

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

EUDES VITOR BEZERRA

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

MARIA LUIZA PEREIRA DE ALENCAR MAYER FEITOSA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Eudes Vitor Bezerra, João Paulo Allain Teixeira, Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-302-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Civil Constitucional.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

A teoria civilista, na contemporaneidade, encontra-se, cada vez mais, adstrita aos preceitos constitucionais, ao passo que nos dias atuais a constitucionalização do Direito Civil é tema recorrente na academia, nas pesquisas, nos trabalhos científicos, bem como em vários congressos de direito realizados no Brasil e no mundo.

No XXV CONGRESSO DO CONPEDI, que teve como tema “Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito”, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito — CONPEDI em parceria com o Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, realizado na cidade de Curitiba (Paraná) entre os 7 a 10 de dezembro de 2016, não foi diferente, porquanto o Grupo de Trabalho (GT) de Direito Civil Constitucional I, serviu de palco para calorosos e profundos debates envoltos a constitucionalização do Direito Civil.

Acreditamos que democratização da informação e a amplo acesso à rede mundial de computadores, apresenta-se como um núcleo de estabilização da relação entre cidadãos e instituições, cidadãos e seus representantes, ou seja, fomenta uma junção das relações interpessoais alicerçadas pelos direitos fundamentais, fato que viabilizar o Direito Civil Constitucional ser posto em voga.

Nesse contexto, temas como liberdade de expressão e direito da personalidade; capacidade civil das pessoas com deficiência; direito de propriedade e desapropriação; eficácia dos direitos fundamentais; responsabilidade civil e a tutela da pessoa humana; responsabilidade dos notários e registradores públicos; dignidade da pessoa humana no contexto constitucional luso-brasileiro; paradigma libertário do “right to privacy” norte americano; concepção; nascimento e vida indesejada e a possibilidade de reparação; criogenia; curatela em matéria assistencial e pessoa com deficiência; importância dos princípios constitucionais na responsabilidade civil por danos materiais e morais; discricionariedade judicial; parentalidade e o parentesco e a manutenção das famílias contemporâneas; informação e poder: proteção dos dados pessoas na internet; naturalização da família; incapacidades no direito civil brasileiro e argentino; e, saúde mental, demonstram como a constitucionalização do direito civil vem sendo abordada no nosso país e no mundo.

Sendo que o diálogo em direito privado e os direitos fundamentais norteou os exímios artigos científicos que foram apresentados no XXV CONGRESSO DO CONPEDI e que compõe a presente obra.

Destarte, é para nós uma honra escrevermos o prefácio de um conjunto de aguerridos trabalhos científicos, seja pela profundidade, seja pela qualidade das pesquisas realizadas e apresentadas por alunos e docentes de diversos programas de pós-graduação em Direito do Brasil, motivo pelo agradecemos todos os autores que contribuíram para o desfecho da presente obra, cuja leitura convidamos.

Prof. Dr. Eudes Vitor Bezerra - Universidade Nove de Julho – Uninove

Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira - Universidade Católica de Pernambuco

Profa. Dra. Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa - Universidade Federal da Paraíba

**ENTRE A PARENTALIDADE E O PARENTESCO: A NECESSÁRIA
DETERMINAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO PARA A MANUTENÇÃO DAS
FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS.**

**BETWEEN PARENTHOOD AND PARENTAGE: THE NECESSARY
DETERMINATION OF LEGAL CRITERIA FOR THE MAINTENANCE OF
CONTEMPORARY FAMILIES.**

Carolina Nobre Castello Branco ¹

André Luiz Albuquerque Gomes da Silva Braga ²

Resumo

A pesquisa trata da necessidade de se estabelecer critérios capazes de determinar o parentesco na família contemporânea. Inicialmente analisando os avanços científicos na perspectiva da biotecnologia e suas influências na bioética e no biodireito. Após, concentra-se na análise da proteção constitucional da identidade genética, bem como nas regras estabelecidas pela legislação acerca do parentesco. Por fim, trata da biologização da parentalidade e a utilização de conceitos abertos pela legislação. Utilizando-se, para tanto, dos métodos bibliográficos e dedutivos, no intuito de investigar os fatores que indicam a necessidade de estabelecimentos de critérios efetivos para a determinação de parentesco.

Palavras-chave: Biodireito, Parentalidade, Parentesco, Família

Abstract/Resumen/Résumé

This paper deals with the necessity of establishing safe criteria for determining parentage in contemporary family. Initially analyzing the scientific advances in the context of biotechnology and its influence in bioethics and biolaw. After, the work concentrate in the analyses of the constitutional protection of genetic identity, as well as the rules established in the national legislation about parenthood. Finally, analyzing the purely biologic parenthood and the use of open concepts in the national legislation. Using the bibliographic an deductive methods, in the intention of investigate the factors that indicate the need for determination of effective criteria for stablishing parenthood.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Biolaw, Parenthood, Parentage, Family

¹ Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (DINTER CIESA -UNIFOR). Mestre m Direito Constitucional pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-COGEAE. Advogada.

² Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR, Mestre em Sistema de Garantias Constitucionais - ITE, Membro do IBDFAM.

Introdução

O progresso tecnológico e científico proporcionou uma rápida evolução no modo de viver das sociedades contemporâneas. Mas apesar de toda a revolução científica, o direito não foi capaz de acompanhar o ritmo das mudanças sociais e a compreensão de importantes institutos do direito civil também tornou-se imprecisa.

Diante da ausência de previsão legal, os tribunais passaram a enfrentar dificuldades na delimitação de conceitos antes inquestionáveis. É o caso do conceito de paternidade, maternidade e de filiação, que muitas vezes depende de construção sustentada em evidências biológicas.

É preciso ainda considerar as mudanças sociais que levam à formação da família. A construção do vínculo familiar, inicialmente apenas reconhecido como aquele derivado da concepção de filhos de origem biológica decorrente do casamento, vem sofrendo mudanças nas últimas décadas, derivadas de absorção pela lei de comportamentos sociais pautados em laços afetivos, demonstrando a necessidade de se legitimar vínculos derivados de outras origens.

Apesar das tentativas do direito é a jurisprudência que tem desempenhado a construção de conceitos inexistentes na legislação em vigor. Já faz parte do cotidiano dos tribunais superiores o enfrentamento de questões derivadas das diferentes formação do vínculo familiar, mas não há critério jurídico capaz de assegurar decisões uniformes.

