



FILHOS DO AFETO

MARIA BERENICE DIAS

4ª edição

revista, atualizada
e ampliada

CAPA:

Ronaldo Fraga

2024

19

FILHOS DE MUITOS AFETOS

Sumário: **19.1.** Pais separados – **19.2.** Convivência igualitária – **19.3.** Direito à convivência familiar – **19.4.** Presunções de paternidade – **19.5.** Reprodução assistida – **19.5.1.** Fecundação homóloga – **19.5.1.1.** Inseminação artificial *post mortem* – **19.5.2.** Fecundação heteróloga – **19.6.** Regulamentação pelo Conselho Federal de Medicina – **19.7.** Regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça – **19.8.** Multiparentalidade.

19.1. PAIS SEPARADOS

Deixando os pais de conviver sob o mesmo teto, nada afeta os **deveres de ambos** quanto aos filhos (CC, art. 1.632). O **poder familiar** permanece intocado. É necessário tão só deliberar o modo de convivência. No entanto, as mágoas inerentes à separação acirram os ânimos, o que leva à disputa pelos filhos, os quais são transformados em verdadeiros objetos, instrumentos de disputa de poder.

Desaguando a desavença na justiça, as partes encontram uma legislação retrógrada e juízes conservadores. Diante da sacralização da maternidade, a guarda sempre é concedida à mãe, assegurando ao pai escassas visitas quinquenais.

No entanto, quando o pai começa a reivindicar maior participação na vida do filho, a mãe tudo faz para impedir o convívio paterno-filial. O homem acaba refém da vontade dela, que, frequentemente, o chantageia para conseguir o que quer na partilha de bens ou na fixação dos alimentos.

Para impedir a convivência, muitas mães chegam a ponto de denunciar falsamente a prática de **abuso sexual**. Atentos à necessidade de garantir

proteção integral à criança, juízes suspendem o convívio e os processos se arrastam por anos. Como a mãe faz o filho acreditar que foi molestado pelo pai, tal gera enorme sentimento de rejeição, surgindo um insuperável abismo entre os dois.

Certamente, não há nada mais tormentoso para o magistrado do que deliberar sobre o destino de quem não pode decidir por si. Os pais, que têm a responsabilidade de fazê-lo, afogados em mágoas e ressentimentos, não conseguem perceber que os filhos são os que mais sofrem quando se rompe o vínculo familiar.

No entanto, do momento em que a justiça se aproximou das **ciências psicossociais**, as leis adquiriram um novo colorido. Os juízes passaram a decidir com mais sensibilidade. Na hora de julgar, começaram a atentar não só aos aspectos **jurídicos**, mas também a questões de ordem **subjéctiva** e **afetiva**. A escuta dos filhos por meio da técnica do Depoimento Especial (Lei 13.431/2017), a elaboração de laudos psicológicos e estudos sociais tornaram-se ferramentas indispensáveis para o julgamento de demandas envolvendo crianças e adolescentes.

19.2. CONVIVÊNCIA IGUALITÁRIA

Há muito a doutrina sustenta que não mais cabe falar em **guarda** para identificar com quem os filhos vão residir quando da separação dos pais. E, atribuída a guarda a um deles – geralmente à mãe –, ao genitor é assegurado mero direito de visitas.

Claramente essa forma tarifada de convívio transforma o filho em verdadeiro **objeto**, sem que o detentor da guarda perceba que essas intransigências só vêm em prejuízo do próprio filho, que fica privado de receber afeto de seus parentes e desfrutar momentos de alegria.

Do mesmo modo, não se pode falar em **visita**, pois pais não visitam os filhos. Eles têm o direito de **conviver** com eles, ou melhor, têm o **dever de cuidado**, não podendo abrir mão da convivência. A omissão dos pais em conviver com os filhos dá ensejo à imposição do pagamento de indenização por **abandono afetivo**. Afinal, continuam detentores do **poder familiar**.

A imposição da **convivência compartilhada**, ainda que exista desavença entre os pais, tem levado as mães a se oporem, alegando, inclusive, que tal daria ensejo à **violência doméstica**.

Toda guerra que os pais travam na busca da guarda unilateral, para impedir a concessão da guarda compartilhada, nada mais é do que mera

tentativa de apropriar-se com exclusividade do filho. Parece que ninguém percebe que, ao fim e ao cabo, guarda unilateral ou guarda compartilhada é um mero **rótulo**, que cada um dos pais persegue como um troféu.

