

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Luís Renato Machado

A FAMÍLIA MONOPARENTAL ORIGINADA ATRAVÉS DA
TÉCNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA HETERÓLOGA

Passo Fundo
2011

Luís Renato Machado

A FAMÍLIA MONOPARENTAL ORIGINADA ATRAVÉS DA TÉCNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA HETERÓLOGA

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Me. Adriana Fasolo Pilati Scheleder.

Passo Fundo
2011

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é realizar uma análise dos direitos e conflitos existentes no âmbito da família monoparental, originada pela adoção de técnicas de reprodução humana artificial, no caso a reprodução heteróloga, na qual se utiliza material genético de doador anônimo. Justifica-se a presente abordagem pela sua relevância e atualidade, além de também serem destacadas algumas especificidades da matéria, como a inexistência de normas jurídicas no direito brasileiro regulando as relações das pessoas envolvidas nesse processo de manipulação e criação de seres humanos. Verifica-se, portanto, uma lacuna no direito das famílias quando o tema envolve bioética e biodireito. Com base no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da paternidade responsável, conclui-se que a mulher tem a liberdade de planejar o modelo familiar que julgar ideal. Por sua vez, a criança tem o direito de ver seus interesses tutelados; por isso, o direito à identidade genética lhe é indissociável. Revela-se que a identidade do doador do material genético pode ser conhecida, não estando absolutamente resguardada pelo sigilo, mas a revelação da origem genética, de regra, não acarreta o reconhecimento do estado de filiação. Assim, o presente estudo baseia-se, metodologicamente, em pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dialético para a construção da pesquisa realizada.

Palavras-chave: Biodireito. Bioética. Reprodução heteróloga. Família monoparental.

LISTA DE ABREVIATURAS

apud:	Citado por
art.:	Artigo
CC:	Código Civil
CECOS:	Centro de Estudos e Conservação de Ovos e Esperma Humanos
CF:	Constituição Federal
CFM:	Conselho Federal de Medicina
DNA:	Ácido desoxirribonucléico
ECA:	Estatuto da Criança e do Adolescente
etc.:	Et cetera (e outros)
inc.:	Inciso
nº.:	Número
nºs.:	Números
ONU:	Organização das Nações Unidas
p.:	Página
par.:	Parágrafo
SUS:	Sistema único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 DIREITO DAS FAMÍLIAS	09
1.1 Origem e evolução da família.....	10
1.2 A família tradicional do Código Civil brasileiro.....	26
1.3 A evolução legislativa da família frente à Constituição Federal de 1988.....	36
1.3.1 Famílias plurais	39
1.3.2 Família monoparental.....	43
1.4 Direito à filiação.....	47
2 REPRODUÇÃO HUMANA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA	56
2.1 Técnicas de reprodução humana	58
2.2 Reprodução heteróloga	66
2.2.1 O direito ao anonimato do doador	72
2.3 Princípio do melhor interesse da criança	78
2.4 Princípio da paternidade responsável	85
2.5 Princípio da dignidade da pessoa humana	89
3 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A FAMÍLIA MONOPARENTAL ORIGINADA ATRAVÉS DA TÉCNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA HETERÓLOGA	96
3.1 Colisão de princípios: o direito de gerar e o direito à paternidade.....	97
3.2 Direito à identidade genética e a preservação de vínculo socioafetivo	109
3.3 Projetos de leis no Brasil e casos jurisprudenciais	120
CONCLUSÃO	136
REFERÊNCIAS	142
ANEXO – Conselho Federal de Medicina Resolução nº. 1.957/2010	147

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo sobre a influência das técnicas de reprodução assistida na formação da família, em especial na família monoparental. As técnicas artificiais de reprodução humana possibilitam o surgimento de novas formas de constituição de família, pois dissociaram a gestação da relação sexual. Desse modo, a filiação, que sempre foi definida pela ligação genética, está cada vez mais distante desse fator.

As técnicas de reprodução artificial têm como finalidade servir como meio na resolução dos problemas de reprodução humana e facilitar o processo de procriação. Assim, deram surgimento aos bancos de criopreservação de sêmen, de óvulos e também de embriões. A criopreservação dos materiais genéticos tem como finalidade a conservação para posterior utilização pelos próprios fornecedores, sendo possível a doação deste material para terceiros que são inférteis e não podem realizar o desejo de ter um filho. Com a doação de material genético surge uma nova forma de filiação, totalmente desvinculada do conceito biológico, que por muito tempo foi definido como determinante para estabelecer as relações paterno-filiais.

A liberdade de acesso aos métodos reprodutivos permite que qualquer pessoa se submeta aos procedimentos para conseguir uma gestação, porém surgem indagações a respeito, como: pode uma mulher solteira fazendo uso das técnicas de reprodução heteróloga, que se utiliza o material genético (sêmen) de doador anônimo, levar a efeito uma gravidez? Essa mulher tem o direito de gerar um filho negando-lhe a paternidade, pois, tendo em vista que o sêmen é de um desconhecido, a criança não terá um pai? Esse é um conflito que se tentará elucidar, ou seja, a colisão do direito de gerar da mãe e do direito de o filho ter um pai. Por outro lado, é possível à criança gerada a partir da reprodução heteróloga ter conhecimento de sua origem genética, ou seja, poder identificar o doador anônimo, o seu genitor biológico? Essa é outra questão a ser enfrentada.

De fato, no direito brasileiro não há regulamentação específica sobre o uso das técnicas de reprodução assistida. O único documento é uma resolução do Conselho Federal de Medicina, que dita regras deontológicas aos profissionais da medicina que atuam na nessa área. Todavia, a falta de legislação não significa que a

ciência jurídica não possa definir e regular essa situação. Como se verá, os princípios basilares do direito oferecem suporte para os operadores alcançarem suas respostas.

Para isso será necessária uma visão ampla do direito de família, iniciando-se pela busca de como se deram as primeiras relações familiares e a conseqüente evolução da família; a evolução do conceito e do direito de família; a origem romana da família tradicional no direito brasileiro; a quebra de paradigmas diante da promulgação da Constituição Federal de 1988, definida como um marco para o direito de família; o reconhecimento e a conceituação das diversas formas de constituição da família; em específico, trata-se da família formada por um dos pais e seus filhos, reconhecida pelo constituinte; buscando saber o que caracteriza uma relação paterno-filial. Esses aspectos são trabalhados no primeiro capítulo.

No segundo capítulo aborda-se o surgimento das técnicas de reprodução humana, fazendo uma análise da resolução que trata do assunto, faz-se referência à falta de legislação que trate do assunto; ao tratar da reprodução heteróloga, posicionamentos favoráveis e contrários são contrapostos, passando-se à discussão sobre o anonimato do doador com as diversas opiniões sendo expostas; chega-se, enfim, ao estudo dos princípios norteadores do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana, que contribuem para avaliar o tema tratado.

É no terceiro capítulo que o tema é discutido com maior objetividade, buscando-se sopesar as questões que envolvem o problema e chegar a uma resposta, ou seja, saber como a ciência jurídica enfrenta a colisão dos direitos dos envolvidos na formação de uma família monoparental originária da técnica de reprodução humana assistida. Ainda, são analisados projetos de lei sobre tema e alguns casos jurisprudenciais.

Adota-se para a realização do estudo a metodologia procedimental, que parte da análise bibliográfica de material publicado sobre o assunto, e para a abordagem utiliza-se o método dialético, por meio do qual se busca debater o tema analisando as diferentes opiniões encontradas.

Por fim, o principal objetivo deste trabalho é verificar o tratamento jurídico dado à família monoparental originada a partir do uso das técnicas de reprodução heteróloga, identificando e sopesando os direitos dos envolvidos nesse novo

processo de procriação de seres humanos. Portanto, pelo confronto das diferentes opiniões doutrinárias, torna-se possível a discussão dialética do tema, possibilitando identificar e aceitar a proposição que se entende aceitável para a solução do problema enfrentado.

1 DIREITO DAS FAMÍLIAS

O primeiro contato que o ser humano estabelece com o mundo é por meio da família, que consiste no núcleo de convivência das pessoas ligadas por laços afetivos, sendo o meio primário de socialização do ser humano. Os primeiros ensinamentos de vida são transmitidos pelos pais e jamais serão esquecidos. A entidade familiar está em constante transformação e evolução, constituindo-se numa construção social lapidada pelo comportamento humano.

Como a estrutura da sociedade é a família, é merecedora de atenção e proteção especial por parte do Estado através do direito. O princípio universal insculpido na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 estabelece: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Essa atenção e proteção dispensadas à família demonstram sua importância.

Com fundamento no modelo de família patriarcal, fundado na ideia de família que tinha função econômico-político-religioso-procriacional, o Estado somente dispensava atenção à família matrimonializada. Por consequência, os filhos concebidos fora do casamento eram discriminados, a mulher não tinha autonomia e o foco do direito de família era nas relações patrimoniais. Mas a família evoluiu, e os valores familiares passaram a ser outros.

Os acontecimentos e mudanças sociais antecedem ao direito. A redefinição de novos valores familiares implicou a necessidade de reformas de conceitos jurídicos, visto que um novo olhar para a família era necessário a fim de entender os novos valores e adequar o tratamento jurídico a esses valores que a sociedade estava definindo como primordiais na concepção da família.

A Constituição Federal de 1988 reconhece a família como base da sociedade e, por isso, recebe especial proteção do Estado. A Constituição brasileira inovou no direito de família ao reconhecer e proteger não apenas a entidade familiar constituída pelo matrimônio, mas também a união estável e a entidade

monoparental, além de possibilitar, pela interpretação extensiva, a proteção de outras entidades implícitas que se afiguram no contexto social. (LÔBO, 2010).

Segundo Maria Berenice Dias:

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela **família-instrumento**, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado. (2007, p. 41 – grifo da autora).

Assim, a família atual não se funda em um único modelo, que possibilite identificá-la como a antiga família patriarcal formada somente pelo casamento, com função procriativa, que não subsiste mais. Hoje o elemento primordial e distintivo da família é a presença de um vínculo afetivo. Portanto, como o afeto é o elemento caracterizador da família, não subsiste mais somente um modelo familiar, ou seja, a família é pluralista. Por isso, o direito que trata da família, como a melhor doutrina ensina, deve ser chamado de “direito das famílias”.

1.1 Origem e evolução da família

A família, ou o conceito de família, que se tem no século XXI, obviamente, não é o mesmo do século passado e, com certeza, não será o mesmo do século subsequente. Ao estudar a família ao mesmo tempo conhecemos um pouco da formação da sociedade e do Estado.

A família é considerada célula básica da sociedade e, conseqüentemente, do Estado, merecedora de atenção e proteção social. Pelo estudo da história da família pode-se constatar que as relações familiares sofreram muitas transformações na caminhada evolutiva do homem. Das relações animais, eventuais e dispersas, onde a noção de família ainda não estava presente; passando pelas uniões entre grupos; pelas formações tribais e clônicas; família tradicional romana; a família tradicional brasileira, além das diversas teorias sobre o matriarcado, patriarcado, poligamia, poliandria, monogamia. (ENGELS, 1984). Por exemplo, no direito romano havia a chamada família patriarcal, que muita influência exerceu na formação do direito brasileiro, na qual a concepção de família era centrada no pátrio poder do chefe da família, que era o homem; o afeto não era o elo principal de ligação; a mulher não tinha independência, de modo que ao se casar deixava a família paterna e passava a obedecer ao marido; o fim principal da família romana era a procriação; um filho homem era mais desejado, pois este poderia dar continuidade ao culto dos antepassados familiares. (VENOSA, 2003).

Outrossim, diversos direitos diametralmente ligados à família também vão sendo lapidados durante a marcha evolutiva do direito, como o direito patrimonial, o direito sucessório, o direito de filiação, o direito matrimonial, dentre outros.

A família é a base da sociedade, pois nela o indivíduo nasce, cresce e se desenvolve até formar uma nova família. Representando o alicerce da organização social, o Estado tem interesse em preservar e proteger as relações familiares. Ensina Silvio Rodrigues:

Dentro dos quadros de nossa civilização, a família constitui a base de toda a estrutura da sociedade. Nela se assentam não só as colunas econômicas, como se esteiam as raízes morais da organização social. De sorte que o Estado, na preservação de sua própria sobrevivência, tem interesse primário em proteger a família, por meio de leis que lhe assegurem o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais. Daí a interferência, por vezes até exagerada, do Estado nas relações familiares. (2004, p. 5).

A questão da formação dos primeiros grupos familiares que originaram a família é controversa. Relatos, contos bíblicos, narrativas históricas servem de apoio aos estudiosos na busca da causa que determinou a união familiar. Nesse sentido, existem relatos de que na época primitiva as relações entre homens e mulheres eram dispersas, imperando o sexo promíscuo, de modo que cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres; não havia certeza da paternidade dos filhos. (ENGELS, 1984).

O período de promiscuidade corresponde à passagem da animalidade à humanidade. (ENGELS, 1984). Observa o autor “que os homens primitivos, na época em que lutavam por sair da animalidade, ou não tinham nenhuma noção de família ou, quando muito, conheciam uma forma não encontrada entre animais.” (1984, p.70).

São destacadas nos ensinamentos Pontes de Miranda três teorias: a) teoria da monogamia originária, baseada em trabalhos de zoólogos e etnólogos, entre os quais Charles Darwin e H. E. Ziegler, a qual se baseia na existência do amor mútuo dos casados e no amor dos pais quanto aos filhos, o que deu origem à família monogâmica; b) teoria da promiscuidade primitiva, sustentada por J. J. Bachofen, como hipótese auxiliar para a explicação do matriarcado, e, mais tarde, por L. H. Morgan e Mc-Lennan, sendo a promiscuidade verificada antes do matriarcado; c) teoria das uniões transitórias, na qual o homem e a mulher permaneciam juntos algum tempo após o nascimento do filho, esta sendo a mais aceita pelo autor. (1955, p.177-178).

