A paternidade nos casos de inseminação artificial homóloga e o novo Código Civil Brasileiro

Enviado por Fernando David de Melo Gonçalves
30-Jun-2008

O caminho a se trilhar é mais seguro, no que tange à paternidade gerada por meio de inseminação artificial, na medida em que o novel Código Civil trouxe dispositivos expressos a esse respeito. Entretanto, a questão da dupla paternidade presumida foi dirimida pelo artigo 1598 do Código Civil de maneira incompleta, porquanto olvidadas as tecnologias de reprodução humana assistida.

Na mesma linha do direito alemão, o artigo 1598 do Código Civil pátrio diz: “art. 1598 - Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do artigo 1523 (10 meses), a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do artigo 1597 (180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal)”.Contudo, repise-se, este dispositivo não resolve a questão da paternidade diante das novas formas legais de filiação, via reprodução humana assistida, as quais prevêem a possibilidade de inseminação “post mortem” sem fixar prazo máximo para a concepção. Portanto, pede-se vênia para analisar o imbróglio da paternidade juntamente com o texto do artigo 1597, notadamente seus incisos III e IV, os quais carrearam para o bojo do Código Civil as hipóteses de filiação decorrente da utilização das técnicas de inseminação artificial homóloga. Deixaremos para avaliar as indagações surgidas no caso de paternidade por inseminação artificial heteróloga (artigo 1597, inciso V do Código Civil) em outra oportunidade, uma vez que a miríade de observações necessárias recomenda a secção didática da matéria.Destarte, direcionando-se o foco para a paternidade do nascido em casos de inseminação artificial homóloga, o texto legal expõe:“Art. 1597: presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: <!--[if !supportLists]-->I- nascidos cento e oi depois de estabelecida a convivência conjugal; <!--[endif]--><!--[if !supportLists]-->II- nascidos n subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;<!--[endif]-- ><!--[if !supportLists]-->III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o ma !supportLists]-->IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, dec artificial homóloga;<!--[endif]--><!--[if !supportLists]-->V- havidos por inseminação artificial heteró prévia autorização do marido.”<!--[endif]-->Tendo isso em vista, impende perceber que o inciso III faz referência ao vocábulo “fecundação homóloga”, o qual se traduz, de maneira sinônima, em “inseminação artificial homóloga”, técnica de reprodução assistida na qual o próprio marido cede material genético seu com o fito de fecundar o óvulo da cônjuge. Melhor explicando, nos socorreremos da lição do admirável civilista Washington de Barros Monteiro<!--[if !supportFootnotes]-->[1]<!--[endif]-->,o qual comentou esta hipótese da seguinte maneira:“A fecundação ou inseminação homóloga é realizada com sêmen originário do marido. Neste caso, o óvulo e o sêmen pertencem ao marido e à mulher, respectivamente, pressupondo-se, in casu, o consentimento de ambos. A fecundação ou inseminação artificial post mortem é realizada com embrião ou sêmen conservado, após a morte do doador, por meio de técnicas especiais.” Neste inciso III, a questão da paternidade se soluciona de maneira razoavelmente simples; será pai o cedente do sêmen (marido), ainda que falecido, por conta de sua identidade genética com o nascido, bem como em virtude de ter consentido com a coleta. Todavia, existe ressalva de suma importância a ser feita. Esta ressalva, inclusive, foi acordada por diversos professores renomados, os quais se reuniram por intermédio do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002 (antes mesmo da entrada em vigor do novo Código Civil), sob coordenação do ilustre ministro do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado, para votarem enunciados de maneira a produzir doutrina coletiva apta a balizar a interpretação dos dispositivos mais polêmicos do Código Civil. Como dito, este é o caso do inciso III do artigo 1597 do Código Civil que ensejou a aprovação do Enunciado nº. 106 CJF/STJ com o teor:“Enunciado 106 - art. 1597, inciso III: 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 obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.”Logo, além da necessária aquiescência escrita do marido falecido, a mulher deverá estar na condição de viúva para que possa gerar, artificialmente, descendente do de cujus. Essas exigências doutrinárias têm sentido, até porque enquanto mantida a viuvez não incidirá presunção legal na hipótese, ou seja, a paternidade presumida do segundo marido – artigo 1598 CC– será inexistente.Por sua vez, o inciso IV do artigo 1597 do Código Civil permitiu, a qualquer tempo, a utilização de embriões excedentários na realização de inseminação artificial homóloga.Não obstante a Resolução nº. 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina estabelecer, tecnicamente, o conceito de “embrião”, considerando-o o conjunto de células resultante do décimo quarto dia de gestação, o inciso IV faz referência ao “embrião” fecundado in vitro, como bem pontuou o preclaro professor Paulo Luiz Netto Lobo<!--[if !supportFootnotes]-->[2]<!--[endif]-->:“Considera-se embrião o ser humano durante as oito primeiras semanas de seu desenvolvimento intra-uterino, ou em proveta e depois no útero, nos casos de fecundação in vitro, que é a hipótese cogitada no inciso IV do artigo sob comento”.Com efeito, revelar a paternidade neste inciso afigura-se, em certa medida, tarefa tranqüila, uma vez que a dicção legal só admite o emprego dos embriões excedentários em sede de fecundação homóloga. Isto significa que a mulher que solicitar a inseminação por este inciso só poderá fazê-lo se for ou tiver sido esposa ou companheira do “doador” do sêmen e também houver contribuído para a formação do embrião com material genético seu.Portanto, o pai será o marido ou companheiro da inseminada, ainda que falecido, vedando-se, segundo a letra do inciso IV do artigo 1597, o aproveitamento do embrião excedentário por terceiro – com material genético dissonante do embrião. Contudo, remanesce dúvida na aplicação deste inciso porque a sociedade conjugal ou convivencial pode terminar – por