No dizer de Gustavo Tepedino, a mudança de paradigma trazida com a guarda compartilhada é fundamental: a **continuidade**, após as transformações das separações, da consideração da família como um sistema em que se faz indispensável o **reconhecimento das diferenças**, do referendamento mútuo, das relações de complementaridade e, portanto, de **cooperação**, aliada à flexibilidade e compreensão das necessidades específicas em cada fase da criança. Na família, é necessário dar a devida importância aos vínculos de afeto, que implicam **responsabilidade e solidariedade**.¹

No entanto, falta harmonia entre os pais, geralmente fruto de ressentimentos em decorrência da separação, e os filhos não podem ser punidos. É isso que acontece, dando margem à **alienação parental (Lei 12.318/2010)**, prática tão recorrente que há todo um movimento para revogar a lei que flagrou essa realidade, impondo sanções a quem assim age.

19.3. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Apesar das significativas mudanças sociais e legais, não dá para esquecer que os deveres decorrentes do **poder familiar** permanecem intocados, mesmo quando da separação dos pais. Há uma tendência de expansão, cada vez maior, das normas éticas para o mundo jurídico, principalmente no Direito das Famílias, considerando a preocupação do direito contemporâneo com a proteção da pessoa humana em sua completude. Já se fala do **princípio da eticidade**, dada a relevância do comportamento ético e da **boa-fé** nas relações jurídicas. O **comportamento ético** nas relações familiares é fundamental.²

Como o direito de convivência decorre de dever inerente ao **poder familiar**, é **obrigatório** o compartilhamento da convivência, a ser estabelecida cuidadosa e individualmente, de preferência pelos próprios pais. Afinal, ninguém conhece melhor as necessidades, hábitos e horários dos filhos. Não se pode dizer que é amor em excesso que os impede de encontrar a melhor forma de convívio. De outro lado, para se livrar desse ônus de deliberar, de todo descabido atribuir ao filho a responsabilidade de decidir, o que, certamente, acarretar-lhe-á severa **crise de lealdade**.

1. Giselle Câmara Groeninga, Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar, 161.

2. Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos, O poder familiar e a guarda compartilhada..., 123.

Seja qual for a modalidade de convivência, é conjunta a **responsabilidade dos pais** e iguais são os **direitos e deveres** concernentes ao **poder familiar** (CC, art. 1.583, § 1º). Tanto em um como em outro regime de relacionamento, quando cabe ao juiz definir as respectivas **atribuições** e o **tempo de convívio** de forma **equilibrada** para cada um dos pais, deve atentar às condições fáticas e o interesse do filho.

As soluções para as situações de **conflituosidade** devem se adequar ao **princípio do melhor interesse**, garantindo-se a sua prioridade sobre quaisquer outros interesses, com a inafastável necessidade de recursos a outros ramos do conhecimento, como a psicologia, a pedagogia e o serviço social, para encontrar respostas vinculadas às particularidades do caso concreto, buscando assegurar sempre e de modo eficiente o direito fundamental do **convívio familiar** do filho com ambos os seus genitores.³

Geralmente, é elaborada uma tabela estipulando os dias de convívio, de forma absolutamente minuciosa, prevendo inúmeras possibilidades, como com quem os filhos permanecerão nos dias de aniversário dos pais, nas datas comemorativas a eles, bem como Natal, Ano-Novo, férias, feriados etc.

Além disso, é estabelecido o **horário** em que o filho será buscado e devolvido. Fora dessas previsões, simplesmente nada é permitido. Por exemplo, a mãe **“não deixa”** o filho comparecer ao aniversário dos avós ou ao casamento de algum parente. Pela simples razão de tal não se encontrar previsto, ou no **acordo**, ou na **decisão judicial**.

Apesar da distinção entre **convivência compartilhada e custódia unilateral**, compete a ambos os pais o dever de dirigir a **criação** e a **educação** do filho (CC, art. 1.634, I) e fiscalizar sua **manutenção** (CC, art. 1.589). A **escola** tem o dever de informar aos dois sobre a frequência e o rendimento do aluno, bem como sobre a execução da proposta pedagógica (CC, art. 1.584, § 6º).