Igualmente, das observações das origens dos povos orientais e alguns selvagens da Austrália e da América surgiram outras teorias. Uma é de que os primeiros homens teriam vivido em *hordas promíscuas*, unindo-se às mulheres sem vínculos civis e sociais. (CHAVES, 1991).

Entretanto, segundo Friedrich Engels (1984), para sair da animalidade, para realizar o maior progresso que a natureza conhece, era preciso mais um elemento: substituir a falta de poder defensivo do homem isolado pela união de forças e pela ação comum da horda. (1984). Essas hordas são denominadas por Friedrich Engels de matrimônio por grupos, “a forma de casamento em que grupos inteiros de homens e grupos inteiros de mulheres pertencem-se mutuamente, deixando bem pouca margem para os ciúmes.” (1984, p. 70).

Com efeito, na formação de famílias por grupos não havia certeza quanto à paternidade, não podendo, assim, ser estabelecida a descendência paterna, sendo desconhecida a linha masculina de onde teria descendido o indivíduo, conforme destacou Friedrich Engels:

Em todas as formas de família por grupos, não se pode saber com certeza quem é o pai de uma criança, mas sabe-se quem é a mãe. Ainda que ela chame filhos seus a todos os da família comum, e tenha deveres maternais para com eles, nem por isso deixa de distinguir seus próprios filhos entre os demais. É claro, portanto, que em toda parte onde existe o matrimônio por grupos a descendência só pode ser estabelecida do lado materno, e, por conseguinte, apenas se reconhece a linhagem feminina. Encontram-se nesse caso, de fato, todos os povos selvagens e todos os povos que se acham na fase inferior da barbárie. (1984, p. 77).

Por conseguinte, a regra no matriarcado e no matrimônio por grupos era que os filhos frequentemente conheciam somente a mãe, à qual todos os cuidados e todas as responsabilidades eram atribuídos; nada sabiam a respeito do pai, nem se cogitava a ideia de que ela ou seus filhos teriam algum direito de reclamar dele alguma coisa.

Passada a fase selvagem e instável das relações sexuais promíscuas entre homens e mulheres, surge organizada a sociedade em tribo. Segundo alguns doutrinadores, seria por meio da organização tribal que teria surgido a família, em torno da mulher, formando-se a poliandria e o matriarcado, em virtude do qual, sendo, ainda nesta fase, desconhecido o pai, os filhos e os parentes viviam em torno da mãe, da qual recebiam o nome. A mãe era quem ordenava o grupo familiar, quem detinha o poder, ao passo que o homem, como pai e como marido, encontrava-se numa situação subordinada.

Importante observar que na família matriarcal, formada em torno da autoridade da mãe, a mulher detinha o poder, dava seu sobrenome aos filhos, organizava o grupo familiar, tomava decisões, havendo regulamentos até sobre o direito sucessório de acordo com a descendência materna. (CHAVES, 1991).

Entretanto, foi observado que com o matriarcado, onde predominava a poliandria, unindo-se a mulher a vários homens ao mesmo tempo, ocorria o enfraquecimento da fecundidade e, conseqüentemente, enfraquecia-se a própria tribo, o que resultava em dificuldades na defesa contra os inimigos. Por esse motivo o matriarcado não poderia se firmar de maneira estável. (CHAVES, 1991).

O período seguinte é o da família consanguínea. Nela as relações sexuais ocorriam entre irmãos, que eram considerados maridos entre si; surgiu a classificação por gerações: avôs, avós, filhos, netos. Friedrich Engels classifica a família consanguínea como sendo a primeira etapa da família:

Nela, os grupos conjugais classificam-se por gerações: todos os avôs e avós, nos limites da família, são maridos e mulheres entre si; o mesmo sucede com seus filhos, quer dizer, com os pais e mães; os filhos destes, por sua vez, constituem o terceiro círculo de cônjuges comuns; e seus filhos, isto é, os bisnetos dos primeiros, o quarto círculo. Nessa forma de família, os ascendentes e descendentes, os pais e filhos, são os únicos que, reciprocamente, estão excluídos dos direitos e deveres (poderíamos dizer) do matrimônio. Irmãos e irmãs, primos e primas, em primeiro, segundo e restantes graus, são todos, entre si, irmãos e irmãs, e por isso mesmo maridos e mulheres uns dos outros. O vínculo de irmão e irmã pressupõe, por si, nesse período, a relação carnal mútua. (1984, p. 72).

Entretanto, foi no decurso dessa fase da família tribal, também chamada consanguínea, que ocorreu a exclusão das relações sexuais recíprocas entre irmãos, dando origem à chamada família “punaluana”, que também pela primeira vez fez surgir a figura dos sobrinhos na família. Segundo Engels,

“punalua”, quer dizer, companheiro íntimo [...], a proibição das relações sexuais entre irmãos e irmãs pela sociedade levou à divisão dos filhos de irmãos e irmãs, até então indistintamente considerados irmãos e irmãs, em duas classes: uns continuam sendo, como antes, irmãos e irmãs (colaterais); outros – de um lado os filhos dos irmãos, de outro os filhos das irmãs - não podem continuar mais como irmãos e irmãs, já não podem ter progenitores comuns, nem o pai, nem a mãe, nem os dois juntos; e por isso se torna necessária, pela primeira vez, a categoria dos sobrinhos e sobrinhas, dos primos e primas, categoria que não teria sentido algum no sistema familiar anterior.” (1984, p. 75-76).

Aos poucos, foi ocorrendo a exclusão das relações entre irmãos, provavelmente começando pela exclusão dos irmãos uterinos (isto é, irmãos por parte de mãe), depois acabando pela proibição do matrimônio até entre irmãos colaterais (quer dizer, entre primos em segundo e terceiro graus). (ENGELS, 1984). Nesse sentido, havendo a exclusão da regra do matrimônio entre irmãos ocorreu o progresso evolutivo da família. Observa Friedrich Engels:

Sem dúvida, nas tribos onde esse progresso limitou a reprodução consanguínea, deve ter havido um progresso mais rápido e mais completo que naquelas onde o matrimônio entre irmãos e irmãs continuou sendo uma regra e uma obrigação. (1984, p. 74).

Com efeito, a partir da regra de proibição das relações entre irmãos consanguíneos, naturalmente foram surgindo novas comunidades familiares, as quais se transformam numa gens, que é um círculo fechado, mas sólido, de parentes consanguíneos por linha materna, que estão proibidos de casar uns com os outros. A partir de então, esse círculo se consolida cada vez mais por meio de instituições comuns, de ordem social e religiosa, que o distinguem das outras gens da mesma tribo. (ENGELS, 1984).

Conseqüentemente, na proporção em que iam evoluindo as gens, mais numerosas se faziam as classes de “irmãos” e “irmãs”, entre os quais a união estava impossibilitada pelas novas regras, surgindo, então, a união conjugal por pares, baseada no costume. Com as proibições dos casamentos entre irmãos, as uniões por grupos foram deixadas de lado, sendo substituídas pela família sindiásmica. (ENGELS, 1984).

No estágio da família sindiásmica, um homem vive com uma mulher, mas de maneira tal que a poligamia e a infidelidade ocasional continuam a ser um direito dos homens, embora a poligamia seja raramente observada, por causas econômicas; ao mesmo tempo, exige-se a mais rigorosa fidelidade das mulheres, enquanto dure a

vida em comum, sendo o adultério destas cruelmente castigado. O vínculo conjugal, todavia, dissolve-se com facilidade por uma ou por outra parte, e depois, como antes, os filhos continuam a pertencer exclusivamente à mãe. (ENGLES, 1984).

Com efeito, na família sindiásmica verificam-se as uniões de homens e mulheres, não muito duradouras, visto que o homem tinha uma mulher principal entre as numerosas e era para ela o esposo principal entre todos os outros. A exclusão continuada dos parentes consanguíneos das relações conjugais resultou na formação de uma raça mais forte, tanto física como mentalmente. Relata Friedrich Engels que “a evolução da família nos tempos pré-históricos, portanto, consiste numa redução constante do círculo em cujo seio prevalece a comunidade conjugal entre os sexos, círculo que originariamente abarcava a tribo inteira.” (1984, p. 83).

Assim, na fase da família sindiásmica ocorreu a redução do grupo familiar à sua última unidade, à sua molécula biatômica: um homem e uma mulher. Nas palavras de Friedrich Engels, “a seleção natural realizara sua obra, reduzindo cada vez mais a comunidade dos matrimônios.” (1984, p. 91).

Ademais, outra mudança ocorrida no matrimônio sindiásmico é a introdução nesta nova forma de família da figura paterna ao lado da mãe; à maternidade sempre certa nas relações ocorridas até este momento foi acrescida a figura paterna, que, devido à forma dos relacionamentos anteriores, não poderia ser identificada de forma mais precisa.

Com efeito, a introdução da descendência paterna na família outras transformações foram ocorrendo, como a divisão do trabalho entre os homens e mulheres, cabendo àqueles procurar a alimentação e os instrumentos de trabalho necessários para isso; a mulher, por sua vez, cuidava dos filhos e das tarefas domésticas. Assim, em caso de separação do casal, de acordo com os costumes sociais da época, os utensílios domésticos ficavam com a mulher; os instrumentos de trabalho e animais eram de propriedade do homem.

Importante destacar que predominava como base na família sindiásmica o direito materno, isto é, a descendência só se contava pela linha feminina, o que implicava a impossibilidade de os filhos homens herdarem os bens de seus pais.

Com efeito, os estudos de Friedrich Engels demonstram essa impossibilidade de os filhos herdarem os bens deixados em virtude do falecimento do pai:

Com base no direito materno, isto é, enquanto a descendência só se contava por linha feminina, e segundo a primitiva lei de herança imperante na gens, os membros dessa mesma gens herdavam, no princípio, do seu parente gentílico falecido. Os bens deveriam ficar, pois, dentro da gens. Devido à sua pouca importância, esses bens passavam, na prática, desde os tempos mais remotos, aos parentes gentílicos mais próximos, isto é, aos consangüíneos por linha materna. Entretanto, os filhos de um homem falecido não pertenciam à gens daquele, mas à de sua mãe; a princípio, herdavam da mãe, como os demais consangüíneos desta; depois, provavelmente, foram seus primeiros herdeiros, mas não podiam sê-lo de seu pai, porque não pertenciam à gens do mesmo, na qual deveriam ficar os seus bens. Desse modo, pela morte do proprietário de rebanhos, estes passavam em primeiro lugar aos seus irmãos e irmãs, e aos filhos destes ou aos descendentes das irmãs de sua mãe; quanto aos seus próprios filhos, ficavam deserdados. (1984, p. 93).

Desse modo, começou a ocorrer o acúmulo de riquezas nas mãos dos homens, que diante disso assumiam uma posição mais importante que a da mulher na família. Nasceu, então, no homem a ideia de aproveitar-se dessa situação mais vantajosa para modificar, em benefício de seus filhos, a ordem de herança posta em vigor, que era a sucessão pela linha materna. Esse direito materno foi abolido pelo homem, transformação descrita por Friedrich Engels como uma das mais profundas:

Tal revolução. - uma das mais profundas que a humanidade já conheceu - não teve necessidade de tocar em nenhum dos membros vivos da gens. Todos os membros da gens puderam continuar sendo o que até então haviam sido. Bastou decidir simplesmente que, de futuro, os descendentes de um membro masculino permaneceriam na gens, mas os descendentes de um membro feminino sairiam dela, passando à gens de seu pai. Assim, foram abolidos a filiação feminina e o direito hereditário materno, sendo substituídos pela filiação masculina e o direito hereditário paterno. (1984, p. 94).

Assim, os filhos, que antes eram somente da mulher, passaram a fazer parte da gens da família do pai, provocando relevante transformação no direito sucessório,

pois os bens que pertenciam ao pai, ocorrendo a morte deste, passariam a ser dos seus filhos, fixando-se assim a transferência por ordem da gens paterna. Com essa alteração na ordem sucessória que transformou a família sindiásmica, ocorreu a passagem para o estágio do patriarcado.

O patriarcado, na sua primeira forma, a poligamia, representa um progresso, seja pela maior possibilidade de procriação, seja porque, orientando-se as tribos no sentido do culto aos antepassados, eram mais fáceis a sua consolidação e a formação de organizações estáveis de caráter político. Todavia, a característica principal do patriarcado, segundo Friedrich Engels, não é a poligamia, mas sim “a organização de certo número de indivíduos, livres e não livres, numa família submetida ao poder do seu chefe.” Como características principais verificam-se a inclusão de escravos e o domínio do poder pelo chefe da família, sendo o objetivo principal da organização o de cuidar do gado numa determinada área. (1984, p. 95). O exemplo dessa forma de família é a família romana.

Em Roma, o poder do *pater* exercido sobre a mulher, os filhos e escravos é absoluto; a família é essencial para a perpetuação do culto familiar. Embora pudesse existir o afeto natural, não era o elo entre os membros da família romana. Nem o nascimento nem a afeição foram fundamentos da família romana, que se fundava no poder paterno ou poder marital. Os vínculos que uniam a família eram a religião doméstica e o culto aos antepassados, tidos como vínculos mais poderosos que o nascimento. A mulher, ao se casar, abandonava o culto do lar do seu pai e passava a cultuar os deuses e antepassados do marido. Havia a necessidade do culto permanente aos antepassados; por isso, havia a necessidade de que um descendente homem continuasse o culto familiar. Nesse ponto, era de grande importância a adoção como forma de perpetuação e continuidade da família quando da impossibilidade de ter um filho de sangue. (VENOSA, 2003).

