

A Paternidade decorrente de Inseminação Artificial Heteróloga, segundo o Código Civil de 2002

Enviado por Fernando David de Melo Gonçalves
30-Abr-2009

Em outro texto analisamos a paternidade legal resultante de inseminação artificial homóloga. Contudo, essa abordagem não esgota o tema – da paternidade decorrente de reprodução humana assistida, positivada no Código Civil de 2002.

Juntamente com a inseminação artificial homóloga o Código Civil de 2002 contemplou, em seu artigo 1597, inciso V, hipótese de paternidade decorrente de inseminação artificial heteróloga. Este é o assunto que se pretende debater no presente trabalho. Reza o referido dispositivo: “Art. 1597: 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 subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III-havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV-havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V-havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

Como se vê, o inciso V do artigo 1597 trata da possibilidade de concepção artificial heteróloga desde que haja prévio assentimento do cônjuge varão. Aqui a questão é mais complexa, envolvendo duas possíveis paternidades no processo de filiação: a paternidade biológica (do homem que cedeu o sêmen) e a paternidade legal (do homem que aquiesceu na inseminação de sua mulher). Todavia, é certo que a manifestação livre e consciente da vontade do marido substitui o critério biológico o qual, de fato, apontaria para outra paternidade se analisado isoladamente. Debatendo este pormenor da prevalência do consentimento sobre o patrimônio genético, o Conselho de Justiça Federal, por iniciativa do Superior Tribunal de Justiça (CJF/STJ), elaborou o Enunciado nº. 104, a seguir transcrito: “Enunciado 104 - art. 1597: 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.”

Forte na clareza da letra do inciso V do artigo 1597 do Código Civil e diante da lição dos doutrinadores congregados pelo Conselho de Justiça Federal, conclui-se que a paternidade deve ser atribuída ao marido anuente de forma “prévia”, ainda que verbalmente, e não ao doador do material genético. Sobre a forma de consentimento do marido, qualificada na lei como prévia somente, ensina o preclaro civilista Paulo Luiz Netto Lobo 1: “Ocorre tal modalidade de inseminação quando é utilizado sêmen de outro homem, normalmente doador anônimo, e não o do marido, para a fecundação do óvulo da mulher. A lei não exige que o marido seja estéril ou, por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar. A única exigência é que tenha o marido previamente autorizado a utilização de sêmen estranho ao seu. A lei não exige que haja autorização escrita, apenas que seja prévia, razão por que pode ser verbal e comprovada em juízo como tal.”

Destarte, resta saber, ainda, se é possível ao marido, mesmo depois de ter manifestado sua concordância, o ajuizamento de negatória de paternidade, invocando direito constitucional à ação para desconstituir o vínculo de filiação (CF: art. 5.º XXXV: princípio da inafastabilidade da jurisdição). Essa é uma questão controvertida na doutrina. Tanto assim que o professor Carlos Celso Orcesi da Costa pontua a problemática com maestria: “Esta a fundamental diretriz que deve o Direito adotar diante de tão novo problema jurídico: o prestígio da vontade das partes. Seria razoável supor que, por exemplo, doador e pai biológico, consciente de sua doação impessoal, pudesse reclamar futuramente a paternidade do filho? Eis porque é recomendável que o Direito tome partido, isto é, que fixe claramente sua diretriz positiva”.

2 Realmente, como a lei não enfrentou essas indagações levantadas pelo mestre Carlos Celso Orcesi da Costa, coube à doutrina produzir um norte aos intérpretes do Direito, inclusive para auxiliar o Poder Judiciário caso este se depare com caso concreto desta natureza – discutindo a admissibilidade da ação negatória em comento. Na opinião do insigne Mário Aguiar Moura é válida a negatória de paternidade, avertando: “que sempre é possível o uso da ação pelo marido, a despeito de sua prévia concordância”.

3 Entretanto, ao contrário disso, as legislações estrangeiras mais modernas, afirma Gláucia Savin: “impedem ao cônjuge que ofereceu seu consentimento à prática de inseminação heteróloga a obtenção de provimento negativo da paternidade”.

4 Nesse mesmo diapasão se posiciona a eminente civilista Maria Helena Diniz⁵, para quem: “Se anuiu na inseminação artificial heteróloga, será o pai legal da criança assim concebida, não podendo voltar atrás, salvo se provar que, na verdade, aquele bebê adveio da infidelidade de sua mulher (CC, arts. 1.600 e 1.602).”