As **avaliações** sobre guarda de filhos são extremamente complexas e provavelmente são as avaliações judiciais mais difíceis de realizar, em razão do conhecimento exigido e da sua natureza de **juízo de valor**.⁴ Daí o prestígio que mereceu a **mediação** na legislação processual. Mecanismo que coloca as partes envolvidas no lugar de protagonistas, estimulando o diálogo e a discussão profunda sobre o problema, desobstruindo a comunicação entre os mediandos, aperfeiçoando a escuta do outro. Nesse contexto, faz

3. Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos, O poder familiar e a guarda compartilhada..., 136.

4. Evani Zambon Marques da Silva, Como as perícias psicológicas podem ajudar os processos judiciais, 374.

gerar a redescoberta de desejos e frustrações, que, quando bem trabalhados pelo mediador, podem levar os envolvidos a uma nova elaboração de seus conflitos internos e subsequente transformação de sentimentos e atitudes.⁵

Como, além da convivência, é necessário compartilhar os encargos parentais, vem se consolidando a necessidade da criação de um **Plano de Coparentalidade**, sob a orientação de um **Consultor Parental**. Delegar essa missão à justiça é convocar pessoas estranhas, assoberbadas de serviço, para decidir o que é melhor para alguém que eles nem conhecem. A possibilidade de participação de equipe interdisciplinar é expressamente admitida (CC, art. 1.584, § 3º).

Convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o **grupo familiar**, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Diz Paulo Lôbo ser o **direito-dever** de contato e convívio de cada pessoa com seu grupo familiar. Configura um dos mais importantes efeitos da mudança paradigmática, no giro para realizar o macroprincípio da **solidariedade familiar**, conjugado com o da **afetividade**, para além das funções tradicionais da família. É **direito** porque pode ser exercido contra quem o obsta, seja o Estado, o grupo familiar, o grupo social ou até mesmo outro membro da família. É **dever** porque cada integrante do grupo familiar, ou cônjuge, ou companheiro, ou filho, ou parente está legalmente obrigado a cumpri-lo, além da família como um todo, ou, ainda, a sociedade e o Estado. É dever de **prestação de fazer** ou de **obrigação de fazer**.⁶

Obstaculizar o direito de convivência do filho com o genitor configura **descumprimento dos deveres** decorrentes do **poder familiar**. Seja doloso ou culposo esse agir, o Estatuto da Criança e do Adolescente tipifica como **infração administrativa**, sujeitando o infrator à multa de três a vinte salários, aplicando-se o dobro em caso de reincidência (ECA, art. 249).

O direito à convivência não se esgota na pessoa do genitor não guardião. Os **demais parentes** não podem ter seu contato com a criança ou o adolescente negado, para que as relações de família não sejam dificultadas ou obstadas. A lei, acertadamente, privilegia a preservação da convivência do filho com seu **grupo familiar**: o conjunto de pessoas que ele concebe como sua família, constituído de parentes ou não. O juiz não mais pode escolher entre o pai ou a mãe apenas. Deve preferir quem, por tempera-

5. Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos, O poder familiar e a guarda compartilhada..., 169.

6. Paulo Lôbo, Direito-dever à convivência familiar, 394.

mento ou conduta, possa melhor assegurar a permanência da convivência do filho com os familiares paternos e maternos.⁷

O rol legal atribui a ambos os pais o dever de dirigir a criação e a educação dos filhos; exigir obediência e respeito; tê-los em sua companhia e guarda; representá-los ou assisti-los, a depender da idade (CC, art. 1.634). Desse modo, quer o filho esteja sob a custódia unilateral de um dos pais, quer seja a convivência compartilhada de ambos, todos esses encargos devem ser exercidos conjuntamente.

19.4. PRESUNÇÕES DE PATERNIDADE

Não adianta, os homens continuam inseguros sobre a **legitimidade** dos seus filhos. Tanto que passam a vasculhar semelhanças entre ambos desde o dia do nascimento. Serão eles sangue do seu sangue? A esta dúvida responde a lei. Todo filho nascido de sua mulher é filho seu. Esta presunção é tão antiga que tem origem no Direito Romano: *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*.⁸

Os significativos avanços no campo da **medicina genética** provocaram mudanças que se refletiram no âmbito do Direito das Famílias. O descobrimento dos **marcadores genéticos**, que indicam, com grau de certeza praticamente absoluta, o vínculo de consanguinidade, faz ruir as presunções de paternidade.

