

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRESUNÇÃO DA PATERNIDADE FRENTE AOS AVANÇOS BIOMÉDICOS

Tycho Brahe Fernandes

Desde os primórdios da civilização duas “verdades” vigoravam quanto à filiação: a de que a maternidade era sempre certa e a paternidade incerta, dependendo, para sua afirmação, de presunções.

Com a evolução das ciências biomédicas, em especial com a descoberta do DNA, foi possível estabelecer com grande certeza, a paternidade, comprovando-se a derivação genética de um ser.

As ciências biomédicas, no entanto, foram ainda mais longe e, frente aos avanços obtidos na área da reprodução humana, a paternidade e a maternidade devem ser reestudadas.

Este artigo objetiva analisar, exclusivamente, se as presunções de definição da paternidade inseridas no Código Civil, têm aplicação no atual momento da evolução científica.

Em que pese revogados os artigos 332, 337 e 347,¹ os demais artigos do Capítulo II, do Título V, do Livro I da Parte Especial do Código Civil levam à certeza de que permanece presente o sistema de presunção da paternidade na legislação pátria.

A presunção gera situações de possível conflito, v. g., no caso da utilização de uma das técnicas de reprodução assistida, em que o gameta masculino utilizado para a fertilização de óvulo de mulher casada é proveniente de um doador, o chamado processo

heterólogo. O ente gerado através desta técnica será geneticamente filho da mulher que o gestou e de um doador, possivelmente, anônimo.

Frente ao princípio geral das presunções, será possível dizer-se que aquele ser é filho do marido da mãe? Poderá ser movida por parte do marido ação negatória de paternidade? Tivesse o pai consentido com a técnica, a resposta à indagação seria diferente?

É necessário levar-se em consideração que a legislação que regula o tema não evolui com a mesma velocidade das técnicas científicas, o que pode ocasionar problemas para os que daquela se socorrem para solucionar sua infertilidade.

A análise pura e simples da legislação vigente levamos à certeza de que aquele ente, por ter sido gerado na constância do casamento, é filho presumido do marido da mulher.

Esta resposta não enseja maiores indagações se o novo ente foi gerado dentro de um projeto parental, uma vez que a presunção legal, embora dissociada da verdade biológica da paternidade, está próxima da verdade afetiva: a presunção se fortalece com a vontade de ser pai, independentemente da paternidade ser assentada em liames genéticos.

Ninguém pode ser forçado a ser “pai”, no sentido puro da palavra.² Na realidade, a paternidade é, antes

de tudo, um estado de espírito. Pai é aquele que, tendo ou não, contribuído com material genético para a fecundação de um novo ser, trate-o como amor e dedicação, além de contribuir material, moral e intelectualmente para o seu desenvolvimento.

Desta forma, no caso em tela não haveria maiores indagações a serem formuladas.

É bem verdade que o pai presumido, que sabia da origem genética do filho, poderia ser imputado o crime previsto no artigo 242 do Código Penal, mas a questão parece resolvida a contento pela jurisprudência.³

Por outro lado, dificuldade maior ocorrerá, se o ente for gerado dentro de um projeto individual da mulher, ou de um projeto da mulher com terceiro homem, sem a participação do marido.

O ente gerado, dentro do princípio da presunção legal, será filho do marido, ocorrendo, porém, a ausência tanto do liame genético quanto afetivo desta relação.

A gravidade do fato se revelará no momento em que o marido tentar promover a negatória de paternidade daquele ser que não desejou, tampouco contribuiu de qualquer forma para o nascimento.

Apegando-se à letra fria da lei, o marido somente poderia alegar, para aquela medida judicial, frente ao estatuído no artigo 340 do Código Civil, que “se achava impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho (inciso I) ou “que a este tempo estavam os cônjuges legalmente separados”(inciso II).

Afora estas questões, a presunção prevaleceria mesmo contra as provas genéticas em sentido contrário, que poderiam ser produzidas. A legislação envelheceu, pois não acompanhou a evolução da ciência. Não se pode deixar, no entanto, que arcaicos dispositivos contrariem a realidade atual.

Embora o Direito assegure aos nascidos o direito à filiação,⁴ não se pode imputar a um homem a paternidade de alguém que este não deseja, e para cujo nascimento não contribuiu geneticamente. Por isto, mesmo antes de haver uma mudança legislativa, necessária e urgente, defende-se a possibilidade do homem, nesta situação, postular a negatória de paternidade, invocando a negativa genética e o não desejo parental.

Na lição de Pontes de Miranda (1971, p.24) “A presunção do art. 338, como tantas presunções jurídicas, é feita para os casos ordinários, *o quod plerumque fit*. Trata-se, pois, de questão de fato, cuja solução, nas espécies extraordinárias, cabe, preliminarmente, à ciência.”⁵

Assim, devido à evolução científica envolvendo a procriação, em que pesem as presunções legais, não se pode invocá-las para atribuir a um homem uma paternidade que, em hipótese alguma desejou e, para a qual não contribuiu geneticamente. Logo, viável a negatória, prevalecendo para o caso a verdade biológica, facilmente comprovável através do exame de DNA.

Indaga-se, se tivesse havido o prévio consentimento do marido para a mulher se utilizar de uma das técnicas de procriação assistida, poderia o mesmo arrepender-se e negar a paternidade no futuro. A questão é profundamente tormentosa uma vez que a paternidade não pode ser tratada como algo a ser negociado.