Por consequência, a família romana, segundo Sílvio de Salvo Venosa, “era um grupo de pessoas sob o mesmo lar, que invocava os mesmos antepassados”. (2003, p. 18). Do mesmo modo, para Caio Mário da Silva Pereira, é fato certo e comprovado pelos registros históricos, pelos monumentos literários e fragmentos jurídicos que a família ocidental viveu prolongado intervalo sob o modelo da família patriarcal. (2007).

Da mesma forma, a família brasileira no século XIX muito se assemelhava ao modelo familiar da família romana. O pai exercia ao mesmo tempo os cargos de chefe político, sacerdote e juiz; somente ele adquiria bens; detinha sobre os filhos direito de vida e morte, podendo impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital, nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filia à de esposa, sem alteração na sua capacidade, podendo ser repudiada por ato unilateral do marido. (PEREIRA, 2007).

Para Pontes de Miranda, a família no direito romano tinha o seguinte conceito: “A palavra ‘família’ também se usava em relação às coisas, para designar o conjunto do patrimônio, ou a totalidade dos escravos pertencentes a um senhor”. (1955, p. 172).

O casamento romano não era realizado com vista ao afeto dos nubentes, não tinha por fim o prazer; o nascimento de uma filha não tinha tanto valor como o de um filho, pois aquela, quando se casasse, passava a cultuar os deuses dos antepassados do marido; cabia ao homem dar continuidade ao culto dos antepassados familiares.

Relata Sílvio de Salvo Venosa que, “por muito tempo na história, inclusive na Idade Média, nas classes nobres, o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva.” O efeito do casamento estaria na união de duas pessoas no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto a continuar esse culto. (2003, p. 19).

Importante dar destaque aos relatos de Friedrich Engels para o conceito de família nessa fase inicial do patriarcado:

Na origem, a palavra *família* não significa o ideal - mistura de sentimentalismo e dissensões domésticas – do filisteu de nossa época; - a princípio, entre os romanos, não se aplicava sequer ao par de cônjuges e aos seus filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* quer dizer escravo doméstico e *família* é o conjunto dos escravos pertencentes a um mesmo homem. Nos tempos de Gaio, a *família* "*id est patrimonium*" (isto é, herança) era transmitida por testamento. A expressão foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social, cujo chefe mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e certo número de escravos, com o pátrio poder romano e o direito de vida e morte sobre todos eles. (1984, p. 95-96).

Essa forma de família marca a transição do matrimônio sindiásmico à monogamia. Para garantir a fidelidade da mulher e, conseqüentemente, a paternidade dos filhos, a mulher é entregue, sem reservas, ao poder do homem, que tem poder de vida e de morte sobre sua esposa e, quando mata, não faz mais do que exercer o seu direito. Com efeito, a monogamia desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno.

Como próximo passo na evolução das relações familiares surge a denominada família monogâmica, originada da família sindiásmica, que se baseia no predomínio do homem, com a finalidade expressa de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível, pois os filhos tem a qualidade de herdeiros diretos, que assumirão um dia a posse dos bens de seu pai. Há uma maior estabilidade nos laços conjugais. Relata Friedrich Engels que

a família monogâmica diferencia-se do matrimônio sindiásmico por uma solidez muito maior dos laços conjugais, que já não podem ser rompidos por vontade de qualquer das partes. Agora, como regra, só o homem pode rompê-los e repudiar sua mulher. Ao homem, igualmente, se concede o direito à infidelidade conjugal, sancionado ao menos pelo costume (o Código de Napoleão outorga-o expressamente, desde que ele não traga a concubina ao domicílio conjugal), e esse direito se exerce cada vez mais amplamente, à medida que se processa a evolução da sociedade. (1984, p. 100).

Portanto, na fase monogâmica exigia-se da mulher legítima uma castidade e uma fidelidade conjugal rigorosas e, ainda, que tolerasse as relações do marido com outras mulheres. A mulher legítima não passava, para o homem, da condição de mãe dos seus filhos legítimos e herdeiros, daquela que governava a casa e vigiava as escravas, as quais poderiam ser transformadas, à vontade do homem, em concubinas. Sobre esse aspecto relata Friedrich Engels:

A existência da escravidão junto à monogamia, a presença de jovens e belas cativas que pertencem, de corpo e alma, *ao homem*, é o que imprime desde a origem um caráter específico à monogamia - que é monogamia só *para a mulher*, e não para o homem. E, na atualidade, conserva-se esse caráter. (1984, p. 101).

De fato, observa-se que a origem da monogamia não foi fruto do amor sexual individual e que os casamentos continuam sendo de conveniência. Segundo Friedrich Engels, “foi a primeira forma de família que não se baseava em condições naturais, mas econômicas, e concretamente no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva, originada espontaneamente”. (1984, p.103).

Portanto, os objetivos da família monogâmica eram a fixação da hegemonia do homem e a procriação de filhos legítimos que pudessem receber os bens deixados pelo pai. Descreve Friedrich Engels:

Os gregos proclamavam abertamente que os únicos objetivos da monogamia eram a preponderância do homem na família e a procriação de filhos que só pudessem ser seus para herdar dele. Quanto ao mais, o casamento era para eles uma carga, um dever para com os deuses, o Estado e seus antepassados, dever que estavam obrigados a cumprir. Em Atenas, a lei não apenas impunha o matrimônio como, ainda, obrigava o marido a um mínimo determinado do que se chama de obrigações conjugais. (1984, p. 103).

Assim, a monogamia nasceu da concentração de grandes riquezas nas mesmas mãos e do desejo de transmitir essas riquezas, por herança, aos filhos legítimos.

No entanto, no estágio inicial da monogamia não ocorre a harmonia entre o homem e a mulher; por isso, não é considerada por Friedrich Engels como a forma mais elevada de matrimônio. Nesse sentido, conclui o referido autor: “Pelo contrário, ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então, na pré-história.” (ENGELS, 1984, p. 104).

Com efeito, à medida que evoluem os seres que integram as sociedades familiares e a própria sociedade civil e política, a família monogâmica se desenvolve.

Registra Friedrich Engels:

Os sistemas legislativos dos países civilizados modernos vão reconhecendo, progressivamente, que, em primeiro lugar, o matrimônio, para ser válido, deve ser um contrato livremente firmado por ambas as partes, e, em segundo lugar, que durante a sua vigência as partes devem ter mesmos direitos e deveres. Se estas duas condições fossem realmente postas em prática, as mulheres teriam tudo aquilo e podem desejar. (1984, p. 111).

No século XIX, quando escreveu sobre a origem da família, Friedrich Engels constatou a necessidade de ser observada e garantida a igualdade entre homens e mulheres:

De igual maneira, o caráter particular do domínio do homem sobre a mulher na família moderna, assim como a necessidade e o modo de estabelecer uma igualdade social *efetiva* entre ambos, não se manifestarão com toda a nitidez senão quando homem e mulher tiverem, por lei, direitos absolutamente iguais. Então é que se há de ver que a libertação da mulher exige, como primeira condição, a reincorporação de todo o sexo feminino à indústria social, o que, por sua vez, requer a supressão da família individual enquanto unidade econômica da sociedade. (1984, p. 114).

Desse modo, o estágio monogâmico é o que melhor corresponde ao caráter do homem, forma natural da relação sexual da raça humana, servindo melhor do que qualquer outra para salvaguardar os interesses da sociedade, dos filhos e dos próprios pais. (CHAVES, 1991).

Assim, Friedrich Engels conclui, citando Morgan, escritor cujos estudos serviram de base para elaboração da obra:

Se se reconhece o fato de que a família tenha atravessado sucessivamente quatro formas e se encontra atualmente na quinta forma, coloca-se a questão de saber se esta forma pode ser duradoura no futuro. A única coisa que se pode responder é que a família deve progredir na medida em que progrida a sociedade, que deve modificar-se na medida em que a sociedade se modifique; como sucedeu até agora. A família é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema. Tendo a família monogâmica melhorado a partir dos começos da civilização e, de uma maneira muito notável, nos tempos modernos, é lícito pelo menos supor que seja capaz de continuar seu aperfeiçoamento até que chegue à igualdade entre os dois sexos. Se, num futuro remoto, a família monogâmica não mais atender às exigências sociais, é impossível prever a natureza da família que lhe sucederá. (1984, p. 124).

Portanto, observa-se que a evolução da família acompanha o progresso da sociedade, ou seja, acompanha as evoluções sociais; a família é o reflexo do estágio cultural da sociedade.

Na evolução pós-romana, a família recebeu a contribuição do direito germânico. Absorvendo a espiritualidade cristã, reduziu-se o grupo familiar aos pais e filhos e assumiu traço sacramental. (PEREIRA, 2007). A família continua em constante evolução, acompanhando as transformações que ocorrem na sociedade, como, por exemplo, no campo da medicina, que coloca à disposição novas formas de concepção do ser humano.

Com efeito, a revolução sexual de 1960 e as consequências daí advindas no mundo feminino geraram uma certeza que a estrutura patriarcal jamais imaginaria: a mulher não é mais compelida a se casar cedo para existir socialmente. O efeito da pílula, permitindo o ingresso na sexualidade sem culpas e traumas, e a possibilidade de dispor do corpo sem riscos de gravidez geraram a mais espetacular mudança deste século: a possibilidade de dissociar o conceito de maternidade do conceito de casamento. Assim, hoje em dia são frequentes as chamadas produções independentes. (LEITE apud DIAS, 2007, p. 195).

A mulher, hoje, inserida no mercado de trabalho, competindo de igual para igual com o homem em todas as áreas, se desejar ter um filho não precisará, necessariamente, casar-se ou unir-se a um homem. A medicina moderna dispõe de tecnologia, chamada de inseminação artificial, que possibilita a geração de um filho sem a intervenção direta do homem como parte nesse processo. As novas técnicas de reprodução humana provocam uma quebra de paradigma, pois não é mais

necessário o ato sexual, o contato físico entre um homem e uma mulher para que se tenha uma gravidez.

Sobre o desenvolvimento ocorrido no direito de família observa Washington de Barros Monteiro:

Na evolução do direito de família verifica-se que, além de ser havida como célula básica da sociedade, presentes os interesses do Estado, a família passou a ser tratada como centro de preservação do ser humano, com a devida tutela à dignidade nas relações familiares. (2009, p. 5).

Naturalmente, o conceito do direito de família no direito civil brasileiro evoluiu progressivamente acompanhando as mudanças e transformações da sociedade brasileira no âmbito familiar.

Além das inovações provocadas pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e das alterações ocorridas no Código Civil de 2002, numerosos diplomas legais foram editados para privilegiar e amparar a instituição familiar, como na Previdência Social, art. 201, V, da Constituição Federal/88¹; na impenhorabilidade de pequena propriedade rural, prevista no inc. XXVI do art. 5º da Carta brasileira²; na impenhorabilidade do bem de família, disciplinada na lei nº. 8.009/90, art. 1º³; no planejamento familiar, cabendo destacar

¹ BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

[...]

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

² BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

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:

[...]

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

³ BRASIL. Lei Federal nº. 8.009 de 29.03.1990. Bem de família.

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

os artigos 1º, 2º e 5º da lei nº. 9.263/96⁴. Tudo isso cristaliza uma sensível e expressa atuação do Estado no campo do direito de família, no sentido de tutelar e resguardar, em qualquer de suas manifestações, o grupo familiar, elemento da própria vida e base fundamental da sociedade.

Sobre a evolução da família no direito brasileiro questiona Washington de Barros Monteiro:

Mas o que deve ser compreendido por família, presentemente, no direito brasileiro? O direito positivo conhece quatro espécies de grupos familiares: a) a entidade familiar criada pelo casamento; b) a entidade familiar decorrente da união estável entre homem e mulher; c) a família natural, ou comunidade familiar, formada por ambos os genitores, ou apenas um deles, e seus descendentes; d) a família substitutiva, na qual a criança é colocada, na falta ou em lugar daquela em que nasceu, para receber melhores condições de vida, e na qual passa a desempenhar integralmente o papel de filho. (2009, p. 8-9)

De fato, o mundo evolui constantemente, é uma lei natural. O ser humano interage intensamente no meio em que nasce; transformações fazem parte do desenvolvimento constante dentro dessa lei natural que é a marcha evolutiva. A família, naturalmente, vai progredir juntamente com a sociedade, pois, nas palavras de Morgan, espelha os avanços culturais do sistema social.

⁴ BRASIL. Lei Federal nº. 9.263 de 12.01.1996. Planejamento familiar.

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

[...]

Art. 5º É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

1.2 A família tradicional do Código Civil brasileiro

No Brasil, sob a vigência do Código Civil de 1916, em virtude da grande influência do direito romano, imperava o conceito da família tradicional, também chamada de “nuclear”, aquela formada pelo pai, mãe e os filhos. A família tutelada pelo Estado tinha no casamento sua forma de constituição, sendo o vínculo conjugal considerado indissolúvel. Nesse contexto, o mestre Pontes de Miranda aponta:

O Código Civil não emprega a palavra “família” para caracterizar um círculo social. A expressão apenas serve para qualificar um ramo do direito civil: o direito *de família*. Aparece, porém, o termo na Constituição de 1946, art. 163, para se dizer que a “família”, constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. (1955, p. 174-175).

Outrossim, havia multiplicidade de conceitos sobre a expressão “família”: significava o conjunto das pessoas que descendiam de tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conservava na memória dos descendentes, ou nos arquivos, ou na memória dos estranhos; designava o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consanguinidade ou de parentesco civil; representava o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; conceituava-se como sendo o marido e a mulher, descendentes e adotados, e, ainda, marido, mulher e parentes sucessíveis de um e de outra. (PONTES DE MIRANDA, 1955).

Ainda, Antônio Chaves descreve que as definições de família variavam muito e cita conceitos de alguns doutrinadores sobre a família na vigência do Código Civil de 1916, o que demonstra que o conceito de família não estava bem definido:

Também não podemos acompanhar a de Clovis Bevilacqua, "conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade", uma vez que não considera o vínculo fictício resultante da adoção.