Ainda assim – e absurdamente – insiste o legislador em manter a presunção que atribui a paternidade ao marido. Ora, o que a lei presume é a **fidelidade** da mulher. Daí a valorização da **virgindade** feminina e todos os rótulos que lhe são conferidos segundo o exercício, ou não, de sua sexualidade, ou seja, os filhos de uma mulher casada são sempre filhos do seu marido (CC, art. 1.597, I e II). Inclusive, é determinada a realização de inúmeros e mirabolantes cálculos na tentativa de identificar a verdade biológica e descobrir quem é filho de quem (CC, arts. 1.597, II, e 1.598).

O reconhecimento da reprodução humana como direito é recente e se verificou no já longo e diversificado caminho percorrido pelos direitos reprodutivos. O conceito de **procriar** compreende, sobretudo, o fato meramente genético, ou seja, de dar origem a um filho que derive do próprio

7. Paulo Lôbo, Direito-dever à convivência familiar, 397.

8. Em tradução livre: pai é aquele que demonstra viver em justas núpcias.

patrimônio genético,⁹ ainda que o estado de filiação também se estabeleça quando é usado, de forma consentida, material genético de terceiros.¹⁰

De forma tímida, o Código Civil estabelece presunções nas hipóteses de **inseminação artificial** (CC, art. 1.597, III a V), não atentando a todas as tecnologias reprodutivas.

Com relação à mãe, não existia qualquer dúvida: *mater semper certa est*.¹¹ Mãe é aquela que gesta, é quem dá à luz. No entanto, partir da possibilidade da **cessão do útero**, em que uma mulher gera um filho que foi fecundado em laboratório, desaparece também a presunção de que a **mãe** é sempre certa. Não é mais. Quem dá à luz não é a mãe. Mesmo que o nome da parturiente conste na Declaração de Nascido Vivo (DNV), no registro do nascimento deve ser inserido o nome da mãe que, necessariamente, não foi quem forneceu o óvulo. Há a possibilidade de este ter sido cedido por outra pessoa, que também não é a mãe. Provimento do Conselho Nacional da Justiça¹² autoriza o registro em nome da mãe diretamente perante o Registro Civil. Basta a apresentação do **termo de consentimento informado** firmado na clínica que realizou a fertilização e a declaração, por **escritura pública**, de concordância de quem participou do processo procriativo. No entanto, na hipótese de a gravidez decorrer de autoinseminação – a chamada **reprodução caseira** –, a exigência de apresentar declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, em que foi realizada a reprodução assistida, impede o registro extrajudicialmente. Assim, obriga a propositura de uma **ação judicial**. Ora, de todo descabido inflar o Judiciário com ações sem conteúdo decisório. Como o juiz não designa audiência e se limita a ouvir o Ministério Público, acaba por cancelar o pedido. Com certeza, delegar ao oficial do registro civil confirmar a existência do projeto parental emprestaria mais segurança jurídica.

A única maneira de controle da inseminação artificial caseira é sua **legalização**. Apesar de os tribunais já se manifestarem acerca da parentalidade socioafetiva, será necessário analisar mais amplamente, levando-se em conta o melhor interesse da criança que, diante de um acordo dos genitores, já teve sua vida predeterminada.¹³

9. Heloisa Helena Barboza, Direito dos transexuais à reprodução, 266.

10. CNJ – Enunciado 39: O estado de filiação não decorre apenas do vínculo genético, incluindo a reprodução assistida com material genético de terceiro, derivando da manifestação inequívoca de vontade da parte.

11. Em tradução livre: A mãe é sempre certa.

12. CNJ, Provimento 149/2023, art. 513, § 1º.

13. Maria Eduarda dos Santos Velke e Cíntia Regina Portes, Consequências jurídicas da inseminação..., 141.

Segundo Paulo Lôbo, a mudança da **legitimidade** para o plano da **afetividade** redimensiona a função tradicional da presunção *pater ist est*. Dessarte, sua função deixa de ser a de presumir a **legitimidade do filho**, em razão da origem matrimonial, para a de presumir a paternidade, em virtude do **estado de filiação**, independentemente de sua origem ou de sua concepção.¹⁴

Cristiano Chaves vai além. Com as descobertas científicas avançadas, que permitem indicar a filiação com precisão absoluta, e pluralidade de manifestações afetivas, não parece razoável estabelecer uma relação paterno-filial por **presunção**, quando é possível ter convicção jurídica de sua origem – seja biológica, socioafetiva ou qualquer outra.¹⁵

Apesar das presunções legais, é concedida **certeza relativa** à recusa ao réu em submeter-se ao exame de DNA, ao exigir a apreciação do conjunto probatório (Lei 8.560/1992, art. 2º-A, parágrafo único). Esse dispositivo, no entanto, entra em confronto com as normas probatórias da lei civil (CC, arts. 231 e 232) e Súmula do STJ.¹⁶

Em quase todas as inúmeras modalidades reprodutivas, há a participação de mais de duas pessoas, seja cedendo material genético, seja levando a gestação a termo. Ora, o projeto parental pode não ser exclusivamente de duas pessoas. Ter um filho pode embalar um sonho conjunto de mais pessoas. Daí a admissão da **multiparentalidade**.