Do mesmo modo coloca-se o conspícuo professor Zeno Veloso⁶, salientando: “é princípio universalmente seguido o de que o marido que teve conhecimento e consentiu na inseminação artificial com espermatozoides de um terceiro não pode, depois, impugnar a paternidade...Seria antijurídico, injusto, além de imoral e torpe, que o marido pudesse desdizer-se e, por sua vontade, ao seu arbítrio, desfazer um vínculo tão significativo, para o qual aderiu, consciente e voluntariamente.”

De fato, em que pesem respeitáveis posições em contrário, não parece razoável permitir o arrependimento jurídico do marido capaz de invalidar vínculo de filiação para o qual consentiu livremente. Ora, uma vez nascida criança – por inseminação artificial heteróloga – a paternidade do marido remonta ao ato preciso da vontade, exarada por meio de assentimento expresso e inequívoco dele nesse sentido. Conseqüentemente, os efeitos de formação do vínculo de filiação – um dos mais importantes efeitos do direito civil, diga-se de passagem – tornam o ato jurídico anterior de consentimento do marido de natureza irrevogável (pelo menos depois do início do procedimento clínico de inseminação artificial heteróloga de sua esposa), pelo que não há de se cogitar na possibilidade da ação negatória de paternidade. Importa aduzir, ainda, que o artigo 20 do Projeto de Lei do Senado n.º 90/1999 (o qual, se aprovado, cuidará da “Procriação Medicamentamente Assistida”) confere irrevogabilidade às conseqüências jurídicas do uso da Procriação Mecanicamente Assistida no que tange à filiação, desde o momento em que

houver embriões originados in vitro ou quando for constatada a gravidez decorrente de inseminação artificial. Aqui o consentimento dos beneficiários das técnicas de reprodução assistida, qualificado pelo Projeto de "livre e esclarecido", será suficiente para impor o vínculo de filiação natural a eles, sem possibilidade de esquivas. Note-se: o dispositivo se refere a embriões gerados in vitro, independentemente da fecundação ter sido homóloga ou heteróloga. Ademais, relevante colocar que o Projeto de Lei em testilha excluiu qualquer responsabilidade dos doadores e seus parentes biológicos, quanto à paternidade ou maternidade das crianças nascidas "a partir do emprego de Técnicas de Procriação Mecanicamente Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais" (art. 19 do Projeto de Lei do Senado n.º 90/1999). Portanto, interpretando os artigos 19 e 20 do Projeto de Lei n.º. 90/1999 chegar-se-á a conclusão de que eventual ação de investigação de paternidade, aforada por pessoa nascida mediante técnica de reprodução assistida, com o escopo de estabelecer vínculo de filiação com o doador, deverá ser rejeitada, in limine, porque o pedido é juridicamente impossível. Ou seja, a petição inicial deste jaez será considerada inepta, a teor do que preleciona o artigo 295, parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Civil. Realmente, essa orientação "que por enquanto se trata apenas de tendência legislativa" parece ser a mais acertada, pois trará segurança jurídica a usuários das técnicas de reprodução humana assistida, estimulando sua utilização. Por todo o exposto, verifica-se que o tema da inseminação artificial suscita uma miríade de dúvidas jurídicas, ainda mais diante da ínfima contribuição legislativa sobre o tema. Contudo, é de rigor a definição de uma diretriz segura a ser seguida, dada a importância social da paternidade decorrente de reprodução humana assistida, a qual propicia aos casais com problemas de procriação o milagre de gerar uma vida. Notas: 1 LOBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado, volume XVI, São Paulo, Atlas, pg. 532 COSTA, Celso Orcesi. Tratado do Casamento e do Divórcio, 1º/315, apud Fecundação Artificial, em AJURIS, 52/69-1991.3 MOURA Mário Aguiar, Tratado Prático da Filiação. 2ª ed., Rio de Janeiro, Aide Editora, pg.1924 SAVIN, Gláucia. Críticas aos conceitos de maternidade e paternidade diante das novas técnicas de reprodução artificial. In: RT 659/258.5 DINIZ, Maria Helena de. Curso de Direito Civil Brasileiro, 5.º volume, 19.ª Edição, Saraiva, pg. 405 6 VELOSO, Zeno. Direito Brasileiro. 4.ª edição, pg. 150-151