Preferível, pela sua síntese, a de Henri de Page: "A família é o conjunto das pessoas que são unidas pelo *casamento*, pela *filiação*, ou mais excepcionalmente, pela *adoção*".

Mas a família não é formada somente pelo casamento. Atendo-nos ao caso de duas pessoas de sexo diferente, se vivem amasiadas, constituirão apenas um par. Mas ao procriarem, ou adotarem o primeiro filho, formarão sem dúvida uma família.

Ou, como consignou lapidarmente Carlos de Carvalho, em sua *Consolidação*:

"Art. 121. A família é o complexo das pessoas de um e outro sexo que a lei considera parentes; mas, em sentido mais restrito, considera-se família a reunião das pessoas que habitam na mesma casa, sob o poder, autoridade, ou proteção de uma que é o chefe."

O vocábulo, efetivamente, é passível de várias acepções.

Como quer Cunha Gonçalves, é um grupo cerrado de pessoas composto de pais e filhos, apresentando certa unidade de relações jurídicas, tendo comunidade de nome, domicílio e nacionalidade e fortemente unido pela identidade de interesses e fins morais e materiais, monarquicamente organizado sob a autoridade de um chefe. (1991, p. 22-23).

Portanto, para definir um grupo como família, para os doutrinadores, alguns requisitos deveriam estar presentes, como a união de duas pessoas de sexo diferente, vínculo de consanguinidade, o matrimônio, coabitação, necessidade de ter prole, um chefe.

Criado sob o prisma patrimonialista, o Código Civil de 1916 primava pela proteção das relações patrimoniais, tendo como princípio basilar a autonomia da vontade – poder da pessoa de praticar ou não certo ato de acordo com sua vontade. Era necessário, quando da promulgação daquele código, garantir a atividade econômica privada e a estabilidade nas relações jurídicas de cunho privado.

Entretanto, o texto do Código Civil de 1916 fazia discriminações entre homens e mulheres sobre a qualificação dos filhos, tratando-os desigualmente. Isso, diante dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana insculpidos na Carta de 1988, não mais poderia ser tolerado e aceito no ordenamento jurídico brasileiro. Por conseguinte, tornou-se necessária uma mudança no direito civil brasileiro, que deveria ser interpretado em conformidade com seus princípios basilares, albergados pela Constituição Federal:

No desenvolvimento, ainda, do conceito de família, não mais comporta a classificação, que se ligava mais intimamente à qualificação dos filhos, e, por metonímia, distinguia a família “legítima”, que tinha por base o casamento; a “ilegítima”, originária das relações extramatrimoniais; e a adotiva, criada pelas relações oriundas da adoção tradicional, pela legitimação adotiva que vigorou até 1990. Com a equiparação dos filhos adotada pela Carta Magna de 1988 (art. 227, § 6º, CF), inclusive dos adotados, proibiu-se, expressamente, designações discriminatórias relativas à filiação. (PEREIRA, 2007, p. 20-21)

A título de exemplo, são citadas as regras discriminatórias que constavam do Código Civil de 1916 sobre os efeitos jurídicos do casamento, sobre os direitos e deveres do marido e os direitos e deveres da mulher. Segundo esses, o homem era o chefe da sociedade conjugal e tinha o dever de manter a família; por sua vez, a mulher era mera colaboradora do marido nos encargos da família, tinha direito aos bens reservados, exercer profissão com autorização do marido etc. (artigos 233, 246 e 247⁵). A família era classificada em legítima e ilegítima, conforme proveniente ou não de casamento; os filhos também eram rotulados de legítimos e ilegítimos, se concebidos ou não sob o matrimônio (artigos 229, 352 e 355⁶); não havia o reconhecimento da união estável.

⁵ BRASIL. Lei Federal nº. 3.071, de 1º.01.1916. Código Civil.

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). Compete-lhe:

I - a representação legal da família;

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, "c", 274, 289, I, e 311);

III - o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique;

IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277.

Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido e os bens com ele adquiridos constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos números II e III do art. 242.

Art. 247. Presume-se a mulher autorizada pelo marido:

I - para a compra, ainda a crédito, das coisas necessárias à economia doméstica;

II - para obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir;

III - para contrair as obrigações concernentes à indústria, ou profissão que exercer com autorização do marido, ou suprimento do juiz.

Parágrafo único. Considerar-se-á sempre autorizada pelo marido a mulher que ocupar cargo público, ou, por mais de 6 (seis) meses, se entregar a profissão exercida fora do lar conjugal.

⁶ BRASIL. Lei Federal nº. 3.071, de 1º.01.1916. Código Civil.

Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (arts. 352 a 354).

Art. 352. Os filhos legitimados são, em tudo equiparados aos legítimos.

Art. 355. O filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

Da mesma forma, a supremacia do homem como cabeça do casal, para o Código de Beviláqua, pode ser sentida em diversos dispositivos. Pelo art. 233⁷, ao marido incumbia a chefia da sociedade conjugal, tendo a mulher função de colaboração do marido no exercício dos encargos da família, cumprindo a ela velar pela direção material e moral (art. 240⁸). O casamento do menor de 21 anos necessitava do consentimento de ambos os pais, mas, havendo discordância, prevalecia a vontade paterna. Era posição privilegiada, por isso, a da figura masculina na sociedade conjugal (artigos 185 e 186⁹).

Ademais, uma das regras de maior discriminação era a que considerava a mulher casada como relativamente incapaz, tendo em vista que necessitava da autorização do marido para a prática de determinados atos jurídicos, dando-se margem ao entendimento de que o intuito do legislador era deixar a mulher sempre sob o comando masculino.

Quanto à filiação, havia diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos e entre naturais e adotivos. Por exemplo, em texto evidentemente patrimonialista, quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolvia a de sucessão hereditária (art. 377¹⁰). No mesmo sentido, o art. 359¹¹ determinava que o filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, não poderia residir no lar conjugal sem o consentimento do outro. No entanto, a lei nº. 4.121/1962 deu à mulher casada a capacidade e a lei nº. 6.515/77 permitiu o divórcio.

Surgiu, então, a necessidade de constitucionalização do direito civil, resultando na substituição do Código Civil de 1916 pelos princípios da Constituição Federal, ou, ao menos, para que a Constituição Federal de 1988 servisse de ponto

⁷ BRASIL. Lei Federal nº. 3.071, de 1º.01.1916. Código Civil.

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.

⁸ BRASIL. Lei Federal nº. 3.071, de 1º.01.1916. Código Civil.

Art. 240. A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

⁹ BRASIL. Lei Federal nº. 3.071, de 1º.01.1916. Código Civil.

Art. 185. Para o casamento dos menores de 21 (vinte e um) anos, sendo filhos legítimos, é mister o consentimento de ambos os pais.

Art. 186. Discordando eles entre si, prevalecerá a vontade paterna, ou, sendo o casal separado, divorciado ou tiver sido o seu casamento anulado, a vontade do cônjuge, com quem estiverem os filhos.

¹⁰ BRASIL. Lei Federal nº. 3.071, de 1º.01.1916. Código Civil.

Art. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.

¹¹ BRASIL. Lei Federal nº. 3.071, de 1º.01.1916. Código Civil. Art. 359. O filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

de referência e salvaguarda à uniformidade do sistema legislativo, em face da interpenetração do direito constitucional e do direito civil, da interferência do Estado nas relações privadas e dos vários dispositivos da Constituição da República que regulam relações entre particulares. (MONTEIRO, 2009)

Com efeito, a sociedade, diante de movimentos sociais, da industrialização, de duas grandes guerras, sofreu a transformação de valores, que romperam a estabilidade nas relações entre particulares. Desse modo, passou a ser inevitável a intervenção estatal na economia e nas relações privadas, com a chamada socialização do direito civil, que perdeu o caráter individualista e passou a voltar-se à proteção do indivíduo integrado na sociedade. Assim, as atenções voltaram-se para a pessoa em si mesma, à tutela de sua personalidade, de sua dignidade como ser humano. Ocorreu uma grande modificação nos princípios e fundamentos do direito civil e do direito de família, com sua “repersonalização”. (MONTEIRO, 2009) Em consequência disso,

as Constituições da República Federativa do Brasil passaram a versar sobre matérias de direito privado, sendo que a Constituição de 1988 chegou ao ápice desse movimento, estabelecendo a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e princípios que tutelam várias relações de direito privado, dentre os quais se destacam aqueles referentes às relações de família. (MONTEIRO, 2009, p. 11).

A codificação civil erigida sob a perspectiva patrimonialista necessitava ser reformulada, e o direito da família também foi atingido por essas mudanças:

A “despatrimonização” do Direito Civil como “uma tendência normativa-cultural” atinge também o Direito de Família não mais orientado na “expulsão e a redução quantitativa do conteúdo patrimonial”, mas na tutela qualificativa das relações familiares. Sob esta perspectiva, destaque-se a orientação no sentido de identificar a família centrada na “dignidade da pessoa humana e na solidariedade social”. (PEREIRA, 2007, p. 22)

Portanto, a organização patriarcal, oriunda do direito romano, que vigorou no Brasil por todo o século XX, não apenas no direito, mas também nos costumes, desapareceu e em nossos dias se constrói uma nova concepção de família. (PEREIRA, 2007)

De fato, a família pode ser considerada, em um conceito amplo, como parentesco, ou seja, conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes do cônjuge, denominados parentes por afinidade ou afins. Em sentido estrito, a família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o poder familiar, também denominado de pátrio poder na vigência do Código Civil de 1916. Pode também ser considerada sob o aspecto sociológico, que consiste na incorporação de todas as pessoas que vivem sob o mesmo teto sob a autoridade de um titular. (VENOSA, 2003).

Outrossim, o conceito de direito de família apresentado por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery demonstra a evolução desse instituto de grande relevância no direito civil, pois apresentam o conceito clássico de Clóvis Beviláqua e ressalvam que o direito de família está pautado nas relações de afeto:

Direito de família. É o complexo das normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, e dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela. Altos interesses da moral e do bem estar social imprimem a esse complexo de normas um caráter particular, e exigem, do direito, especial cuidado no estabelecê-las (Beviláqua, CC, VII, art. 180, p. 6). Pode-se acrescentar à definição clássica de Clóvis, que o direito de família também cuida de estabelecer bases de segurança jurídica para resguardar as relações de afeto entre pessoas não unidas pelos vínculos do casamento, cuidando das relações de filiação e parentesco. (2005, p. 731).

Ademais, a concepção moderna de família consiste na deslocação do centro de sua constituição, do princípio da autoridade para a compreensão e do amor. Os pais, e não somente o pai, exercem o pátrio poder, identificado no Código Civil de

2002 como “poder familiar”, no interesse da prole, menos como direito do que como complexo de deveres (poder-dever, em lugar de poder-direito). O texto constitucional de 1988 equiparou os direitos e deveres dos cônjuges nas relações matrimoniais (art. 226, par. 5º¹²), o que foi reforçado pelo Código Civil vigente (art. 1.511¹³).

Da mesma forma, os filhos podem adquirir bens, que, em sua menoridade, são administrados e usufruídos pelos pais. A mulher compartilha a administração do lar, repartindo com o marido as decisões e as responsabilidades. Essas mudanças são reconhecidas pela doutrina, pois, na visão de Caio Mário da Silva Pereira, “um mundo diferente imprime feição moderna à família.” (2007, p. 28).

Sem dúvida, a família, como antigamente, outorga prestígio social e econômico, cultivando os seus membros certo orgulho por integrá-la. O direito civil moderno, segundo Sílvio de Salvo Venosa, define a família “considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco.” (2003, p.15).

O direito de família atual estuda as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, bem como daqueles que convivem em uniões sem casamento; dos filhos e das relações destes com os pais, da sua proteção por meio de tutela e da proteção dos incapazes por meio da curatela. Existem normas versando sobre as relações pessoais entre os familiares, as relações patrimoniais e também as relações assistenciais entre os membros da família. (VENOSA, 2003).

O Código Civil de 2002 passou a regular não só as relações oriundas do casamento, mas também aquelas originárias de união estável, como se verifica no título III (artigos 1.723 a 1.727¹⁴), destinado à união estável, e também em outras

¹² BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

¹³ BRASIL. Lei Federal nº. 10.406, de 10.01.2002. Código Civil.

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

¹⁴ BRASIL. Lei Federal nº. 10.406, de 10.01.2002. Código Civil.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

normas constantes dos demais títulos e subtítulos, como aquele dos alimentos (artigos 1.694 a 1.710¹⁵) e o das relações de parentesco (artigos 1.591 a 1.595¹⁶).

Da mesma forma, a noção de parentesco foi ampliada, podendo ser natural, quando oriundo de relação consanguínea, ou civil, conforme resulte de outra origem, na expressão utilizada pelo art. 1.593¹⁷ do Código Civil de 2002, cuja interpretação

¹⁵ BRASIL. Lei Federal nº. 10.406, de 10.01.2002. Código Civil.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.

Art. 1.701. A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor.

Parágrafo único. Compete ao juiz, se as circunstâncias o exigirem, fixar a forma do cumprimento da prestação.

Art. 1.702. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694.

Art. 1.703. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.

Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

Art. 1.705. Para obter alimentos, o filho havido fora do casamento pode acionar o genitor, sendo facultado ao juiz determinar, a pedido de qualquer das partes, que a ação se processe em segredo de justiça.

Art. 1.706. Os alimentos provisionais serão fixados pelo juiz, nos termos da lei processual.

Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.

Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

Art. 1.709. O novo casamento do cônjuge devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio.

Art. 1.710. As prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão atualizadas segundo índice oficial regularmente estabelecido.

¹⁶ BRASIL. Lei Federal nº. 10.406, de 10.01.2002. Código Civil.

Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.

Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

¹⁷ BRASIL. Lei Federal nº. 10.406, de 10.01.2002. Código Civil.

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

pode vir a abranger outras relações além daquelas da adoção, como, por exemplo, a possibilidade de reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva. Na mesma linha segue o entendimento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Em uma linha de pensamento contemporânea, o parentesco civil deve atualmente ser considerado gênero que congrega o parentesco oriundo da adoção e o parentesco oriundo da procriação assistida heteróloga, no Direito brasileiro. (2004, p. 280).

No mesmo sentido, ressalta Washington de Barros Monteiro que “o ideal a ser alcançado em todas as relações familiares é a harmonia, por meio do afeto.” (2009, p. 8).

Além disso, nas Disposições Gerais sobre casamento foram eliminadas todas as referências à legitimidade da família oriunda de casamento civil, em respeito à Constituição da República de 1988. Em consequência disso, não há mais na família a qualificação de legítima ou ilegítima. A família tanto pode ser constituída pelo casamento como pela união estável, como, ainda, por um dos genitores e sua prole, também conhecida por monoparental. O Código estabelece, expressamente, como dever oriundo do casamento o “respeito e consideração mútuos” (art. 1.566, V¹⁸).

O princípio da absoluta igualdade entre os cônjuges foi plenamente acolhido nos efeitos pessoais e patrimoniais do casamento, inclusive no que se refere à guarda de filhos e à chefia conjunta da sociedade conjugal. No mesmo sentido, ocorreu a eliminação das discriminações existentes entre filhos, inclusive no que se refere ao seu reconhecimento. Foi regulada a união estável, tendo sido lhe destinado título específico, mas existem disposições que lhe são pertinentes em diversos artigos.

Com efeito, o Código Civil de 2002 privilegia a dignidade da pessoa humana diante da proteção oferecida à sua personalidade. A proteção da dignidade da

¹⁸ BRASIL. Lei Federal nº. 10.406, de 10.01.2002. Código Civil. Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: [...]
V - respeito e consideração mútuos.

pessoa humana tem como finalidade propiciar tutela integral à pessoa. Nesse sentido:

Nas relações familiares acentua-se a necessidade de tutela dos direitos da personalidade, por meio da proteção à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a família deve ser havida como centro de preservação da pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de ser tida como célula básica da sociedade. É somente por meio do respeito a esses direitos que pode ser alcançada a harmonia nas relações familiares e preservada a dignidade da pessoa no seio familiar. (MONTEIRO, 2009, p. 19-20).

A família representa o espaço de realização da afetividade, a valorização dos interesses da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais; representa a transformação das relações civis, fenômeno chamado por Paulo Lôbo de repersonalização, que, nas palavras do autor, “é a recusa da coisificação ou reificação da pessoa para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito.” (2010, p. 27-28).

De fato, indiscutivelmente, a partir da promulgação da Constituição de 1988, o direito de família sofreu uma grande revolução, pois, além de ter dado tratamento especial à família, o texto constitucional repudia qualquer tratamento discriminatório e degradante ou que ofereça qualquer possibilidade de ofensa à personalidade do ser humano. Dessa forma, o Código Civil de 2002, com vistas à tutela da personalidade da pessoa e orientando-se pelos princípios constitucionais, abarca a nova concepção de família, que está lastreada no amor, no afeto, no respeito, na igualdade, dar uniformidade ao sistema jurídico.

1.3 A evolução legislativa da família perante a Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 tutela, além da família constituída pelo casamento, outros modelos de família, como, por exemplo, a monoparental, a união estável. Ainda, não pode ser esquecido que a jurisprudência e doutrina, com base numa interpretação de acordo com os princípios basilares, reconhecem a união de pessoas do mesmo sexo.

Depreende-se do disposto no art. 226¹⁹ da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 que a família, elevada ao nível constitucional, é considerada a base da sociedade e, por essa razão, recebe especial atenção e proteção do Estado. Nesse sentido, destaca Caio Mário da Silva Pereira que “a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 abriu horizontes ao instituto jurídico da família, que mereceu sua atenção em três pontos relevantes: ‘entidade familiar’, planejamento da família e assistência direta à família (art. 226, par. 3º a par. 8º²⁰)”. (2007, p. 37).

A Constituição Federal de 1988 reconhece como entidades familiares aquela formada originária do casamento; a união estável entre homem e mulher (art. 226, par. 3º²¹); a comunidade formada por um dos pais e seus descendentes, chamada de monoparental (art. 226, par. 4º²²). Também determinou a igualdade entre homens e mulheres (art. 226, par. 5º²³); assim, a família passou a se baseada na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, conforme estabelece o Código Civil de 2002

¹⁹ BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

²⁰ BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

Art. 226 [...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

²¹ Vide nota 20.

²² Vide nota 20

²³ Vide nota 20.

no art. 1.511²⁴, em decorrência, estendendo-se, também aos companheiros. Nesse sentido observa Washington de Barros Monteiro:

Por esse motivo, tendo em vista a evolução dos costumes e, por via de consequência, das instituições sociais e jurídicas, nessa designação devem ser incluídas a entidade familiar constituída pelo casamento, pela união estável e pela comunidade formada por apenas um dos pais e seus descendentes. (2009, p. 4).

A Carta de 1988, nos moldes do art. 226, par. 3º, tratou de desprender o conceito legal do casamento civil, admitindo, para efeito da proteção do Estado, “a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Sobre as transformações no âmbito das constituições federais, relata Silvio Rodrigues:

As Constituições brasileiras, a partir de 1934, condicionavam a ideia de família à de casamento. Portanto, só conheciam a chamada família legítima. A Constituição vigente, de 5 de outubro de 1988, deu maior amplitude ao conceito de família, abrangendo a família havida fora do casamento, com origem na união estável entre o homem e a mulher, bem como aquela composta por um dos progenitores e sua descendência, ou seja, a família monoparental. (2004, p.4).

Com efeito, foram estabelecidos na Constituição Federal de 1988 os princípios gerais de proteção à família, com destaque à proteção dos direitos dos filhos, que gozam de absoluta igualdade, independentemente de suas origens, ficando expressamente proibidas quaisquer formas de discriminação. Inclusive, permite-se o reconhecimento da paternidade qualquer que seja o estado civil do declarante, seja a prole nascida da mulher ou do homem, na constância do casamento ou não. Também se dissipou qualquer dúvida que perdurasse a respeito

²⁴ BRASIL. Lei Federal nº. 10.406, de 10.01.2002. Código Civil.

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

dos direitos dos filhos havidos de relações entre parentes e dos adotivos, todos iguais na sua designação e situação jurídica (art. 227, par. 6º²⁵).

Com o advento da Constituição foi estabelecido o princípio da igualdade entre homens e mulheres, fazendo desaparecer qualquer diferença na sociedade conjugal, art. 226, par. 5º. Sobre o assunto Washington de Barros Monteiro destaca:

O desaparecimento da posição de superioridade de que desfrutava o homem na sociedade fez com que os cônjuges fossem colocados em condições de igualdade no casamento, suprimida a pessoa do chefe de família, que ainda se mantinha no Código Civil de 1916, embora devesse ser despojado de direitos que tradicionalmente lhe eram atribuídos: fixar o domicílio da consorte e da família, dar o consentimento para os filhos menores se casarem, ter preferência no exercício do pátrio poder, agora chamado poder familiar. A mulher deve desfrutar da mesma posição jurídica no casamento que ao homem se reconhece, conforme ditame constitucional. (2009, p. 9-10).

De fato, a família brasileira apresenta diferentes formas de composição e busca, sobretudo, o reconhecimento dos laços de carinho e afeto entre seus membros, como observado por Caio Mário da Silva Pereira:

Priorizada a convivência familiar, ora nos confrontamos com o grupo fundado no casamento ou no companheirismo, ora assumimos o reconhecimento da família monoparental identificada com os mesmos direitos e deveres, O Direito Brasileiro outorgou, ainda, direitos à família substituta e já se esboça o reconhecimento de prerrogativas e compromissos próprios à família sócio-afetiva onde prevalecem os laços de afetividade sobre os elementos meramente formais. (2007, p. 6).

²⁵ BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

Art. 227 [...]

§ 6º 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.

A Constituição Federal de 1988, instituindo como princípios fundamentais a igualdade e a dignidade da pessoa humana, inseriu diversas mudanças no direito civil:

[...] as modificações introduzidas pela Constituição Federal de 1988: o conceito de “entidade familiar” (art. 226, § 3º e 4º); novas regras para o instituto do divórcio (art. 226, § 6º); a equiparação dos cônjuges em direitos e deveres (art. 226, § 5º); o planejamento familiar (art. 226, § 7º) e a assistência à família (art. 226, § 8º). Foi a Constituição de 1988 que instituiu a absoluta igualdade de todos os filhos, proibindo designações discriminatórias. (PEREIRA, 2007, p. 14).

Tais medidas interessam diretamente aos indivíduos e, conseqüentemente, são de interesse da sociedade, porque preservam a harmonia social e contribuem para a solidez das relações familiares.

Resta demonstrado que o ramo do direito das famílias, como é chamado, em razão da diversidade de formas de composição das famílias, sofreu um grande avanço, não só pelo fato de tornar-se mais explícito na sociedade, mas pelo tratamento jurídico dispensado não só pelo legislador, mas também pelos operadores do direito, que, demonstrando muita sensibilidade, sempre têm em mente e buscam a proteção do indivíduo, do ser humano. E nada mais justo que proteger e dispensar mais atenção ao local onde o ser humano nasce, cresce, desenvolve-se, recebe as primeiras impressões do mundo, que é no seio familiar.

1.3.1 Famílias plurais

A relação entre pessoas ligadas pelos vínculos de afinidade e afetividade é considerada relação familiar, merecendo a tutela do Estado, sendo desnecessário o laço consanguíneo. Além do modelo tradicional de família formado pelo casamento de um homem e uma mulher e cercados pelos filhos, outras formas de constituição

da família surgiram no decorrer da evolução da sociedade, sendo denominadas pelos doutrinadores:

- a) entidade familiar para união estável (Constituição Federal/88, art. 226, par. 3º);
- b) monoparental a comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (Constituição Federal/88, art. 226, par. 4º);
- c) união homoafetiva para relacionamentos de pessoas do mesmo sexo;
- d) anaparental a convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estrutura com identidade de propósito;
- e) pluriparental ou mosaico para a peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores, os quais trazem para a nova família seus filhos e muitas vezes têm filhos em comum, só para citar algumas expressões que designam e desenharam a evolução da família. (DIAS, 2007).

A Constituição Federal de 1988, no art. 226, par. 5º²⁶, expressa a igualdade de direitos e deveres na sociedade conjugal; no par. 7º²⁷ determina que o planejamento familiar seja de livre decisão do casal e deve ser fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável; no par. 8º²⁸, deve o Estado garantir a assistência à família na pessoa de cada um dos integrantes, coibindo ainda a violência nesse âmbito de relações. Podem ser consideradas essas disposições como princípios do direito das famílias. (DIAS, 2007).

Ademais, são encontradas na realidade brasileira atual, entre outras, as seguintes unidades de convivência: a) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos; b) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos e filhos não biológicos, ou somente com filhos não biológicos; c) homem e

²⁶ BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

Art. 226 [...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

²⁷ BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

Art. 226 [...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

²⁸ BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

Art. 226 [...]

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

mulher, sem casamento, com filhos biológicos (união estável); d) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e não biológicos (união estável); e) pai ou mãe e filhos biológicos (entidade monoparental); f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (entidade monoparental); g) união de parentes ou pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos (entidade anaparental); h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual; j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos os companheiros, com ou sem filhos; l) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular, incluindo, nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados, quando se realizem os requisitos da posse de estado de filiação. (LÔBO, 2010)

Portanto, as características comuns que configuram as entidades familiares são: a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do aspecto econômico e com objetivo de constituição de família; b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, sem comunhão de vida; c) convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente. (LÔBO, 2010). Ensina o mesmo autor:

A constituição de família é o objetivo da entidade familiar, para diferenciá-la de outros relacionamentos afetivos, como a amizade, a camaradagem entre colegas de trabalho, as relações religiosas. É aferido objetivamente e não a partir da intenção das pessoas que a integram. (2010, p. 74)

Como resultado, o pluralismo das relações familiares provocou mudanças na estrutura da sociedade, conforme relata Maria Berenice Dias:

Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família. (2007, p. 39)

O modelo tradicional da família nuclear, formado pelos pais e sua prole, mudou. Houve uma pluralização das relações familiares, sendo possível observar com facilidade na sociedade os modelos monoparentais, homoafetivos e pluriparentais. Para Maria Berenice Dias:

A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1º III) consagra, em norma pétrea o respeito à dignidade da pessoa humana. (2007, p. 45)

No mesmo sentido, ressalte-se que a lei nº. 11.340/06 – Lei Maria da Penha, que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, identifica como família (art. 5º, III²⁹) qualquer relação de afeto.

Portanto, o elemento que define a família é a presença de um laço afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando um comprometimento mútuo.

²⁹ BRASIL. Lei Federal nº. 11.340, de 07.08.2006. Lei Maria da Penha.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

[...]

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

1.3.2 Família monoparental

A família constituída por um genitor e seus descendentes, chamada de “monoparental”, sempre existiu, em razão da ocorrência de mães solteiras, ou abandonadas pelo genitor, ou do falecimento de um dos genitores, do abandono do lar pelas mães deixando os filhos sob a guarda do pai ou da ruptura do vínculo matrimonial. São esses fatos que sempre ocorreram na sociedade.

O primeiro país a enfrentar a questão foi a Inglaterra, em 1960, que, comovida com a pobreza originada pela ruptura do vínculo matrimonial e com as consequências daí advindas, passou a se referir às famílias monoparentais nos seus levantamentos estatísticos. (LEITE, 1997).