19.5. REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Filho não é fruto de geração espontânea.

A gravidez sempre decorreu do contato sexual entre um homem e uma mulher. É necessária a união do material genético de duas pessoas de sexos diferentes. Ao menos até agora, uma vez que a clonagem humana ainda não aconteceu.

Essa era a única forma de se ter um filho.

E, para quem não tivesse um par ou não conseguisse engravidar, o único caminho era a **adoção**.

14. Paulo Lôbo, *Direito Civil: Famílias*, 199.

15. Cristiano Chaves de Farias, *Escritos de Direito e Processo das Famílias...*, 191.

16. STJ – Súmula 301: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

No entanto, o tempo de espera é longo demais. O procedimento de habilitação demora muito mais do que o prazo de uma gestação.

Com o surgimento das **técnicas de reprodução assistida**, que conferem a possibilidade de os filhos serem gerados por inseminação artificial, muitas pessoas acabam desistindo de adotar. Procuram clínicas de fertilização para “fazerem” o filho. Se, por um lado, isso lhes dá a certeza de que conseguirão ter um filho de maneira muito mais rápida, por outro, aumenta o número de crianças esperando pela adoção.

Há uma divisão entre as técnicas que possibilitam a fecundação dentro da barriga da mulher e aquelas em que a fecundação ocorre fora da barriga, chamadas de inseminações artificiais *in vitro*.¹⁷

Há implicações jurídicas no que se refere à possibilidade de:

- utilização de gametas de terceiros – reprodução heteróloga;
- gestação *post mortem*;
- congelamento das células germinativas humanas; e, principalmente,
- congelamento do embrião humano.¹⁸

O **planejamento familiar** é assegurado constitucionalmente (CR, art. 226, § 7º), fundado nos princípios da **dignidade humana** e da **paternidade responsável**, é livre decisão do casal, competindo ao Estado proporcionar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.¹⁹ É regulamentado em lei (Lei 9.263/1996), que define: (art. 2º): *entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal*.

O Código Civil estabelece presunções de paternidade, sem atentar a todas as possibilidades das modernas tecnologias reprodutivas (CC, art. 1.597, III, IV e V). As expressões **fecundação artificial**, **concepção artificial** e **inseminação artificial** devem ser interpretadas como **técnicas de reprodução assistida**.²⁰

17. José Roberto Moreira Filho, As novas formas de filiação advindas das técnicas de inseminação..., 44.

18. José Roberto Moreira Filho, As novas formas de filiação advindas das técnicas de inseminação..., 43.

19. Heloisa Helena Barboza, Direito dos transexuais à reprodução, 270.

20. CJCF – Enunciados 105 e 257: As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “in-seminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597, deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”.

Destaca Guilherme Calmon a insuficiência, a impropriedade e a inadequação do texto codificado.²¹ No âmbito do direito sucessório, as omissões provocam acirradas controvérsias, fazendo-se necessário invocar as regras da chamada prole eventual.²²

Os principais dilemas jurídicos trazidos pela inseminação humana artificial dizem respeito às chamadas inseminações heterólogas, à possibilidade de congelamento de células germinativas e de embriões humanos, e à tão discutida e propalada possibilidade de intervenção e manipulação de células germinativas ou totipotentes para fins de pesquisa ou clonagem.²³

Exclusivamente, o Conselho Federal de Medicina regulamenta as normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida²⁴

Os procedimentos procriativos são cobertos obrigatoriamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS).²⁵ A Lei que dispõe sobre os **planos e seguros privados de assistência à saúde** (Lei 9.656/1998) estabelece como obrigatória a cobertura do atendimento em caso de planejamento familiar (art. 35-C, III), mas exclusivamente a **inseminação artificial** (art. 10, III), o que excluiu a **fertilização *in vitro*** e a **criopreservação** dos óvulos.²⁶

São chamados de **famílias ectogenéticas** os modelos familiares com filhos frutos das técnicas de procriação medicamente assistidas. Os tipos podem variar entre processos homólogos ou heterólogos, conforme o material genético seja de ambos, apenas de um ou de nenhum dos membros do casal e ainda incluir o recurso à maternidade de substituição tradicional ou gestacional (conforme o óvulo pertença ou não à mãe portadora).²⁷

Conclusão: o avanço científico acabou agravando o seríssimo problema social das milhares de crianças depositadas em abrigos.