Observa-se que, conforme o caso concreto, pode haver prevalência do vínculo afetivo em detrimento da origem biológica, mas também pode haver preponderância da origem biológica como direito fundamental de conhecimento da identidade da pessoa. Há também casos em que a jurisprudência reconhece a existência de dupla paternidade, o que pode causar consequências ainda imprevistas para a sucessão e para o direito de herança.

Portanto, o estudo demonstra-se necessário porque é preciso delimitar todos estes aspectos que envolvem a complexa relação familiar das sociedades contemporâneas, sobretudo considerando os reflexos possivelmente enfrentados no futuro dessas gerações.

1 Bioética, biodireito, biotecnologia

As concepções que envolvem os termos bioética, biodireito e biotecnologia decorrem da interdisciplinaridade entre a medicina, a biologia, a filosofia e o direito. Assim, com a finalidade de evitar possíveis confusões na compreensão das ideias expostas neste trabalho, convém determinar os conceitos, bem como o âmbito de atuação de cada um desses ramos

científicos.

Entende-se por biotecnologia a ciência tecnológica utilizada nos processos biológicos com a intenção de produzir novas substâncias para uso industrial, medicinal e farmacêutico. Conforme explica MALUF (2013, p. 341):

A biotecnologia é uma ciência tecnológica aplicada no ramo da biologia, capaz de produzir, ou modificar organismos vivos ou derivados destes, para usos específicos, transferir genes de um organismo para outro, sendo esta transferência genética uma de suas principais ferramentas, proporcionando, desta feita, a melhoria dos métodos de produção e comercialização de produtos contendo processos biotecnológicos.

A biotecnologia foi responsável pelos desdobramentos significativos nos aspectos relativos à filiação, pois possibilitou a manipulação do material genético¹, seja do casal (homóloga) ou de doador (heteróloga), bem como outras formas de reprodução assistida² como a cessão temporária do útero. Assim, os reflexos sentidos em matéria de sucessão ficam evidentes (MALUF, 2013, p. 339).

Já a bioética³, esta trata de questões em que ainda não há consenso moral, além de se preocupar com a responsabilidade moral dos cientistas envolvidos. É “o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia e direito que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e ambiental” (MALUF, 2013, p. 337).

Por fim, o biodireito surge como ramo do direito responsável pela regulamentação jurídica das questões enfrentadas pela bioética. Para Cláudia Regina Magalhães Loureiro (2009, p. 5) a busca do equilíbrio entre a bioética, direito e justiça é um dos maiores desafios do século XXI, sobretudo porque a bioética é um ramo do conhecimento recente, derivado da

¹ “Tem-se a modalidade homóloga quando o material genético do filho for idêntico ao material genético dos pais. Heteróloga, por sua vez, é quando se utiliza material genético de, pelo menos, um terceiro.”(SCALQUETTE, 2013, p. 350).

² Nos Estados Unidos o termo *ART – Assisted Reproductive Techniques* é utilizado para identificar os modos diferenciados de reprodução que envolve a a reprodução heteróloga e a sub-rogação (*surrogacy*). Esta pode ser a “barriga de aluguel” (*gestational surrogate mothers*) ou a a cessão temporária de útero com doação de óvulos (*traditional surrogate mothers*), considerada aquela em que a mãe além de gerar o bebê ainda utiliza seu próprio óvulo para ser utilizado na inseminação. Em todos os casos é perceptível que se trata de uma modificação do processo biológico por meio de novas tecnologias.

³ “Na atualidade a bioética trata dos seguintes temas: o mapeamento genético e suas interfaces com o meio ambiente e reflexos na vida humana e animal (isolamento de determinados genes que indicam a presença de diversas patologias, a determinação da paternidade, a identificação da pessoa natural, a exploração dos alimentos transgênicos, a utilização terapêutica de células tronco, a reprodução humana assistida, entre muitos outros); a pesquisa científica com corpo humano; questões atinentes à vida, desde o seu momento inicial – a concepção, passando pela gestação, o nascimento, até o seu momento final – a morte, envolvendo a problemática do paciente terminal; o desenvolvimento da pesquisa médica, envolvendo a realização de transplantes de órgãos e tecidos humanos (criação de bancos específicos com células, tecidos e órgãos), à transfusão de sangue, a doação de órgãos, a clonagem.” (MALUF, 2013, p. 338).

evolução científica ocorrida nas últimas décadas.

O desafio se revela no sentido de permitir a evolução científica dentro dos parâmetros que, senão preexistiam ao início dos avanços biotecnológicos, devem ser estabelecido para permitir a integração do direito à biotecnologia, especialmente no que se refere ao respeito à dignidade humana no desenvolvimento das pesquisas científicas. Assim, a bioética indica os valores necessários para a elaboração de leis capazes de conduzir e delimitar o comportamento do cidadão, em face dos avanços das experimentações e das técnicas científicas (LOUREIRO, 2009, p. 10).

Conforme assevera FACHIN (2015, p. 164) a Lei estabelece uma normalidade legislativa relevante para proporcionar a segurança jurídica, mas também pode ser fonte de exclusões e juízos preconcebidos. Dessa forma, o biodireito precisa ser capaz de estabelecer a segurança jurídica por meio da adequada previsão legislativa sustentada em valores da bioética e, ao mesmo tempo, indicando limites à biotecnologia.

No Brasil, o biodireito encontra base fundamental no art. 5.º, IX, da Constituição de 1988⁴, mas há também previsões esparsas na legislação infraconstitucional como no Código Civil, no Código Penal, na Lei de Biossegurança⁵ e portarias e resoluções do Conselho Federal de Medicina (MALUF, 2013, p. 338-339). Diante da particularidade da matéria e considerando as consequências sociais, a elaboração de instrumentos normativos do biodireito é quase sempre uma tarefa que envolve a participação de comitês de ética e de conselhos profissionais.

É ainda possível identificar princípios do biodireito de previsão constitucional. Eduardo Moreira (2011, p. 95) identifica os princípios orientadores⁶ do biodireito, conforme a seguir:

⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”

⁵ Lei n.º 11.105 de 24 de março de 2005, publicada no D.O.U. em 28.03.2005.