morte, separação, divórcio etc. – acarretando incerteza quanto ao destino do embrião crio-conservado. Pode ser ele utilizado pela ex-esposa ou ex-companheira do doador do sêmen mesmo assim?O Enunciado nº. 107 produzido pelo Conselho de Justiça Federal por iniciativa do Superior Tribunal de Justiça (CJF/STJ) responde, em parte, essa indagação. Note-se:“Enunciado 107 - art. 1597, inciso IV: finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1571, a regra do inciso IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.”Logo, em caso de dissolução do vínculo matrimonial ou convivencial a ex-esposa ou ex-companheira só poderá se valer da inseminação artificial homóloga, por meio de embriões excedentários, se existir autorização prévia e escrita do varão para tanto. Isso também se aplica para o caso de morte do ex-marido ou ex-companheiro, situação na qual o testamento pode servir como forma de manifestação de consentimento.Arrematando o exame, se mostra relevante o uso da restrição da viuvez, exarada no enunciado n.º 106 do CJF/STJ, também para este inciso IV, já que, assim, não haveria a incidência da presunção legal de paternidade do segundo marido, pois estaria afastada a aplicação do artigo 1598 do Código Civil. Por conseguinte, devem manter-se viúvas para valerem-se da inseminação artificial homóloga a partir de embriões excedentários, tanto a ex-esposa quanto a ex-companheira. Esta também se submeterá à “viuvez”, embora a presunção legal de paternidade não a atinja, na medida em que institutos jurídicos idênticos não podem gerar efeitos diversos – “ubi eadem ratio ibi idem jus”–, tendo sido opção legislativa do novo Código Civil conferir maiores direitos ao casamento se cotejado com a união estável (verbi gratia direitos sucessórios e facilitação legal para a conversão em casamento).Em suma, a complicação prática na aplicação dos incisos III e IV do artigo 1597 do Código Civil é uma realidade. Só a edição de uma legislação criteriosa, dedicada às hipóteses de inseminação artificial, resolveria (pelo menos em parte) o problema. Sem ela, a doutrina e, principalmente, a jurisprudência devem se preparar para o inevitável: corresponderem aos justificáveis anseios daqueles que, acometidos por diversas disfunções biológicas, baterão às suas portas, pretendendo valer-se das técnicas de inseminação artificial homóloga para realizarem o sonho de conceber filhos com seus genes.<!--[if !supportFootnotes]--> <!--[endif]-->

<!--[if !supportFootnotes]-->[1]<!--[endif]--> MONTEIRO, Washigton de Barros. Curso de Direito Civil, volume 2, 37.ª Edição, p 307<!--[if !supportFootnotes]-->[2]<!--[endif]--> LOBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil, volume XVI, pg 52