-
21. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A reprodução assistida heteróloga..., 353.
 22. JCJF – Enunciado 267: A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.
 23. José Roberto Moreira Filho, As novas formas de filiação advindas das técnicas de inseminação..., 55.
 24. CFM – Resolução 2.320/2022.
 25. Portaria 3.149/2012 do Ministério da Saúde.
 26. STJ – REsp 1.865.350/BA (2020/0054687-8), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 12/02/2021.
 27. Marianna Chaves, Famílias ectogenéticas:..., 310.

19.5.1. Fecundação homóloga

Quando é utilizado material genético do casal, chama-se de **fecundação homóloga**. Assim, o vínculo de filiação é **biológico**. É desconsiderada a relação sexual – por ser inexistente.

Na inseminação homóloga, a presunção é de que o filho tenha sido concebido na constância do casamento. Como ocorre a utilização de material genético do casal, quando do registro do filho não é necessário informar o uso de técnica reprodutiva.

19.5.1.1. Inseminação artificial post mortem

A Lei da Biossegurança²⁸ admite que **embriões excedentários** podem ser implantados no útero para gestação. Nessa hipótese, o Código Civil presume que o filho tenha sido concebido na constância do casamento (CC, art. 1.597, III). Trata-se de **fecundação homóloga** em que foi utilizado material genético do casal. O exemplo é a possibilidade de a viúva ou a companheira sobrevivente fazer uso do **material genético do falecido**, que havia sido criopreservado na constância do casamento ou da união estável. Para isso é necessário que disponha de autorização expressa do marido para o uso de seu material genético após sua morte.²⁹

A exigência de apresentação do **termo de consentimento livre e esclarecido**, firmado pelo doador, autorizando o uso do material genético após sua morte, não está na lei (CC, art. 1.597, III). É a resolução do Conselho Federal de Medicina que torna **obrigatório** o consentimento livre, esclarecido e informado de quem se submete às técnicas de reprodução assistida. No momento da criopreservação, o paciente deve expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos seus embriões em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento.³⁰

28. Lei 11.105/2005.

29. CJF – Enunciado 106: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

30. CJF – Enunciado 104: No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

Ainda que não tenha havido autorização do genitor, caso tenha sido feito uso do material genético do falecido, é necessário que o filho, depois do nascimento, promova **ação declaratória de filiação**. Como certamente nasceu depois de 300 dias da morte do pai, já decorreu o lapso temporal que faz presumida a paternidade (CC, art. 1.597). É preciso provar somente o **vínculo biológico** e que foi usada técnica de reprodução assistida com a participação do suposto pai. No entanto, não é necessário demonstrar o desejo do morto de ser pai após a sua morte. Ao contrário do que sustenta José Roberto Moreira Filho,³¹ mesmo não existindo nenhuma manifestação expressa ou tácita do falecido quanto à filiação futura, esta pode ser a ele imputada. Não importa sua vontade quanto à aceitação da filiação, até porque já está falecido, e não há como deixar o filho sem a identidade do pai. Afinal, permitiu que seus gametas fossem criopreservados.

Ainda contrariando o mesmo autor, o simples fato de alguém deixar gametas congelados autoriza que lhe seja imputada a filiação do filho gerado com o uso de seu sêmen. Descabe investigar sua motivação: ter feito o congelamento apenas com o intuito altruísta de auxiliar casais inférteis ou por precaução do falecido em casos de vir a se submeter a uma quimioterapia, que poderia resultar em sequelas em sua fertilidade.³²

19.5.2. Fecundação heteróloga

Todo o capítulo “Da filiação” do Código Civil diz respeito à **filiação biológica** (CC, arts. 1.596 a 1.606). Só um inciso é dedicado à reprodução em que a utilização de material humano alheio não interfere na identificação do vínculo de filiação (CC, art. 1.597, V): há a **presunção da paternidade** na inseminação artificial heteróloga, desde que haja autorização do **marido**. Não só do marido, mas também do companheiro na **união estável**.³³

A possibilidade de ser questionada, em juízo, a origem da filiação refere-se tão somente à **filiação consanguínea** (CC, arts. 1.601 e 1.604). Tratando-se de fecundação decorrente de **concepção heteróloga**, em que, expressa e formalmente, é autorizada a utilização de material genético de terceira pessoa, a presunção da paternidade é **absoluta** (*juris et de jure*).