⁶ Também em outra doutrina, os princípios básicos do biodireito seriam: “o princípio da autonomia, ligado ao autogoverno do homem, no que tange principalmente às decisões sobre os tratamentos médicos e experimentação científica aos quais será submetido. Assim, as decisões clínicas deverão ser tomadas em conjunto na relação médico-paciente; o princípio da beneficência – ligado ao bem-estar do paciente em face ao atendimento médico ou experimentação científica, sendo válido ressaltar que o cientista dirigirá sempre seu trabalho em prol da moral na pesquisa científica; o princípio da sacralidade da vida – refere-se à importância fulcral da proteção da vida quando das atividades médicas-científicas. Vem elencado no art. 5.º da CF/1988; o princípio da dignidade humana, que visa à proteção da vida humana em sua magnitude. Liga-se este princípio ao da sacralidade da vida humana; o princípio da justiça; o princípio da cooperação entre os povos, que se refere ao livre intercâmbio de experiências científicas e de mútuo auxílio tecnológico e financeiro entre os países; o princípio da precaução, que analisa os riscos envolvidos nas práticas científicas; o princípio da ubiquidade, que retrata a onipresença do meio ambiente e da integridade genética. Tem por valor principal a proteção da espécie, do meio ambiente, da biodiversidade e do patrimônio genético.” (MALUF, 2013, p. 338-339).

- A dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF/1988); O direito à vida (art. 5.º, CF/1988);
- O direito à igualdade (art. 5.º);
- O direito à saúde (art. 196, CF/1988);
- O direito ao idoso (art. 226, CF/1988), principalmente em proteção à prática da eutanásia;
- O direito ao desenvolvimento da pesquisa para tratamentos, principalmente, na questão de seleção de embriões (art. 199, § 4.º, CF/1988)
- O direito a um meio ambiente próspero (art. 225, CF/1988);
- O direito a uma paternidade responsável (art. 226, § 7.º, CF/1988), tendo em vista a questão de inseminação, que deve assegurar, em primeiro lugar os direitos da criança à filiação;
- A regulamentação e a fiscalização da manipulação genética (art. 225, § 1.º, II, CF/1988).

Conforme explica o autor, tais princípios relacionam-se com outros princípios de direitos humanos, inclusive as disposições contidas nos § 2.º e § 3.º do art. 5.º da Constituição de 1988⁷, bem como demais princípios contidos na Declaração Mundial dos Direitos do Genoma Humano, já que o biodireito é uma disciplina com reflexos internacionais (MOREIRA, 2011, p. 96).

Desta forma, conclui-se que a bioética, a biotecnologia e o biodireito são ramos científicos cujos objetos de estudo são distintos, porém relacionáveis. A biotecnologia precisa se amparar na bioética para realizar pesquisas científicas e promover a evolução de tratamentos que sejam capazes de respeitar os valores importantes para a vida humana em sociedade. Da mesma forma a bioética indica para o biodireito o padrão ético fundamental para o estabelecimento de normas jurídicas capazes de proporcionar os limites das pesquisas da biotecnologia.

2 A proteção constitucional da identidade genética

É recente⁸ a preocupação com a proteção do material genético humano em sua forma orgânica e biológica. De início, essa preocupação centrava-se em proteger direitos relativos à personalidade e proporcionar a garantia de integridade física ao indivíduo.

O caráter único e insubstituível de cada ser humano, portador de um valor próprio, veio demonstrar que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo indivíduo (COMPARATO, 2010, p. 43). Há, portanto, uma mudança de paradigma porque, na tradição

⁷ “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

⁸ Para Carlos Roberto Siqueira Castro (2005, p. 649), “o personalismo global do ente humano, para efeito de focalização jurídica, abrangendo as mais variadas facetas de afirmação tanto do espírito quanto do corpo do homem e da mulher passou pode ser considerado um fenômeno relativamente recente. A rigor, passou a ocupar a atenção dos juristas na medida em que a medicina e, mais ultimamente, a biogenética, foram emprestando valor científico, econômico e humanitário às partes singularizadas do organismo humano, encaminhando a ciência do direito para a regulação de questões até então inabordadas.”

liberal individualista, o ser humano é sujeito de direito e não objeto de positividade normativa. Por este motivo, as possibilidades de manipulação do corpo não foram tuteladas pela concepção clássica de direitos fundamentais (CASTRO, 2005, p. 649).

A compreensão da proteção genética humana tem a sua interpretação condicionada à ideia de natureza, em que prevalece o aspecto biológico, as possibilidades da ciência no tratamento do corpo e sua estrutura genética (BARACHO, 2011, p. 109). Esta visão se diferencia do direito, preocupado com o mundo do “dever-ser”, de modo a indicar caminhos orientadores para a harmonização social.

Somente a partir dos anos 60, com o estabelecimento da pós-modernidade constitucional, identificou-se a aparição crescente de questões relacionadas ao corpo humano e sua relação com a ordem jurídica protetora de seus direitos fundamentais. Por esta razão, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser também a incluir uma visão global de personalidade (CASTRO, 2005, p. 650).

Para Loureiro (2009, p. 10), o utilitarismo imediatista teve como consequência o esquecimento do ser, de sua dignidade, transformando-o em coisa passível de ser comercializada, de modo que o biodireito assume importante papel na solução dos problemas e das ofensas geradas à dignidade da pessoa humana.

No âmbito internacional a proteção da identidade genética se depreende da Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos⁹ aprovada na 29ª sessão em 1999, na qual a UNESCO afirmou que “o genoma humano está na base da unidade fundamental de todos os membros da família humana, assim como o reconhecimento de sua dignidade intrínseca e sua diversidade.”

Segundo Moreira (2011, p. 96), a dignidade da pessoa humana, compreendida como a expressão física e psíquica do ser humano em sua integralidade, sua consciência moral e sua autodeterminação, deve servir de orientação essencial para conduzir decisões relacionadas ao biodireito. Para o autor, além dos princípios relacionados ao biodireito já expostos, a dignidade da pessoa humana deve ainda ser aplicada em conjunto com o dever de informação e divulgação das pesquisas, encontrado na combinação dos artigos 5.º, IX, XIV, 225, II, V, da Constituição de 1988.