No entanto, além da viuvez, do abandono por parte de um dos genitores, ou por consequência de um divórcio, a entidade monoparental, atualmente, pode ser observada como sendo uma opção, como no caso de celibato e também da chamada “produção independente”, quando uma mulher não deseja estabelecer um vínculo com outra pessoa, mas deseja ser mãe. Observe-se, que neste caso a engenharia genética causou uma grande revolução, tendo em vista que dissociou a necessidade de se manter uma relação sexual para obter uma gravidez. No mesmo sentido, Eduardo de Oliveira Leite refere:

Este novo esquema de vida familiar, ditado pela separação, pelo abandono, pela morte ou pela vontade de uma das partes, se encontra em diferentes estruturas. Na realidade, percebe-se que não existe mais um só e único modelo de família, o clássico, ou seja, o da vida familiar no casamento, mas novas formas de família, que, ou são fruto de uma opção (mães solteiras), ou decorrem de uma imposição fática (separação, abandono ou morte). Todas, porém, se inserem no conceito de família monoparental, onde, como decorre do termo, os filhos se encontram, necessariamente, vinculados só ao pai ou só à mãe. (1997, p. 8).

A família monoparental recebeu tutela explícita da Constituição. Ao alargar o conceito de família, a Constituição Federal elencou como entidade familiar uma realidade que não mais podia deixar de ser arrostada (226, par. 4º): *a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*. Esses núcleos familiares passaram a ser nominados de “famílias monoparentais”, para ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar. A expressão é pertinente, pois não se pode negar caráter familiar à união de afeto que caracteriza as entidades com somente uma parentalidade. (GARBIN apud DIAS, 2007, p. 193). (grifei)

Sobre o tema Caio Mário da Silva Pereira refere:

A carta de 1988 reconheceu a proteção do Estado à “união estável” e às “famílias monoparentais” constituídas por um dos pais com os filhos. Qualquer dos cônjuges na Separação ou no Divórcio, as mães solteiras, viúvas e, mesmo, os celibatários com seus filhos, são reconhecidos como base para a “convivência familiar e comunitária” identificada como, Direito Fundamental constitucional (art. 227-CF).

A Constituição Federal de 1988 estabelece (art. 226, par. 7º³⁰) que o planejamento familiar é livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo expressamente vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Em consonância com o texto constitucional, o Código de 2002, no art. 1.565, par. 2º³¹, fixou algumas diretrizes ao determinar que compete ao Estado garantir recursos educacionais, financeiros e científicos para o exercício do direito de planejar a prole. (PEREIRA, 2007).

³⁰ BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

Art. 226 [...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

³¹ BRASIL. Lei Federal nº. 10.406, de 10.01.2002. Código Civil.

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

[...]

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Portanto, essa responsabilidade é de ambos os progenitores, cônjuges ou companheiros, sujeitos ativos na definição de prioridades nas relações familiares e no âmbito doméstico. O referido dispositivo constitucional foi regulamentado pela lei nº. 9.263/96³², que representa o plano nacional de planejamento familiar, capaz de implementar efetivamente as propostas constitucionais, e busca regulamentar o assunto, além de fixar responsabilidades do poder público.

Desse modo, no texto da lei nº. 9.263/96 destacam-se: a incumbência ao Estado de garantir meios para realização do direito constitucional ao planejamento familiar; que planejamento familiar é o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, segundo definição trazida no art. 2º³³; o importante esclarecimento contido no art. 3º, de que “o planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde”; as responsabilidades do Sistema Único de Saúde (SUS) para definir as normas gerais do planejamento familiar, garantir as ações preventivas e educativas e propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito; a preocupação em promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar; a oferta pelo Estado, a fim de possibilitar o livre planejamento familiar, de todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção disponíveis; dispõe, ainda, sobre a esterilização voluntária e define como crime as práticas relacionadas aos procedimentos de esterilização em desacordo com as regras estabelecidas pela lei.

Analisando o aspecto da liberdade sobre o planejamento familiar previsto na Constituição Federal de 1988, as atribuições do Estado em propiciar condições dignas para o cidadão fazer sua livre escolha, Caio Mário da Silva Pereira comenta:

³² BRASIL. Lei Federal nº. 9.263 de 12.01.1996. Planejamento familiar. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

³³ BRASIL. Lei Federal nº. 9.263 de 12.01.1996. Planejamento familiar. Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

E o fez fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. Levou, portanto, em consideração o crescimento populacional desordenado, entendendo, todavia, que cabe à decisão livre do casal a escolha dos critérios e dos modos de agir, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou particulares (art. 226, § 7º). Cabe à legislatura regulamentar o preceito, e aos organismos privados ou públicos orientar, esclarecer e cooperar. Trata-se de inovação relevante, a ser devidamente desenvolvida sob aspecto jurídico como técnico-científico. (2007, p. 37).

O próprio Código Civil autoriza a formação da monoparentalidade ao permitir a utilização do esperma do marido pré-morto na chamada fecundação *post mortem*. (DIAS, 2007).

A família monoparental pode ter causa vários fatores, como o ato de vontade ou o desejo pessoal, como no caso da mãe solteira, ou em caso de viuvez, separação de fato, separação judicial ou extrajudicial, divórcio, concubinato, adoção de um filho por apenas uma pessoa, e também nos casos de reprodução assistida (homóloga ou heteróloga) para as mulheres casadas ou solteiras. Sobre a pertinência da tutela jurídica estabelecida:

A tutela constitucional faz sentido, dado o expressivo número dessas entidades na realidade brasileira atual, em razão de diversos fatores. Como vimos no Capítulo I, em 2008, um terço das famílias era chefiado por mulheres. [...].

O número de mães é predominante nessas entidades, notando-se um declínio na participação dos pais ao longo dos anos em sua composição. [...]. (LÔBO, 2010, p. 82-83).

Não existe estatuto jurídico destinado à proteção da família monoparental. As regras de direito de família que lhe são aplicáveis, enquanto composição singular de um dos pais e seus filhos, são as alusivas às relações de parentesco, da filiação e do exercício do poder familiar. (LÔBO, 2010). Para configurar a família monoparental, basta haver diferença de gerações entre um de seus membros e os demais e que não haja relacionamento de ordem sexual entre eles. (DIAS, 2007).

A crescente liberdade dos indivíduos em formar sua família resulta também no modelo monoparental, que pode ser originado de uma livre decisão dos membros da família, ou por resultado da ruptura de uma vida matrimonial, por opção de uma forma de livre união, ou simplesmente, pelo desejo de ter e criar um filho sozinho.

1.4 Direito à filiação

Todo ser humano, naturalmente, tem um tronco de descendência. A filiação é um fato jurídico; é uma relação de parentesco entre os pais e seus filhos, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados.

Essa relação de parentesco pode ser estabelecida naturalmente e artificialmente (quando da utilização de técnicas de reprodução assistida), quanto aos filhos biológicos, ou por meio legal e jurídico, por conta de uma relação de afeto, referindo-se aos filhos adotados, e também quando se estabelece uma relação socioafetiva, ou seja, quando é reconhecida uma relação de afeto, amor e carinho entre duas pessoas, na qual uma delas é considerada filha da outra (pai ou mãe); ainda, caracteriza-se essa relação pela posse do estado de filiação, que se verifica quando uma pessoa assume as funções de pai ou mãe diante daquele que assumir o papel de filho, independentemente do vínculo biológico. Em suma, a posse do estado de filiação é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade; é a manifestação das relações entre pais e filhos perante a sociedade.

Durante a vigência do Código Civil de 1916 o reconhecimento dos filhos incestuosos ou adulterinos era vedado. Nesse sentido, o art. 358³⁴ proibia expressamente o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos; eram negados direitos aos filhos nascidos fora do casamento, os quais não tinham direito a herança nem eram reconhecidos, em prol da proteção aos interesses do matrimônio. Porém, diante do evidente tratamento discriminante, desigualitário e

³⁴ BRASIL. Lei Federal nº. 3.071, de 1º.01.1916. Código Civil.
Art. 358 Os Filhos incestuosos e adulterinos não podem ser reconhecidos.

humilhante estabelecido pelo referido dispositivo aos filhos, o que é repudiado pela Constituição, a lei nº. 7.841/89 fez por bem em revogá-lo.

Ainda, antes da promulgação da Constituição Federal e também da lei nº. 7.841/89, a legislação no decorrer do tempo foi sendo alterada. Nesse sentido, o decreto-lei nº. 4.737/42 (possibilitou o reconhecimento do filho adulterino após o desquite) e a lei nº. 883/49 (dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos) vieram amenizar um pouco a situação dos filhos concebidos fora do matrimônio. Assim, foi autorizado o reconhecimento do filho havido fora do casamento, mas somente após a dissolução do casamento do genitor; foi concedido o direito de investigar a paternidade para o fim único de buscar alimentos; os filhos eram registrados como ilegítimos e só tinham direito à metade da herança que viesse a receber o filho legítimo ou legitimado. (DIAS, 2007).

Foi com a lei nº. 6.515/77, Lei do Divórcio, que se garantiu a todos os filhos o direito à herança em igualdade de condições; por meio de testamento cerrado, era possível ao pai reconhecer o filho havido fora do casamento; o único efeito reconhecido à ação investigatória de paternidade era quanto aos alimentos; somente após a dissolução do vínculo matrimonial do pai tornava-se possível o registro do filho e, mesmo assim, terceiros interessados tinham o direito a impugnar a filiação, o que causava insegurança jurídica. (DIAS, 2007).

Com efeito, constata-se um avanço legislativo, uma preocupação com o interesse da criança, uma busca de efetivação dos direitos e deveres dos pais, com a lei nº. 8.560/92, que dispõe sobre a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Esta inovou quando no seu artigo 2º³⁵ estabeleceu um procedimento especial para os casos de registro de menor no qual não conste a paternidade. Percebe-se que tal determinação visa à proteção dos interesses do

³⁵ BRASIL. Lei Federal nº. 8.560 de 29.12.1992. Investigação de Paternidade.

Art. 2º Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

§ 1º O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída.

§ 2º O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça.

§ 3º No caso do suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação.

§ 4º Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

§ 5º A iniciativa conferida ao Ministério Público não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade.

menor, pois constatada a paternidade garante-se ao menor o direito aos alimentos. Do mesmo modo, a lei nº. 11.804/08, ao disciplinar o direito a alimentos gravídicos, que à primeira vista dá proteção e amparo à mãe, também tutela o menor desde a concepção.

Todas as produções legislativas referidas demonstram o avanço no direito de reconhecimento da filiação, que, como se viu, era vedado pelo Código Civil de 1916.

Entretanto, foi com a promulgação da Constituição de 1988 que se dispensou atenção especial à família e se proibiu qualquer forma de tratamento desigual ou injusto relativo à filiação. O *status* constitucional dado ao direito de filiação confere à criança um direito personalíssimo, indisponível, imprescritível, de saber a sua origem biológica.

No entanto, mesmo sendo expressamente vedados pelo texto constitucional (art. 227, par. 6º³⁶) tratamentos discriminatórios relativos à filiação, o Código Civil vigente dispõe em capítulos diferentes os filhos havidos da relação de casamento (capítulo II - da Filiação) e os havidos fora do casamento (capítulo III - do Reconhecimento dos filhos). Isso é resultado da visão sacralizada da família e da necessidade de sua preservação a qualquer preço. (DIAS, 2007, p. 317).

A definição de parentesco trazida pelo Código Civil vigente no art. 1.593³⁷ demonstra as diversas possibilidades de se estabelecer a ligação entre pais e filhos. Para Maria Helena Diniz:

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo ainda ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga. (2010, p. 454-455)

³⁶ BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Art. 227 [...]

§ 6º 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.

³⁷ BRASIL. Lei Federal nº. 10.406, de 10.01.2002. Código Civil.

Art. 1.593 O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

Entretanto, em atenção aos modernos métodos de reprodução humana artificial, alerta a citada doutrinadora que esse vínculo nem sempre decorre de uma união sexual, podendo ser o resultado de inseminação artificial homóloga ou heteróloga, ou de fertilização *in vitro* ou na proveta. No mesmo sentido, Maria Berenice Dias, referindo-se à adoção e à fecundação heteróloga, elucida que “o parentesco não mantém, necessariamente, correspondência com o vínculo consanguíneo.” (2007, p. 321).

Filiação, segundo Paulo Luiz Neto Lobo,

é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga. [...]

Sob o ponto vista do direito brasileiro, a filiação é biológica e não biológica. Por ser construção cultural, resultante da convivência familiar e da afetividade, o direito a considera como fenômeno socioafetivo, incluindo a de origem biológica, que antes detinha a exclusividade. (2010, p. 213).

Outrossim, segundo o art. 25 do Estatuto da criança e do Adolescente, lei nº. 8.069/90, “entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.” Esse conceito foi devidamente atualizado e ampliado pela lei nº. 12.010/2009, que inseriu o parágrafo único, que acrescenta a definição de “família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

Por sua vez, o art. 1.596³⁸ do Código Civil de 2002 prevê que os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações, reproduzindo norma exatamente igual ao contido na Constituição Federal de 1988 (art. 227, par. 6º). Segundo Paulo

³⁸ BRASIL. Lei Federal nº. 10.406, de 10.01.2002. Código Civil.

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Lôbo, não era necessária tal disposição infraconstitucional, por ser a norma constitucional dotada de força normativa própria, suficiente e autoexecutável. Contudo, a reprodução contribuiu para reforçar a natureza de fundamento, assentado no princípio da igualdade. (2010).