31. José Roberto Moreira Filho, As novas formas de filiação advindas das técnicas de inseminação..., 58.

32. José Roberto Moreira Filho, As novas formas de filiação advindas das técnicas de inseminação..., 57.

33. JCF – Enunciado 570: O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga “a patre” consentida expressamente pelo companheiro, representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez da companheira.

Não é possível **contestar** a paternidade. Nesse sentido, enunciados do Conselho Nacional de Justiça³⁴ e das Jornadas do Conselho da Justiça Federal³⁵ estabelecem o paralelismo entre a adoção e a reprodução heteróloga.

A presunção é **absoluta**. O marido não pode contestar a paternidade (CC, art. 1.601).³⁶ No entanto, provado erro ou falsidade do registro, é possível questionar o vínculo de filiação constante do registro (CC, art. 1.605).

19.6. REGULAMENTAÇÃO PELO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Como ainda não existe qualquer regulamentação legal, o **Conselho Federal de Medicina**³⁷ assumiu a tarefa, que periodicamente atualiza, por meio de normas éticas sobre os procedimentos de inseminação artificial.

As técnicas reprodutivas têm o papel de auxiliar problemas de reprodução humana, sendo acessível a todas as pessoas maiores de 18 anos, ou seja, independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero. Expressamente, é autorizada a **gestação compartilhada em união homoafetiva feminina**, não se podendo excluir a mesma possibilidade a **transexuais, travestis e intersexuais**. Em nenhum desses casos há infertilidade, somente impossibilidade reprodutiva.

Algumas restrições injustificáveis.

A **doação de material genético**, bem como a **doação temporária do útero** (chamada de gestação de substituição e, mais popularmente, de barriga de aluguel), não pode ter caráter **lucrativo ou comercial**. A proi-

34. CNJ – Enunciado 39: O estado de filiação não decorre apenas do vínculo genético, incluindo a reprodução assistida com material genético de terceiro, derivando da manifestação inequívoca de vontade da parte.

JCJF – Enunciado 104: No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

35. JCFJ – Enunciado 111: A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção há o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer é estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

36. JCJF – Enunciado 258: 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.

37. CFM – Resolução 2.220/2022.

bição de pagamento é absolutamente descabida, até porque não alcança os **custos do laboratório** e os **honorários dos médicos** que realizam o procedimento de fertilização.

De qualquer modo, a proibição não tem previsão legal, e resolução médica não tem força de lei. A sacralização da maternidade não justifica impor a alguém que, por um gesto de solidariedade, passe nove meses engordando, vendo seu ventre crescer, seu corpo se deformar, tendo que comprar roupas novas. Esse também é um período difícil porque a gestante precisa se submeter a toda sorte de exames, a um controle alimentar e vai passar pelo parto, momento sabidamente dolorido que a coloca sob um risco de morte. Além disso, há limitações de outras ordens, como ver negado acesso ao mercado de trabalho, não poder viajar. E, como bem lembra Rodrigo da Cunha Pereira, se a gravidez ocorresse no corpo dos homens, certamente o aluguel da barriga já seria um mercado regulamentado.³⁸ De qualquer forma, nunca se questionou o fato de o procedimento médico de inseminação ser pago, e bem pago.

De forma injustificada, é permitida somente a transferência de embriões de uma **única origem, sob a** alegação de garantir a segurança da prole e a rastreabilidade. Na era do DNA, absurda a limitação. A paternidade constitui-se desde a concepção, no início da gravidez,³⁹ configurando hipótese de paternidade responsável.⁴⁰ Quem consente não pode impugnar a filiação. Se fosse admitida impugnação, haveria uma paternidade incerta em razão do segredo profissional do médico e do anonimato do doador do sêmen.⁴¹ Também sem qualquer senso a exigência de que a doadora do útero deve ter um filho vivo e vínculo de **parentesco consanguíneo**, até o quarto grau, com um dos futuros pais: mãe, avó, irmã, tia ou prima. Será que as parentes por **afinidade** estariam excluídas? E, se alguma dessas pessoas é **adotada**, pode ou não?