Neste aspecto, convém ressaltar que a previsão constitucional do princípio da dignidade

⁹ A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos dispõe em seu artigo 1: “O genoma humano constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade. Num sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade.”

da pessoa humana proporcionou materialização jurídica de diversos aspectos relacionados ao ser humano, englobando-se neste princípio uma série de direitos e garantias considerados fundamentais, o que também gerou preocupação de parte da doutrina brasileira com um possível esvaziamento dos outros ramos do direito.

Em verdade, por mais que se possa identificar uma certa banalização na utilização deste princípio, não há dúvidas de que se trata de norma constitucional expressa capaz de irradiar efeitos jurídicos para diversos ramos do direito, especialmente para o direito civil em razão da existência de previsões normativas a respeito das pessoas naturais e o exercício de seus direitos em sociedade.

Importa ainda lembrar que, em razão das mudanças ocorridas na sociedade, exigiu-se dos civilistas uma postura metodológica para a interpretação conjunta do Direito Civil e o Direito Constitucional, no sentido de proporcionar um desenvolvimento econômico, social e político neste novo Estado social. (CASSETTARI, 2015, p. 20)

Neste aspecto, Castro (2005, p. 674) aduz que o Código Civil de 2002 incluiu significativas inovações capazes de gerar complexidades no campo da bioética e do biodireito, pois o novo regime civilista de filiação está sintonizado com as tendências mundiais do Direito de Família. Para o autor, a complexidade dos temas tratados trará controvérsias de interpretação de ordem moral e genética, inclusive o direito do filho de conhecer seus ascendentes biológicos como atributo do direito de personalidade, também tratados nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002¹⁰.

Para Cassetari (2015, p. 20) a Constituição Federal de 1988 prevê a cidadania e a personificação do direito como seus elementos centrais, o que indica o estabelecimento de uma verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, razão pela qual toda e qualquer (re)leitura do direito civil precisa ser feita em uma perspectiva dialética com a Constituição.

Portanto, há de fato íntima conexão da dignidade humana e seus direitos de personalidade previstos no Código Civil que torna possível a proteção constitucional da identidade genética para garantir o direito de investigação do patrimônio genético individual como direito da personalidade. Todavia é preciso avaliar as possibilidades e os limites da genética, bem como apreciar as questões de risco, utilizando-se como suporte o relacionamento entre direito e ética (BARACHO, 2011, p. 110).

¹⁰ “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”.

Neste sentido, Castro (2005, p. 667-668) assevera:

Não há dúvidas de que esse conjunto impressionante de temas relaciona-se com a tutela constitucional da personalidade, de que são expressões óbvias o problema da procriação e da integridade física e moral dos indivíduos, consoante já tem sido proclamado pelas Cortes Constitucionais das nações de reconhecido intelectualismo jurídico. Por isso, o Direito Público contemporâneo deu início a partir dos anos 70 ao enfrentamento dessas questões, embora não ainda valendo-se do globalismo normativo ou da codificação de normas interligadas na disciplina legal do corpo humano e de sua utilização, mas de forma tanto sectária e pontual, o que se deve até mesmo em razão d dificuldade de se consolidar, sob o manto da regulação jurídica, conjunto de informações científicas tão díspares e em permanente mutação (Castro, 2005, p. 667-668).

Da mesma forma, Moreira (2011, p. 92) entende que, apesar das relações com o direito civil e outros saberes multidisciplinares, o biodireito possui assento constitucional e no seu desenvolvimento utiliza conhecimentos da biologia, da bioética, da antropologia, entre outros, para fundamentar a orientação constitucional.

Se no direito constitucional a investigação da origem genética pode proporcionar a efetividade de outros direitos fundamentais¹¹ – inclusive direito à saúde e até mesmo o direito à vida – , no campo do direito de família esta investigação pode gerar repercussões no núcleo familiar da pessoa e até mesmo na questão patrimonial, ao apresentar outros caminhos para o direito sucessório.

O reconhecimento do direito à identidade genética como Direito Fundamental e a consolidação da visão global do ser humano para a identificação dos direitos da personalidade proporcionam a possibilidade de investigação da origem da pessoa humana e sua carga genética. Não há dúvidas de que se trata de direito inerente à toda pessoa humana, mas não se pode ignorar os possíveis desdobramentos jurídicos que tal investigação pode acarretar.

3 A (in) determinação jurídica de parentesco

No Brasil, o Código Civil de 2002¹² conservou as espécies de parentesco¹³ natural ou civil, mas incluiu cláusula aberta para designar outras formas de aquisição de parentesco cuja

¹¹ Em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que "não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável". (RE 363889, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, DJe-15-12-2011).

¹² Lei n.10.406 de 10 de janeiro de 2002, publicada no D.O.U em 11 de janeiro de 2002.

¹³ O Código Civil de 1916 tratava do parentesco do ponto de vista de sua legitimidade, em que o vínculo jurídico do casamento era preponderante. No entanto, já trazia a possibilidade de parentesco civil derivado de adoção: "Art. 332. O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consangüinidade, ou adoção". (Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916).

origem não tenha sido natural ou civil: “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”. Percebe-se que o referido dispositivo permite o reconhecimento de parentesco por origem diversa da consanguinidade e da adoção, ampliando as possibilidades previstas no Código Civil de 1916.

Portanto, são três as formas de parentesco identificadas na dogmática civil estabelecida com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (MALUF; MALUF, 2014, p. 21):

- 1) parentesco consanguíneo ou natural: vínculo que une as pessoas ligadas pelo mesmo sangue e elementos genéticos que descendem de um tronco comum
- 2) parentesco por afinidade ou afim: vínculo existente entre o cônjuge ou o companheiro e os parentes consanguíneos do outro, resultante de casamento ou de união estável;
- 3) parentesco civil: vínculo que decorre da adoção e abrange os parentes de ambos e os descendentes destes. A denominada outra origem de parentesco vem alçada na socioafetividade, e tem alcançado grande visibilidade na atualidade.

O Código Civil de 2002 estabelece ainda de forma expressa a determinação do parentesco por presunção¹⁴, ao elencar hipóteses em que a filiação será presumida durante o casamento, inclusive aqueles nascidos mediante técnicas de reprodução assistida, preocupando-se, ainda, com as hipóteses de fecundação homóloga ou heteróloga, levando em consideração assim o entendimento milenar de que o pai é aquele que demonstra justas núpcias.