Segundo Leite (1994, p. 368-382), o consentimento do marido para a utilização de processos heterólogos de reprodução assistida é pré-requisito em parcela considerável das legislações alienígenas, entendendo que o mesmo deveria prevalecer em futura legislação nacional.⁶

Por seu turno, afirma Ascensão (1994, p. 73) que o consentimento é de valia nenhuma, uma vez que a matéria em discussão é de direito indisponível, não podendo o marido da mulher consentir ou não com aquilo que não pode dispor.

Difícil é a solução para o caso, diante da legislação atual, havendo duas correntes, cada qual com preocupações ponderáveis: na primeira, a preocupação primordial é para com o ser que foi gerado, enquanto a segunda se baseia na defesa dos princípios que regulam a legislação.

Para legislação futura, entende-se que a preocupação maior deve ser com o interesse do ente a ser gerado, exigindo-se o prévio consentimento do marido, que deverá ser irrevogável.

Com a lucidez que lhe era peculiar, apresentou o Senador Nelson Carneiro emenda ao projeto de Código Civil que há anos tramita no Congresso Nacional, para contemplar a presunção da paternidade aos filhos “havidos por inseminação

artificial, desde que tenha havido prévia autorização do marido.”⁷ Entende-se que a referência apenas à inseminação artificial é indevida, uma vez que outras técnicas de reprodução assistida já são plenamente dominadas por especialistas médicos.⁸

De qualquer forma, é mister ter-se em mente que houve um envelhecimento da legislação nacional quanto à questão da filiação, sendo urgente que a lei

se adapte aos novos tempos. Porém, antes que tal ocorra, é importante aceitar-se a presunção da paternidade dos entes gerados através dos processos científicos de reprodução assistida, sempre que tal for do interesse deste ente e do pai e, quando houver disputas em relação a paternidade e, não puder prevalecer a presunção legal, por vontade do marido da mãe,⁹ na falta de um critério mais seguro, deverá prevalecer a paternidade biológica.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1. A revogação se deu expressamente pelo artigo 10 da lei 8.560 de 29 de dezembro de 1992.

2. Segundo Leite (1994, p. 363) “A evolução médico-científica comprovou que a verdadeira paternidade não mais pode se reduzir apenas à autoria genética da descendência.”

3. Quanto a esta questão criminal, é relevante transcrever a lição de Leite (1994, p.102) quando afirma que “se examinarmos a jurisprudência brasileira sobre o assunto, é facilmente constatável a incoerência de pronunciamentos condenatórios, sendo abundantes e, praticamente, dominantes, os acórdãos absolutórios”.

4. Quanto à existência do direito referido, é destacável o entendimento de Leite (1994, p. 336) para quem “em toda criança existe um direito fundamental ao biparentesco, como vocação natural e legítima de ter um pai e uma mãe, e de ser educado por ambos.”

5. Embora o enfoque de Leite (1994, p. 363) seja diferente do deste trabalho, deixa aberta uma porta para soluções alternativas enquanto não houver uma legislação acerca da matéria: “Enquanto a reforma legislativa não ocorrer, resta-nos apreciar a verdade jurídica (ainda que, muitas vezes, distante da verdade sócio-afetiva) procurando adaptá-la à realidade social.”

6. Afirma textualmente Leite (1994, p. 368) “Se a filiação válida decorre de um projeto parental, é fundamental que se subordine a inseminação heteróloga, dada a participação de um terceiro doador, à manifestação clara e inequívoca do marido, interessado direto no estabelecimento de uma filiação desejada, querida, vivenciada com intensidade.” Também com este entendimento Barboza (1993, p. 109) que afirma: “A concordância expressa do cônjuge varão é indispensável. Não seria razoável atribuir-lhe uma paternidade que biologicamente não lhe pertence e que voluntariamente rejeita.”

7. Emenda nº 225 ao artigo 1.603 do projeto de Código Civil, com parecer favorável do relator.

Merece ainda ser referida a emenda nº 224, apresentada pelo Senador José Fragelli, propondo a inclusão de parágrafo único ao artigo 1.602, com o seguinte teor: “Consideram-se também legítimos os filhos concebidos por fecundação artificial após a morte do marido, da mulher ou de ambos, empreendida com células que deles procedam, desde que o cônjuge sobrevivente, se houver, se mantenha viúvo e observadas, em qualquer caso, as condições que por escrito, haja estabelecido o casal em declaração conjunta.” Tal emenda restou rejeitada “por fazer distinção que a Constituição proíbe [entre filhos legítimos e ilegítimos]” porém, a questão mais importante, da procriação *post mortem* não foi debatida, o que é lamentável uma vez que o tema será, com certeza, uma preocupação em curto espaço de tempo. A título de ilustração traz-se o entendimento de Leite (1994, p. 354) no sentido de que “A inseminação artificial pode ser realizada – e daí decorre sua legitimidade – quando ela visa atenuar a esterilidade do casal. A técnica foi prevista e só pode se desenvolver entre pessoas vivas. Em hipótese contrária o projeto parental ficaria reduzido a nada.”

8 Inúmeras são as técnicas de reprodução assistida, como ensinam Scarparo (1991, p. 10-17), Barbosa (1993, p. 35-36) e Leite (1995, p. 29-50), sendo as duas mais conhecidas e utilizadas, a inseminação artificial, onde o sêmen colhido é introduzido no aparelho genital da mulher e a fertilização *in vitro*, em que a fecundação se dá fora do corpo feminino e o embrião posteriormente é transferido para o útero.

9 Claro é o artigo 344 do Código Civil quando estabelece que “Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher (art. 178, § 3º).”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face de inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: renovar, 1993, 133 p.
- LEITE, Eduardo Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos Médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 480 p.
- _____. *Temas de Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, 156 p.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1971, p. 24, t 9.
- SCARPARO, Monica Sartori. *Fertilização Assistida: Questão Aberta: Aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, 189 p.