Ainda estabelece o Código Civil de 2002 que a prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade; a confissão do adultério pela mulher não basta para ilidir a presunção da paternidade; somente o marido tem o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo um direito imprescritível; uma vez contestada filiação, os herdeiros podem prosseguir na ação; a prova da filiação é feita mediante certidão do registro de nascimento; somente se provando erro ou falsidade, é possível reclamar estado contrário ao registro de nascimento; o filho fora do casamento pode ser reconhecido a qualquer momento pelos pais, conjunta ou separadamente, sendo irrevogável o ato; qualquer pessoa que tenha interesse pode contestar a ação de investigação de paternidade.

Ademais, em se tratando de filiação, o direito sempre se valeu de presunções em virtude da natural dificuldade de se atribuir a paternidade ou a maternidade a alguém. As presunções têm a finalidade de fixar o momento da concepção, de modo a definir a filiação e certificar a paternidade. Assim, têm-se os adágios: a) *pater is est quem nuptia demonstrant*, impedindo que se discuta a origem da filiação se o marido da mãe não a negar; b) *mater semper certa est*, impedindo a investigação de maternidade contra a mulher casada. A maternidade revela-se através de sinais físicos inequívocos, que são a gravidez e o parto, não obstante a manipulação genética atualmente possa pôr dúvidas quanto à origem genética; c) de paternidade atribuída ao que teve relações sexuais com a mãe no período da concepção; d) *exceptio plurium concubentium*, quando a mãe tiver relações sexuais com mais de um homem no período provável da concepção. (LÔBO, 2010).

Ainda, segundo o art. 1.597³⁹ do Código Civil vigente, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: a) os filhos nascidos cento e oitenta dias após o início da convivência conjugal; b) os filhos nascidos até trezentos dias após a dissolução da sociedade conjugal; c) havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; d) havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; e, havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. O citado artigo inovou, inserindo na legislação civil brasileira, ao tratar da matéria sobre fecundação artificial, os incisos III, IV e V, os quais não constavam no texto do Código Civil de 1916 que regulava a matéria no art. 338⁴⁰ e continha apenas dois incisos. Observa Paulo Lôbo:

Todas essas espécies de presunções de concepção têm sido desafiadas pelo avanço da biotecnologia e pela disseminação do exame de DNA. Todavia, a origem genética apenas pode prevalecer quando não se tenha constituído alguma das modalidades de filiação socioafetiva (adoção, posse de estado de filiação e concepção por inseminação artificial heteróloga). (2010, p. 216)

Importante referir outra forma de filiação não referida no Código Civil, mas que a doutrina e a jurisprudência atual estão legitimando através da interpretação ao art. 1.593⁴¹ do Código Civil de 2002, que é a socioafetiva. Para Maria Berenice Dias, “cabe ao direito identificar o vínculo de parentesco entre pai e filho como sendo o que confere a este a posse de estado de filho e ao genitor as responsabilidades do poder familiar”. (2007, p.321).

³⁹ BRASIL. Lei Federal nº. 10.406, de 10.01.2002. Código Civil.

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.

⁴⁰ BRASIL. Lei Federal nº. 3.071, de 1º.01.1916. Código Civil.

Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:

I - os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

⁴¹ Vide nota 37.

Para Luiz Edson Fachin (2006), a verdade socioafetiva não é menos importante que a verdade biológica, sendo verdade que a realidade jurídica da filiação não é necessariamente estabelecida pelos laços biológicos, mas, sim, pela realidade de afeto que une pais e filhos, expressada subjetiva e externamente perante a sociedade.

Com efeito, a família socioafetiva é prezada pela Constituição, relativizando-se a origem biológica; pai é o marido ou companheiro que aceita a paternidade do filho sem questionar a origem genética, conferindo à criança amor, carinho, atenção, afeto, consolidando-se o estado de filiação. Ensina Paulo Lôbo: “A posse de estado de filiação refere à situação fática na qual uma pessoa desfruta do *status* de filho em relação a outra pessoa, independentemente dessa situação corresponder à realidade legal.” (2010, p. 233).

Comprovando-se a posse do estado de filiação é possível o reconhecimento da relação de filiação denominada pela doutrina como “filiação socioafetiva”. É uma situação de fato que o direito reconhece e que gera efeitos jurídicos. Revela-se pela convivência familiar, pelo cumprimento pelos pais dos deveres de guarda, educação e sustento dos filhos, pelo relacionamento afetivo. A doutrina identifica o estado de filiação quando há *tractatus* (a pessoa é tratada pelos pais ostensivamente como filha, esta trata aqueles como seus pais), *nomem* (a pessoa porta o nome de família dos pais) e *fama* (a pessoa é reconhecida como filha pela família e pela comunidade). Não há necessidade da presença conjunta de todas as características para evidenciar o estado de filiação, que deve ser preservado, objetivando-se a busca das melhores condições e bem-estar da criança. (LÔBO, 2010).

Sobre a atual conceituação da filiação, Maria Berenice Dias enfatiza:

O ponto essencial é que a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho. Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não-biológica. Em outras palavras, a paternidade socioafetiva é **gênero** do qual são **espécies** a paternidade biológica e a paternidade não-biológica. (2007, p. 320 – grifo da autora).

Deveras, atualmente o conceito de filiação é bem mais amplo, não estando atrelado somente ao laço biológico, pois tem-se no afeto o traço mais importante de caracterização dessa relação. Para a sociedade a origem biológica da filiação pouco interessa, tendo-se em vista como fator mais importante nessa relação o vínculo afetivo estabelecido paterno-filial, ou seja, a manifestação de amor, carinho, cuidado, atenção, proteção, responsabilidade. A vontade de ser pai e o sentimento de ser acolhido, respeitado, amado é o que deve prevalecer. Essa realidade é aceita e tutelada pelo direito, bastando demonstração da posse do estado de filho para o reconhecimento da relação de filiação.

Ao referir-se sobre o valor jurídico do afeto, Luiz Edson Fachin ensina:

A filiação se constitui, portanto, em sua essência, do afeto que une pais e filhos, haja ou não vínculo biológico entre eles. Assim reconhece o direito pátrio – mesmo antes do advento da Constituição de 1988, com a defesa da igualdade entre os filhos – ao estabelecer o instituto da adoção, reconhecendo a filiação fundada na vontade e no afeto, acima dos vínculos de sangue. (2006, p. 78)

Toda essa reviravolta ocorrida nos vínculos de filiação não se deu de uma hora para outra. Diversos fatores influenciaram, como, por exemplo, a família que deixou de ser uma unidade de caráter econômico, social e religioso, afirmando-se como grupo onde a afetividade e o companheirismo imperam, no qual as relações estão pautadas na confiança mútua, cumplicidade, união de esforços pela busca de realização e felicidade.

Outrossim, um grande fator que impulsiona uma transformação na formação e constituição dos lares são os avanços da ciência genética, que coloca à disposição das pessoas diversas formas ou opções de procriação.

Os descobrimentos nas diversas áreas do conhecimento influenciam em muito no comportamento da sociedade, o que repercute diretamente em outras áreas de estudo, como na sociologia, psicologia, direito, por exemplo. De fato, há uma interligação permanente entre as diversas áreas do conhecimento. Tomemos

como exemplo o avanço da ciência genética na área da reprodução humana, o qual hoje abre a possibilidade de que uma mulher que seja estéril, por não produzir óvulos, possa, lançando mão dos avançados métodos, usando um óvulo doado, fertilizando este óvulo com esperma do marido, ou, até mesmo, com esperma de um doador, realize o desejo de ser mãe, ter um filho, criá-lo, amá-lo, formando uma família.

Assim, por esse exemplo, verifica-se concretamente o quanto um avanço na área médica pode desestabilizar conceitos em outra área, que é o direito, pois, antes dos avanços na área da procriação humana, o ato de concepção humana só poderia realizar naturalmente, pela relação sexual entre um homem e uma mulher. Diante das novas técnicas de reprodução humana, não é mais necessário o ato sexual para que se obtenha uma gravidez.

Conseqüentemente, todas as descobertas da medicina sobre a reprodução humana causaram quebra de paradigmas, forçando o direito a reformular seus conceitos para dar resposta aos novos fatos que vão surgindo a partir dessas novas descobertas colocadas à disposição de todos.

Para uma melhor compreensão do tema deste trabalho passamos à abordagem das técnicas de reprodução humana e dos princípios do melhor interesse da criança, da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana.

2 REPRODUÇÃO HUMANA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA

Diante dos progressos alcançados pela medicina na área da reprodução humana, também chamada de biotecnologia, novos temas de estudo surgiram na área das ciências jurídicas e sociais. Com o estudo das práticas e seus possíveis efeitos na sociedade, novos termos, como “bioética” e “biodireito”, foram introduzidos no vocabulário da medicina e também na área jurídica.

Do entrecruzamento da ética com as ciências da vida e com o progresso da biotecnologia ocorreu uma radical mudança nas formas tradicionais de agir dos profissionais da saúde, dando outra imagem à ética médica e, conseqüentemente, originando um novo ramo do saber, a bioética. A bioética surge da necessidade de estudar as práticas médicas e adotar modos, normas de condutas com o fim de evitar que abusos sejam cometidos contra o ser humano pelas experiências biomédicas. As palavras de Maria Helena Diniz demonstram essa necessidade:

Deveras, a ameaça da técnica sobre a humanidade gerou uma ética para a geração biotecnológica a fim de que se pudesse preservar a dignidade da pessoa humana dos abusos do biopoder, da revolução biológica desencadeada pela descoberta do DNA, da geneterapia, das novas técnicas biomédicas e farmacológicas e do desenvolvimento da genética molecular, mediante uma reflexão, que é tipicamente bioética, sobre o fenômeno da vida e da morte. (2001, p. 06).

O termo “bioética” foi empregado pela primeira vez em 1971, pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselder Potter, que definiu bioética em sentido ecológico, considerando-a como “ciência da sobrevivência”, como estudo do equilíbrio entre a tecnologia da ciência biomédica e a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta. (DINIZ, 2001).

Igualmente, a definição de bioética de Regina Fiúza Sawen e Severo Hryniewicz, citados por Aline Mignon de Almeida, é a seguinte:

É um estudo interdisciplinar, ligado à Ética, que investiga, na área das ciências da vida e da saúde, a totalidade das condições necessárias a uma administração responsável da vida humana em geral e da pessoa humana em particular. (2000, p. 01-02).

Assim, a bioética avalia eticamente os prós e contras das condutas na área médica, considerando os princípios e valores morais existentes na sociedade, e possibilita a criação de normas deontológicas, orientadoras para o melhor uso das novas tecnologias. Entretanto, essas normas não possuem coerção. Dessa forma, o direito surge para regular as condutas com força coercitiva, aplicando sanções. Portanto, a área do direito que tem por objetivo estudar e regulamentar as condutas nas áreas da medicina e da biologia, ou seja, que se manifestam na biomedicina ou biotecnologia, é chamada “biodireito”. (ALMEIDA, 2000).

Do mesmo modo, ressalta Maria Helena Diniz, que “os bioeticistas devem ter como paradigma a *dignidade da pessoa humana*, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito e o cerne de todo o ordenamento jurídico.” (2001, p. 17). E prossegue a doutrinadora, reforçando sua afirmação:

Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Consequentemente, não poderão a bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna. (2001, p. 17).

O estudo dos avanços trazidos pela biotecnologia está em evidência, principalmente na área do direito, no que diz respeito às técnicas de reprodução humana assistida.

2.1 Técnicas de reprodução humana

As técnicas de reprodução humana advindas dos avanços da biotecnologia causaram uma revolução que acabou repercutindo na formação das famílias. Diante disso, está sendo exigida no campo do direito uma reformulação nos conceitos da paternidade, maternidade e filiação. A doutrina acena para a necessidade de uma legislação especial nessa área. Atualmente, as técnicas possibilitam a conservação por tempo considerável de sêmen, óvulos e embriões para utilização posterior no processo de fertilização.

De acordo com Eduardo de Oliveira Leite, originariamente, foi na Idade Média que ocorreu a primeira inseminação artificial humana. Arnaud de Villeneuve, médico de reis e papas, teria obtido sucesso na inseminação artificial com o esperma do marido na esposa de Henrique IV de Castela. Contudo, segundo Marck Glezerman, citado pelo pesquisador inicialmente referido, foi John Hunter, no final do século XVIII, quem primeiro narrou o sucesso da utilização da inseminação artificial homóloga. Além disso, em razão dos descobrimentos, primeiramente, em 1932, por Ogino e Knauss, do período fértil da mulher e, mais tarde, em 1945, pelo biologista Jean Rostand, de que os espermatozoides submetidos ao frio podiam ser conservados, sem que isso prejudicasse a sua posterior utilização, foi possível a criação dos bancos de esperma. Com isso, o uso das técnicas de inseminação artificial vai sendo cada vez mais difundido e popularizado, sendo visto como um socorro para os casos de esterilidade. (1995).

As duas formas de inseminação artificial são: a homóloga e a heteróloga. Diz-se homóloga quando o material genético (esperma e óvulo) utilizado no processo pertence ao casal e é utilizado quando o casal possui fertilidade, mas não consegue a fecundação naturalmente, através do ato sexual. Já na inseminação heteróloga, ao menos um dos componentes genéticos (sêmen, óvulo ou próprio embrião) é estranho ao casal, é material doado anonimamente. Esta forma de inseminação geralmente é adotada nos casos de esterilidade do marido; no caso, o esperma utilizado não é o do marido, ou companheiro, sendo doado por terceira pessoa desconhecida. (DIAS, 2007). Ressalta-se ainda que a partir da técnica de reprodução heteróloga surge uma enorme problemática no meio jurídico, que, por isso, é objeto deste estudo.