É possível depreender disso que, quando a criança nasce fora do casamento não se aplicam as presunções descritas no art. 1.597 do Código Civil, devendo a determinação de sua parentalidade ser atribuída conforme as regras estabelecidas pelo Estado. Esta necessidade se torna mais evidente quando a criança nasce por métodos diferenciados de reprodução, pois muitas vezes ainda não há previsão legal para designar a parentalidade de crianças concebidas por tecnologias de reprodução assistida (BYRN; IVES, 2010, p. 319).

Conforme visto, o legislador optou pela utilização de conceito aberto no artigo 1.593, o que torna possível a inclusão futuras de outras formas de obtenção de parentesco não expressamente previstas em lei. A tema foi objeto da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal resultando no Enunciado 103 que assim dispõe:

¹⁴ “Art. 1.597. 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”.

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Assim, a inclusão da expressão “outra origem” possibilita o reconhecimento do vínculo de parentesco civil baseada em vínculo parental derivado tanto de reprodução heteróloga assistida, como também da socioafetividade, aplicando-se todos os efeitos decorrentes deste reconhecimento.

A utilização de cláusulas abertas e de conceitos indeterminados pode ser compreendida como técnica legislativa resultante da opção do legislador em proporcionar a possibilidade de completude dos conceitos jurídicos, conforme o caso concreto, pelo intérprete. No entanto, a solução de casos complexos – os chamados *hard cases* – que envolvem o direito de família, iniciam-se nos tribunais para depois alcançar a necessária tutela legislativa, afetando vidas de famílias que sofrem com as inconsistências e inseguranças de matéria ainda não tutelada (SCALQUETTE, 2013, p. 354).

Atualmente, tramita em repercussão geral no Supremo Tribunal Federal questão levantada sobre a prevalência do vínculo socioafetivo ou do vínculo biológico nas relações parentais¹⁵, mas outras matérias subjacentes a este tipo de conflito são apreciadas por diversos tribunais, como no caso deste julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que reconheceu a prevalência do vínculo afetivo em detrimento do vínculo biológico:

Apesar de ter sido demonstrada, pelo exame de DNA, a inexistência da paternidade biológica, o reconhecimento voluntário da paternidade não está necessariamente alinhado à origem genética, não havendo ainda, qualquer vício de consentimento por ocasião do registro. Uma vez demonstrada a existência da paternidade socioafetiva e não comprovado qualquer vício de consentimento por ocasião do reconhecimento voluntário da paternidade – ao contrário, o autor assumiu a paternidade quase um ano após o nascimento da menor, mesmo mantendo fortes dúvidas acerca de sua paternidade –, tal situação prepondera sobre a inexistente paternidade biológica, não merecendo guarida o pedido formulado em ação anulatória de paternidade” (TJMG, ApCiv 1.0720.10.004351-5/001, j. 06.03.2014)

Também o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pelo reconhecimento da prevalência da socioafetividade mesmo em detrimento da paternidade biológica conforme se destacou:

¹⁵ Agravo de Recurso Extraordinário 692.186/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, cuja ementa assim se pronuncia: “RecursoExtraordinário com Agravo. Direito civil. Ação de anulação de assento de nascimento. Investigação de paternidade. Imprescritibilidade. Retificação de registro. Paternidade biológica. Paternidade socioafetiva. Controvérsia gravitante em torno da prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Art. 226 ‘caput’ da Constituição Federal. Plenário virtual. Repercussão geral reconhecida.”.

[...] 2.1 A simples divergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica não autoriza, por si só, a anulação do registro, o qual só poderia ser anulado, uma vez comprovado erro ou falsidade, em ação própria - destinada à desconstituição do registro. 2.2 Jurisprudência e doutrina consagram a possibilidade de reconhecimento da socioafetividade como relação de parentesco, tendo a Constituição e o Código Civil previsto outras hipóteses de estabelecimento do vínculo parental distintas da vinculação genética. Ademais, a filiação socioafetiva, a qual encontra respaldo no artigo 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, mas também "parentescos de outra origem", de modo a contemplar a socioafetividade. 2.3 As decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, ao desconstituírem o registro de nascimento com base, exclusivamente, no exame de DNA, desconsideraram a nova principiologia, bem assim as regras decorrentes da eleição da afetividade como paradigma a nortear as relações familiares. (REsp 1128539/RN, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 26/08/2015)

Em sentido diverso e com fundamento no direito à identidade genética, a Ministra Nancy Andrighi assim entendeu:

A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos. Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. Ainda que haja a consequência patrimonial advinda do reconhecimento do vínculo jurídico de parentesco, ela não pode ser invocada como argumento para negar o direito do recorrido à sua ancestralidade. Afinal, todo o embasamento relativo à possibilidade de investigação da paternidade, na hipótese, está no valor supremo da dignidade da pessoa humana e no direito do recorrido à sua identidade genética. Recurso especial desprovido". (REsp 1401719/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 15/10/2013).

Esta amostra de julgados demonstra que a jurisprudência ainda não foi capaz de determinar critério que determine a prevalência das paternidades biológicas ou socioafetivas, garantindo-se, assim, tratamento isonômico para todos os casos que envolvem as questões de identificação de parentesco surgidas da biotecnologia e do desenvolvimento de novas formas de relacionamentos familiares.

Por esta razão, não se pode compreender suficiente a utilização de cláusula aberta para o preenchimento adequado conforme o caso concreto, justamente porque a matéria não comporta tratamento diferenciado e a ausência de critérios seguros gera a indefinição do conceito de parentalidade, bem como suas consequências na definição do parentesco e seus efeitos.

Neste aspecto é importante observar que a parentalidade¹⁶ não pode ser confundida com a noção de parentesco, termo já compreendido na doutrina nacional como a relação que vincula as pessoas umas às outras em decorrência da consanguinidade, da afinidade, que liga o cônjuge aos parentes do outro cônjuge, e da adoção (MALUF; MALUF, 2014, p. 19). A parentalidade, expressão normalmente utilizada pela biologia e pela psicologia, é uma concepção relacionada à função parental, ou seja, aos deveres, às responsabilidades e aos cuidados dedicados à criança, normalmente desempenhados pelo pai ou pela mãe.

