera a posse de estado de filho já constituída pela relação afetiva entre pai e filho, construída durante os anos. Como se vê por todas as críticas tal artigo é de fato incompatível com a Constituição e com os novos rumos que as relações privadas vêm tomando.

Sendo assim, notamos certa imprudência e incoerência legislativa ao manter as redações dos arts. 344 e 345 do Código de 1.916, visto que à época, como não havia exame de DNA e nem a filiação se baseava na afetividade, tal código permitia ao pai contestar a paternidade quando o nascimento do filho não se enquadrava nas presunções determinadas pela Lei. Diferentemente, a atual codificação, acima de tudo, estabelece a filiação com base na afetividade, além de permitir o uso do exame de DNA para verificação da real origem biológica. Portanto, o já citado art. 1.601, CC, deve ser revogado, uma vez que sua existência contradiz a atual concepção de vínculo familiar.

REFERÊNCIAS:

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 6 Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOBO, Paulo Luis Netto. A constitucionalização do Direito Civil. Net. Brasília, 2004.

Disponível em:

<<http://olibat.com.br/documentos/Constitucionalizacao%20Paulo%20Lobo.pdf>>. Acesso em 24 de Julho de 2014.

COSTA, Judith Martins. As interfaces entre a bioética e o Direito. Net. Porto Alegre, 2011. Pág. 67. Disponível em

<http://www.pucrs.br/edipucrs/digitalizacao/irmaosmaristas/bioetica1.pdf#page=68>. Acesso em 24 de Julho de 2014.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº 130. Enunciados das Jornadas de Direito Civil. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2002.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº 258. Enunciados das Jornadas de Direito Civil. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2004.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº 520. Enunciados das Jornadas de Direito Civil. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2011.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº 519. Enunciados das Jornadas de Direito Civil. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2011.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº 339. Enunciados das Jornadas de Direito Civil. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2011.

BRASIL. Código Civil. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição Federal do Brasil. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

UNICEF. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em 28 de Julho de 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. Resolução CFM nº 2.013, 09 de Maio de 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Resolução CFM nº 1.957, 15 de Dezembro de 2010.

BRASIL. Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em 28 de Julho de 2014.