Na inexistência de tais parentes, surgindo alguém que se disponha a, gratuitamente, ceder seu útero – ou melhor, doar-se inteira para gestar –, é necessário buscar **autorização** do Conselho Regional de Medicina. Uma

38. Rodrigo da Cunha Pereira, Barriga de aluguel: o corpo como capital.

39. JCNJ – Enunciado 570: O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga “a patre” consentida expressamente pelo companheiro, representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez da companheira.

40. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A reprodução assistida heteróloga..., 267.

41. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, 380.

burocracia para lá de desnecessária, pois o órgão colegiado não realiza qualquer procedimento ou diligência para aferir a veracidade das alegações, mas leva cerca de seis meses para simplesmente apor um carimbo dizendo “ok”.

Na **inseminação homóloga *post mortem***, não existe exigência legal da necessidade de autorização expressa (CC, art. 1.597, III). A imposição é feita somente **pelo Conselho**.

Na ausência de prévio consentimento autorizando o uso do material genético, a fim de obter o reconhecimento do vínculo de filiação com o pai morto, é necessário que o filho, após o nascimento, promova **ação declaratória de filiação**, comprovando o uso da técnica de inseminação artificial e o vínculo biológico com o falecido, para que seja reconhecida a fecundação homóloga. Como o nascimento provavelmente se dará após os 300 dias da morte do suposto pai, ou seja, da dissolução do casamento, fica afastada a presunção de filiação estabelecida no art. 1.597, II, do CC. A ação deve ser fundamentada no inciso III desse artigo.

Na **fecundação heteróloga**, necessariamente há a participação de mais de duas pessoas no projeto gestacional. A Resolução impõe que, obrigatoriamente, seja mantido o **sigilo** sobre a **identidade dos doadores** de gametas e embriões, bem como dos **receptores**. Uns não devem conhecer a identidade dos outros. A vedação é de todo injustificável e visa mais é chancelar a irresponsabilidade do doador do que o direito do filho de conhecer sua ancestralidade, um dos atributos mais significativos do **direito de personalidade**.

Vigorando no Brasil o princípio da **legalidade**, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CR, art. 5º, II), as disposições do Conselho regulador da atividade média devem atender a esse ditame. Nada justifica impor restrições sem critérios científicos e motivações médicas, o que enseja afronta a um punhado de princípios constitucionais.⁴²

Na **adoção**, ainda que assegurado o direito ao **sigilo** de quem entrega o filho para ser adotado, é garantido o conhecimento da origem biológica (ECA, art. 48). Na reprodução assistida heteróloga não há como excluir o mesmo direito. O conhecimento da própria ancestralidade é um dos pilares do princípio constitucional de **respeito à dignidade humana** e não pode ser obstaculizado por regra de natureza administrativa.

42. Maria Berenice Dias e Marta Cauduro Oppermann, *As inconstitucionalidades da Resolução...*, 19.

19.7. REGULAMENTAÇÃO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Quando a gravidez decorre de técnicas procriativas, o assento de nascimento do filho é regulado pelo Conselho Nacional de Justiça.⁴³

É dispensada **autorização judicial** para o registro em nome dos pais. Basta o comparecimento de **ambos** ao ato do registro.

Caso os pais sejam **casados ou vivam em união estável**, poderá somente um deles comparecer ao ato de registro, contanto que apresentem:

- declaração de nascido vivo (DNV);
- declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;
- certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

Na hipótese de **reprodução assistida *post mortem***, além dessa documentação, é necessário apresentar termo de autorização prévia específica para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

A exigência de prova documental da **união estável** é de todo descabida, uma vez que se trata de **ato-fato jurídico** que se constitui pela presença de um convívio público, ostensivo e continuado. Assim, para a lavratura do registro, bastaria o reconhecimento, pelo Oficial do Registro Civil, da presença desses elementos. Absolutamente descabido é que as partes precisem se socorrer do Poder Judiciário caso a união não esteja formalizada.

No caso de filhos de **casais homoafetivos**, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência à distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

A exigência da apresentação de **declaração do diretor técnico da clínica de fertilização** exclui a possibilidade de registro nas hipóteses de autoinseminação, mais conhecida como **inseminação caseira**.

Essa é uma prática recorrente não só em face dos altos custos dos procedimentos medicamente assistidos, mas também porque esbarra no

43. CNJ – Provimento 149/2023, arts. 512 a 514.