Interessante solução da doutrina americana tem por argumento a definição de parentesco para toda e qualquer criança ao nascimento, garantindo-se assim o direito fundamental da criança a ter pais legalmente identificados. No entendimento de Byrn e Ives, a determinação de parentesco deve ocorrer no nascimento¹⁷, pois desta forma seria possível designar de forma específica quem de fato detém o dever legal e o direito de ter relação responsável de parentalidade com a criança, alcançando-se assim a efetividade do seu direito fundamental de convivência familiar (BYRN; IVES, 2010, p. 328).

Para tanto é preciso remover todas as presunções de parentesco responsáveis por gerar falta de clareza e disputas judiciais para adotar normas consistentes e autoexecutáveis, capazes de determinar o parentesco ao nascimento. Desta forma, se a criança for concebida por reprodução sexual natural, seu parentesco legal deve ser concedido aos seus pais genéticos. Todavia, para crianças concebidas mediante tecnologias de reprodução assistida, o parentesco legal deve ser concedido aos pais intencionados, que são normalmente as pessoas que mais provavelmente vão agir conforme o melhor interesse da criança (BYRN; IVES, 2010, p. 330).

Esta hipótese coloca a criança em prioridade e não elimina a possibilidade de eventualmente no futuro ingressar-se com os mecanismos judiciais adequados para questionar a designação de parentesco no nascimento. Ainda que no Brasil a identificação do parentesco

¹⁶ Preferiu-se a utilização do termo parentalidade no título desta parte sobretudo por guardar maior proximidade com o conceito de *parenthood*, ou seja, no sentido de desempenho de papel de pai ou mãe, abrangendo-se ainda as responsabilidades relacionadas à esses papéis.

¹⁷ Para Byrn e Ives, o Estado tem o papel de *parens patriae* (pai da pátria), no sentido de ter o dever de zelar pelo melhor interesse de seus cidadãos, razão pela qual a primeira e mais profunda ação estatal para efetivação deste dever é a adoção de normas que determinem a obrigatoriedade de determinação do parentesco da criança ao nascimento. Esta compreensão tem por base o direito fundamental da criança de formar relações íntimas e familiares com seus pais. Nas palavras das autoras: “*At the moment of birth, a child possesses a First and Fourteenth Amendment right to form intimate, familial relationships. As a child’s first intimate, familial relationship is with her legal parents, the child has a fundamental right to legal parents at birth. The State, as parens patriae, is obligated to protect a child’s constitutional rights at birth. Thus, we argue that the first and most profound action a state takes as parens patriae is to adopt a statute that determines children’s legal parents at birth. Moreover, we argue that the state is obligated to adopt parentage statutes that guarantee every child’s fundamental right to legal parents at birth.*” (BYRN; IVES, 2010, p. 328)

seja comprovada pelo registro civil, não há certeza quanto à designação de parentesco nas hipóteses de conflito entre o parentesco biológico e o socioafetivo, conforme já demonstrado.

4 O problema da determinação puramente biológica de parentalidade

Não há dúvidas de que o desenvolvimento científico ampliou a possibilidade de valoração dos eventos sociais, trazendo maior segurança para situações que antes apenas eram tratadas em âmbito de presunção¹⁸. No entanto, Eduardo Ribeiro Moreira (2011, p. 91) observa a existência de uma predominância científica capaz de afrontar o modo tradicional de regulação do direito e questiona se este totalitarismo científico, típico das ciências exatas, seria mesmo capaz de proporcionar validade e certeza de suas proposições.

No mesmo sentido, Castro (2005, p. 651) questiona os limites e parâmetros delineados para a evolução da ciência:

[...] Quais os limites? Quais os parâmetros a serem delineados à evolução científica? O Direito, diante desse salto no futuro por parte da medicina e da biogenética, a princípio ficou mudo e atônito, como que aguardando cada lance espetacular da ciência para oferecer os serviços de normatividade e da pacificação social pela via da legalidade. Porém, quando a lógica do mercado transformou o sujeito de direito em corpo objeto, a ordem jurídica teve de despertar para esses desafios insondáveis da ciência (CASTRO, 2005, p. 651).

Com o advento da pós-modernidade e o apogeu da sociedade biotecnológica, surgiu uma nova forma de presunção de parentalidade, em que se define a maternidade ou a paternidade conforme o que ficar demonstrado no exame de DNA. (MALUF; MALUF, 2014, p. 24). No entanto, para Hendricksf (2016, p. 109), a ideia de definição de parentalidade baseada apenas na essência genética é contraditória, considerando-se a atual cultura de manipulação genética. Em recente estudo, o autor critica aquilo que denomina de “*genetic essentialism*”¹⁹, a saber:

¹⁸ Um exemplo claro é a decisão do STF que relativizou a coisa julgada em decorrência da impossibilidade de realização de exame de DNA, autorizando assim a repositura da ação com apoio no direito fundamental à busca da identidade genética: “(...) 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.”(RE 363889, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011 RTJ VOL-00223-01 PP-00420).

¹⁹ “*Genetic essentialism asserts that our genes and our DNA are the essence, the core, the most important constituent part of who we are as human beings; therefore genetics should overpower any other factor when defining biological parenthood. Genetic essentialism reduces human beings to the contents of our cells. It*

This commitment, which I refer to as genetic essentialism, has proceeded apace despite, and in seeming contradiction with, the commodification of reproduction, complete with markets in eggs and sperm. Neoliberal culture, however, does not necessarily register degradation when genes are bought and sold. Markets, competition, and high prices confirm rather than diminish value, if not of the genes themselves than of the owners. To be a parent is increasingly defined as having either produced the gametes or paid for them. “Genetic essentialism” thus refers primarily to the definition of parenthood in terms of genes, but it also encompasses genes’ alienability and the consequent fungibility²⁰. (Hendricksf, 2016, p. 109)

Mas a determinação biológica²¹ não é tão precisa quanto supõe o essencialismo genético, assim como a própria vida familiar não é (Hendricksf, 2016, p. 119). Ainda que normalmente a parentalidade seja atribuída, na maioria dos casos, de forma automática – para proporcionar pais legalmente definidos no momento do nascimento da criança –, o sistema é falho porque os atuais métodos de determinação de parentesco não são baseados no direito fundamental da criança de ter a parentalidade definida ao nascimento (BYRN; IVES, 2010, p. 329).

Neste aspecto, tanto a Constituição Federal de 1988²² como também o Estatuto da Criança e do Adolescente²³ trazem previsões que garantem à criança a convivência familiar

ignores the ways our cells and environments interrelate, the ways our physiological system functions as a whole organism, and the ways our minds and hearts affect our being. Additionally, genetic essentialism renders all our ways of nurturing and being nurtured by one another for naught.” (Bender apud Hendricksf, 2016, p. 109, nota de rodapé).

²⁰ Em tradução livre: “Esse comprometimento, a que me refiro como essencialismo genético, tem continuado em ritmo acelerado, e em aparente contradição com a mercantilização da reprodução, repleta de transações com óvulos e espermatozoides. A cultura neoliberal, no entanto, não registra necessariamente a degradação quando os genes são comprados e vendidos. Mercados, concorrência e preços elevados confirmam, ao invés de diminuir o valor, ou mesmo dos próprios genes ou dos seus proprietários. Para ser um pai está cada vez mais sendo definido como produzir gametas ou ter pago por eles. O essencialismo genético, portanto, refere-se primeiramente a definição de paternidade em termos de genes, mas também abrange alienabilidade dos genes e sua consequente fungibilidade.”

²¹ Biology, then, is not as tidy as genetic essentialism assumes; and arguably, neither are people’s family lives. Genetic essentialism assumes that relationships are made up of discrete categories: parent or child, chicken or egg, a genetic tie that either is or is not, a fetus that either is or is not a separate individual from the pregnant woman. On my model says the child and the initial parent are created simultaneously, over the course of nine months of pregnancy, followed by further legal assignments. Rather than envisioning a juridical person who comes into being and then is assigned legal parents by the state, we could see these two steps as simultaneous. This way, the born child is never without a legal parent. The act of birth both creates the child as a legal person and creates the formerly pregnant woman as the child’s mother. Birth transforms a single legal person into two legal people, a parent and a child. (Hendricksf, 2016, p. 119)

²² “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.”

²³ Lei n. 8.0690 de 13 de julho de 1990, publicada no D.O.U. em 16/07/1990: “Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. Art. 20. 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”.

sem distinção da origem do seu vínculo. Portanto, é preciso compreender que o significado de parentalidade depende de outros fatores e não somente dados genéticos. As trajetórias de vida, os contextos sociais e as práticas que envolvem os relacionamentos entre mães, pais e filhos, bem como os cuidados e os encargos financeiros também são elementos a serem considerados para a determinação do seu significado (MACHADO; GRANJA, 2013, p. 566).

Não se pode dividir as relações familiares em discretas categorias determinadas pela genética porque, quando a parentalidade é definida com base no essencialismo genético, a tendência é que o sentido de propriedade e controle dos genes passa a ser superior à laços afetivos, surgidos naturalmente dos cuidados diretos e físicos dos pais, incluindo-se aqueles cuidados durante o período gestacional (Hendricksf, 2016, p. 122).

Ao invés disso, os atuais métodos usam uma série de presunções impostas por valores sociais, como a presunção marital (BYRN; IVES, 2010, p. 329). A construção de tais presunções fundamenta-se na ideia de proteção da propriedade e do patrimônio familiar, preocupações típicas de um momento histórico em que o direito de propriedade passou a ser relacionado com o direito de herança, objetivando a proteção da família²⁴.

Somente a partir do século XX surgiram as primeiras alterações na concepção de família e do instituto da filiação, tendo em vista a proibição de tratamento desigual dos filhos nascidos fora do casamento. Os pais passaram a formar com seus filhos um grupo natural principal e a ideia de biparentalidade indica não só a presença do pai e da mãe, mas também inclui a valorização da afetividade e a percepção de influência conjunta no desenvolvimento da criança, ainda que tenha ocorrido o divórcio (MALUF; MALUF, 2014, p. 23).

Neste aspecto, a parentalidade socioafetiva pode ser definida como o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas (CASSETTARI, 2015, p. 16).

Segundo Regina Beatriz Silva (2014, p. 407), o parentesco socioafetivo contempla os mesmos efeitos²⁵ do vínculo consanguíneo, como o direito de guarda, de ter a companhia do filho, o dever de educação e de sustento, além de direitos hereditários, incluindo o direito à legítima. Assim, não há dúvida de que vínculo sanguíneo nem sempre corresponde ao laço

²⁴ Com o surgimento do princípio da *saisine*, a morte passou a ser o evento que marca a abertura da sucessão como causa de transmissão da propriedade aos herdeiros.

²⁵ O IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, aprovou, durante o IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, em Araxá/ MG, o enunciado de número 6: “Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental.”

afetivo e social, já que a condição paterna ultrapassa a mera geração biológica.

Assim, preconiza-se a ideia de deslocamento do eixo de interesse dos pais para o interesse do menor, no sentido de valorizar a afetividade e proporcionar a efetividade do princípio do menor interesse da criança (MALUF; MALUF, 2014, p. 23). Por esta concepção, a determinação de parentesco legal deve passar antes pela ideia de parentalidade, ou seja, a designação daquele que de fato tem a responsabilidade e a intenção de cuidado com a criança, bem como o desempenho da sua função parental no ambiente familiar.

Mas a preocupação da doutrina e da jurisprudência não se reserva apenas ao reconhecimento do laço afetivo. Discute-se a formação de critérios para determinar ou não a prevalência de vínculo ou, ainda, se seria possível a convivência concomitante de diversos vínculos. Isso ocorre porque com o reconhecimento do parentesco socioafetivo, há também possibilidade de surgimento de relações multiparentais derivadas da formação de diversos vínculos.

Há quem defenda a possibilidade de coexistência de vínculos, pois a tendência contemporânea é a valorização da teoria tridimensional da condição humana que comporta a influência genética, afetiva e ontológica na formação do ser (MALUF; MALUF, 2014, p. 30).

Todavia, a posição atual da jurisprudência é no sentido de negar a multiparentalidade, esclarecendo que a filiação será determinada por meio de um, ou de outro, critério e a sua determinação dependerá do caso concreto. Regina Beatriz Silva (2014, p. 406) preocupa-se com a multiplicação de pais e mães e com a equivocada ideia de que a multiparentalidade pode ser mais benéfica à criança e à sociedade, pois os reflexos nas obrigações alimentares e nos direitos sucessórios seriam duplicados.

Conforme visto, o Código Civil não prevê expressamente o parentesco com base no vínculo afetivo, mas tanto a jurisprudência como também a doutrina compreendem que a interpretação da expressão “outra origem” permite incluir a socioafetividade como forma de parentesco. Por outro lado, a utilização de cláusulas abertas faz surgir conceitos indeterminados responsáveis pela ampliação dos poderes discricionários do juiz, prevalecendo a ideia de determinação de filiação biológica ou afetiva conforme o caso concreto.

Conclusão

Por tudo que foi exposto, é possível afirmar que os critérios atualmente utilizados para a determinação de parentesco no Brasil são insuficientes. O vertiginoso avanço da biotecnologia nos processos de manipulação genética proporcionou técnicas de reprodução que geraram situações sociais desafiadoras para o direito. Da mesma forma, a evolução das

relações sociais permitiu a ampliação do conceito de família para abranger as relações fundadas na afetividade, o que fez surgir outras formas de parentesco.

Com o advento da Constituição de 1988 a legislação civilista precisou ser adequada aos novos padrões constitucionais, mas o Código Civil de 2002 ainda não foi capaz de prever de forma clara os critérios jurídicos orientadores da determinação de parentesco em casos de conflito entre o vínculo socioafetivo e o vínculo biológico.

O reconhecimento do direito à identidade genética como um direito fundamental derivado da personalidade e da dignidade humana fez surgir novas hipóteses para o reconhecimento do parentesco derivado de exames de DNA, não identificados no momento do nascimento, da adoção ou da concepção heteróloga. Estas hipóteses entram em conflito com a ideia de socioafetividade, tendo em vista as relações já formadas quando da obtenção dos resultados do exame, o que dificultou a definição de critério que indique a prevalência entre os vínculos.

A opção legislativa ao incluir cláusula aberta para determinar as formas de obtenção de parentesco incentiva a judicialização de conflitos e possibilita o surgimento de relações multiparentais, cujas consequências para o direito sucessório e para as obrigações alimentares tornam-se imprevisíveis.

Um aspecto a ser observado é a adoção conjunta da ideia de parentalidade e parentesco. A adoção do termo parentalidade se revela importante quando se trata de formação de vínculos afetivos, na adoção e também nos casos derivados de inseminação artificial heteróloga. Estranhamente não há utilização jurídica do termo, ainda que a Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente indiquem a adoção implícita do seu significado ao prever uma série de normas relativas à responsabilidade dos pais, seus deveres e direitos com o filho.

Há de se ressaltar ainda que, em tempos de ativismo judicial, a solução para os conflitos será quase sempre baseada no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio do interesse primordial da criança e do adolescente, o que pode gerar um esvaziamento do direito civil diante da sua impotência na determinação de normas capazes de amparar as relações familiares contemporâneas.

Assim, por mais que se espere resposta do Poder Judiciário²⁶ ou do Biodireito²⁷, o

²⁶ Aguarda-se o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE 363889 de relatoria do Ministro Dias Toffoli que tratará do conflito entre o parentesco biológico e socioafetivo, matéria de repercussão geral reconhecida.

²⁷ Tramita na Câmara dos Deputados projeto de lei nº 4892/2012, que estabelece o Estatuto da Reprodução Assistida, cuja proposta está destinada à apreciação do plenário desde fevereiro de 2013.

Código Civil é a legislação infraconstitucional adequada para a previsão de normas que orientem a vida em sociedade, bem como o exercício dos direitos das pessoas, inclusive aqueles decorrentes de sua personalidade. Por tal motivo não se pode esperar que por meio de legislação extravagante ou de decisões judiciais identifiquem-se os meios de solução dos conflitos para, somente em momento posterior, reformar as regras do Direito Civil.

A necessidade de determinação de critérios precisos para a identificação de parentesco é fundamental para assegurar garantias e impor limites à estas novas relações derivadas da família contemporânea. É preciso proporcionar maior aproximação do direito de família com essas relações para reformular conceitos a partir da realidade das famílias, invertendo-se a lógica da produção legislativa.

A dinâmica da vida familiar não permite a produção legislativa baseada apenas na ideia do “dever-ser”, por isso a observância empírica destas relações é necessária para traçar limites fundamentados nos princípios constitucionais que as regem. Afinal, conforme observa Luiz Edson Fachin (2015, p. 164), todas as uniões são fontes de relações das famílias e, uma vez que erigidas sobre o afeto, negar-lhes efeitos jurídicos importa em negar o desenvolvimento da personalidade dos seres que se relacionam e buscam o seu desenvolvimento.

Referências

AGUIAR JR, Ruy Rosado de (org). **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V**. Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 13 de julho de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº. 11.105 de 24 de março de 2005. Dispõe sobre a política nacional de biossegurança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 13 de julho de 2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A identidade genética do ser humano: bioconstituição: bioética e direito. In: **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, v. 2, p. 107-112, 2011.

BYRN, Mary Patricia; IVES, Jenni Vainik. Which came first the parent or the child? In: **Rutgers Law Review**, v. 62, n. 2, p. 306–342, 2010.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetividade: Efeitos Jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FACHIN, Luís Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

HENDRICKSF, Jennifer S. Genetic Essentialism in Family Law. In: **Health Matrix**, v. 26, n. 1, p. 109–122, 2016.

MACHADO, Helena; GRANJA, Rafaela. Paternidades fragmentadas. Gênero, emoções e (des) conexões biogenéticas e prisionais. In: **Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa**, v. XLVIII, n. 208, p. 550–571, 2013.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. O biodireito na pós-modernidade. In: **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 32, p. 337–347, 2013.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Parecer - as relações de parentesco na contemporaneidade - prevalência a priori entre a parentalidade socioafetiva ou biológica - descabimento - definição em cada caso concreto do melhor interesse dos filhos - multiparentalidade - reconhecimento em casos. In: **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 33, p. 19–43, 2014.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O enfrentamento do biodireito pela Constituição. In: **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, vol. 2 , p. 91 - 106, 2011.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. Reprodução humana , bioética e biodireito : desafios contemporâneos. In: **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 32, p. 349–358, 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. Matéria de Repercussão Geral - Supremo Tribunal Federal. Prevalência de uma das espécies de paternidade - socioafetiva e biológica. In: **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 33, p. 405–422, 2014.