Entre os métodos mais utilizados na reprodução humana está a denominada fecundação artificial *in vitro* (FIV), ou ectogênese, método pelo qual se retira óvulo da mulher para fecundá-lo numa proveta, valendo-se do sêmen do marido ou companheiro, para depois introduzir esse embrião fecundo no útero da mulher. Recorre-se a essa técnica nos casos de esterilidade tubária, quando as trompas estão ausentes ou obstruídas, o que impede a passagem do esperma para realizar a fecundação do óvulo. Note-se que a fecundação, o encontro do espermatozoide com o óvulo, não ocorrerá no útero da mulher, mas sim extracorporeamente, no laboratório, num tubo de ensaio. Tendo a intervenção alcançado o objetivo que é a fecundação, após o início da divisão celular o ovo, ou zigoto, é transferido para o útero da mulher e, se tudo correr bem, permanecerá até nove meses. Além dessa técnica, existe a transferência intratubária de gametas (GIFT), que consiste em inseminações artificiais que se realizam pela fecundação *in vivo*. Tal método consiste na inoculação do sêmen na mulher sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou embrião; surgiu como alternativa à fecundação *in vitro* para o tratamento de esterilidades inexplicadas e sua utilização permite reduzir as manipulações biológicas *in vitro*, recolocando os gametas no seu ambiente natural. Portanto, a principal diferença entre as duas técnicas é que na transferência intratubária de gametas a fecundação não ocorre *in vitro*, mas *in vivo*, em condições bastante semelhantes àquelas encontráveis na fecundação natural. (LEITE, 1995).

O primeiro bebê nascido com a utilização da técnica de fecundação *in vitro* e concepção homóloga foi Louise Brown, na Inglaterra, em 26/07/1978, causando ampla discussão no mundo todo. (ALMEIDA, 2000).

O uso das técnicas de reprodução assistida associado à doação de óvulos, espermatozoides e embriões e, ainda, a utilização da mãe de substituição (prática conhecida como aluguel de útero) são as alternativas utilizadas para solução de diversos problemas, como: a) no caso de esterilidade tubária feminina e esterilidade masculina, utilizando-se o óvulo da esposa e esperma doado (inseminação heteróloga); b) em caso de esterilidade feminina por ausência de óvulos ou por possibilidades de doenças hereditárias, utilizando-se o esperma do marido e óvulo de uma doadora; c) para casos de esterilidade tanto masculina como feminina, utiliza-se a doação de embrião previamente congelado e doado por um terceiro casal; em ambos os casos a técnica de fertilização *in vitro* é empregada; d) faz-se

uso da mãe de substituição para os casos de: d.1) esterilidade feminina por impossibilidade de gestação, sendo utilizada a fertilização *in vitro* a partir dos gametas do casal (óvulo da esposa e espermatozóide do marido); d.2) esterilidade feminina por ausência de óvulos e impossibilidade de gestação, utilizando-se de um óvulo doado e o esperma do marido para, através da fertilização *in vitro*, obter-se uma gestação; e) para tratamentos de esterilidade não explicadas, desconhecidas e, em grau menor, nos casos de esterilidades imunológicas ou masculinas, adota-se a técnica de transferência intratubária de gametas, que é a fertilização *in vivo*. (LEITE, 1995).

Portanto, nota-se que os avanços da biotecnologia colocados à disposição de pessoas que buscam realizar o sonho da paternidade, mas que, acometidas de esterilidade, ou impossibilitados por outras causas, tornam-se incapazes de procriar são diversos e, por dissociarem o ato sexual da fecundação, geram diversas controvérsias no mundo jurídico, ético, sociológico. Em especial, as relações familiares, o estabelecimento dos laços de sangue e da origem genética necessitam ser rediscutidos em virtude desses avanços das novas formas de procriação.

Como se vê, o uso de esperma, óvulos e embriões doados por terceiros e a gestação de substituição são novos meios de superar as incapacidades ou impossibilidades humanas de procriar, que, associados às técnicas de reprodução assistida, geram grande dificuldade no direito de família quanto à questão da filiação. Surge aqui um dilema jurídico, social e ético: o estabelecimento e o reconhecimento da verdade biológica ou a verdade afetiva. Saber qual deve prevalecer é uma das questões, não devendo se perder de vista que o principal envolvido, que tem interesse direto, é um ser humano que ainda não nasceu. Sobre o tema Eduardo de Oliveira Leite refere:

A procriação artificial se inscreve num contexto médico, científico e sócio-cultural próprio às sociedades industrializadas. Mas é no terreno jurídico que a nova realidade cria novos desafios aos estudiosos: ela desestabiliza o equilíbrio, sempre mais ou menos precário do Direito. Entre o fundamento voluntário e o fundamento biológico da filiação, entre as filiações de fato e as filiações de direito, a procriação artificial impõe doloroso dilema de escolher se refugiar na meia-verdade ou na mentira. A cada estágio, para cada técnica, intervém a obsessiva ambigüidade de não se poder fazer desaparecer juridicamente a consideração da criança a nascer e não poder se definir seu interesse, na ignorância em que nos encontramos de seu futuro e o de seu pai e mãe. (1995, p. 26-27).

Com efeito, as técnicas de reprodução humana foram desenvolvidas, inicialmente, com o objetivo de solucionar problemas de pessoas que tinham dificuldades em procriar, ou seja, buscam solucionar o problema da infertilidade humana. Mas, diante dos avanços dessa tecnologia, da sociedade, dos meios de comunicação e das relações sociais, toda essa manipulação de material genético humano pode resultar numa mercantilização da vida, resultando em problemas éticos, morais e jurídicos, cujas consequências ainda são desconhecidas.

A jurista Denise Willhelm Gonçalves, ao tratar da problemática envolvendo a reprodução assistida, refere:

As técnicas de reprodução assistida trazem consigo uma grande carga de problemas éticos para os quais o nosso ordenamento jurídico ainda não oferece soluções adequadas. Alguns chegam a afirmar que o progresso científico e técnico no campo da procriação humana pode se traduzir na revolução mais profunda que o direito já sofreu até hoje. Isso porque institutos e conceitos jurídicos como a paternidade, maternidade e a personalidade serão relativizados, assim como a própria concepção de família. (2009, p. 33).

Também chamadas de “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”, as “técnicas de reprodução humana assistida” causam agitação de juristas, sociólogos, psicólogos, antropólogos, diante da dissociação do nexo existente entre sexo e reprodução. Essas novas técnicas, portanto, permitem a geração da vida, independentemente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico. Havendo dificuldade ou impossibilidade de um ou de ambos parceiros conceber e gerar filhos naturalmente, as técnicas de reprodução humana são o meio artificial que a ciência coloca à disposição. São técnicas que interferem no processo natural, por isso denominadas de “reprodução assistida”. (DIAS, 2007).

A adoção das técnicas de reprodução humana assistida consiste, basicamente, na intervenção do homem no processo de procriação natural, pela manipulação de gametas e embriões, com o propósito de lutar contra a infertilidade humana, possibilitando que pessoas com problemas de infertilidade realizem o desejo natural de se tornar pais, formando uma família, passando os ensinamentos

recebidos de seus genitores, compartilhando suas experiências, dando continuidade ao curso natural da vida.

No direito pátrio há falta de legislação regulando o uso das técnicas de reprodução assistida. Sobre o assunto a única regulamentação existente foi instituída pelo Conselho Federal de Medicina, que, por meio da resolução CFM nº. 1.358/92, estabeleceu em 1992 as primeiras normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Recentemente, em dezembro de 2010, o Conselho Federal de Medicina, atualizando a discussão ética sobre o tema, revogou a referida resolução, substituindo-a pela CFM nº. 1.957/2010.

Sobre a ausência de legislação tratando do assunto, Maria Berenice Dias alerta:

Há, verdadeiramente, uma grande *vacatio legis* em relação à possibilidade de se constituir família por meio da reprodução assistida. A única normatização existente é do Conselho Federal de Medicina, que não impõe qualquer limitação à mulher solteira. Se ela é casada ou vive em união estável, é a concordância do cônjuge ou do companheiro para submeter-se a procedimento reprodutivo. Aliás, a própria lei (CC 1.597) autoriza a formação da monoparentalidade ao permitir a utilização do esperma do marido pré-morto na fecundação *post mortem*. (2007, p.197).

Passa-se à análise da resolução CFM nº. 1.957/2010, que, por sua vez, discute, ao menos na área médica, importantes questões sobre a ética e a bioética, adotando normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.

Como princípios éticos gerais, o uso das técnicas de reprodução assistida tem como finalidade servir como meio na resolução dos problemas de reprodução humana e facilitar o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou sido consideradas inapropriadas; são condições para a adoção das técnicas a existência de probabilidade efetiva de sucesso e a não ocorrência de risco grave de saúde para a paciente ou possível descendente; o consentimento informado e expresso é obrigatório a todos os envolvidos no procedimento, buscando pormenorizar os detalhes, conscientizar e informar sobre dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico; proíbe a aplicação das

técnicas com o objetivo de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do nascituro, salvo para evitar doenças; a fecundação de oócitos⁴² humanos com finalidade diversa da procriação humana é proibida; fixa em no máximo quatro o número de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora; ocorrendo gravidez múltipla, é proibida a redução embrionária.

Ainda, a resolução define que toda pessoa capaz solicitante do procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução pode ser receptora das técnicas, com a condição de que todos os participantes estejam concordes e cientes do procedimento.

Sobre as clínicas e centros que aplicam as técnicas, a resolução define a responsabilidade pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano, devendo apresentar como requisitos mínimos: a) um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição; b) um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões; c) um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

Para o caso de doação de gametas ou embriões, as determinações são que: a doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial; os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores, e vice-versa; obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores, com a ressalva de que, em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador; as clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro

⁴² HOUAISS. Dicionário Eletrônico da língua portuguesa. Versão Monusuário 3.0. Objetiva, junho 2009. Cada uma das células que, por meio de divisões meióticas, dão origem ao óvulo; ovócito.

de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores; na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes; a escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade e buscando garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora; não é permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas trabalham participar como doador nos programas de reprodução assistida.

Permite ainda a criopreservação de gametas, embriões e óvulos, devendo os embriões excedentes produzidos em laboratório ser criopreservados; sobre a criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. As técnicas também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica; para isso, toda intervenção sobre embriões *in vitro* exige, obrigatoriamente, o consentimento informado do casal; estabelece o tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* de 14 dias.

Por fim, a resolução refere sobre a possibilidade da gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, e que as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina; e ainda, a doação não tenha caráter lucrativo ou comercial. A reprodução assistida *post mortem*, nos termos da resolução, é lícita e ética, bastando que exista autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

De fato, a resolução nº. 1.957/2010 estabelece normas deontológicas voltadas para a área médica, todavia não é uma lei específica, devidamente discutida e elaborada pelo Poder Legislativo. As normas médicas determinadas na resolução são apenas orientações, não havendo sanção para casos de inobservância.

O Estado deve regulamentar o uso das técnicas de reprodução assistida, pois estão sendo cada vez mais acessíveis à população, e o resultado é uma filiação cujo parentesco genético pode ser diverso do parentesco que de fato se estabelece e se apresenta para sociedade. As relações de parentesco advindas do uso das técnicas de reprodução assistida, em especial as inseminações heterólogas, não estão bem definidas na legislação brasileira; por isso, a necessária e indispensável discussão sobre o tema. A discussão e possível regulamentação advinda devem ser pautadas nos preceitos constitucionais, ou seja, com observância nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não discriminação, da liberdade, do direito à saúde, da liberdade no planejamento familiar.

De acordo com a legislação vigente, ocorrendo inseminação artificial, há presunção de paternidade nos termos do art. 1.597, III, IV e V⁴³, do Código Civil. Sobre o assunto ensina Maria Berenice Dias que, na inseminação homóloga, a gravidez da mulher casada decorrente do uso da inseminação artificial leva à suposição de que o marido é o cedente do espermatozóide, presumindo-se ser ele o pai. Todavia, na inseminação heteróloga é exigida a prévia autorização do marido, concordando expressamente com o uso de tal procedimento, assumindo assim a condição de pai do nascituro, estabelecendo-se a presunção *pater est*, prevista no inciso V do art. 1.597 do Código Civil. (2007).

Ressalte-se que, no caso de reprodução heteróloga quando a mulher for solteira, há uma formação originária (por vontade da mãe) da família monoparental. A criança não terá a presença paternal no seu contexto familiar, ficando sem uma referência masculina no seu desenvolvimento, questão que é muito debatida na área da psicologia. No caso do uso da mãe de aluguel (aquela que empresta o útero, gera e dá à luz), surge a indagação sobre quem são os pais desta criança: a mãe que gerou e pariu e seu marido (pelo fato de serem casados), o casal que forneceu o óvulo (no caso de utilização de embrião doado por terceiros, essa verdade biológica não pode ser negada), ou o casal que deseja e quer ter um filho, mas, impossibilitados de procriar, utilizam-se das técnicas de reprodução assistida para

⁴³ BRASIL. Lei Federal nº. 10.406, de 10.01.2002. Código Civil.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

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.

realizar seu sonho. De fato, o legislador não regulou totalmente a matéria sobre reprodução assistida, deixando sem resposta algumas questões, como as ora exemplificadas; verifica-se, portanto, uma lacuna no direito brasileiro que precisa ser suprida.

De fato, a reprodução assistida possibilita por meio da inseminação heteróloga que mulheres celibatárias possam planejar e construir uma família monoparental, assunto polêmico gerador de discussão entre os doutrinadores, tendo posições contra e a favor na doutrina. É esse assunto objeto deste estudo, que passa a ser tratado no próximo item.

2.2. Reprodução heteróloga

A reprodução heteróloga consiste na forma de procriação que necessita de doação de espermatozoides por um terceiro, que é o doador anônimo. Relembra-se que poderá ser heteróloga a reprodução sempre que ao menos um dos componentes genéticos (sêmen, óvulo e o próprio embrião) não corresponde ao casal ou à pessoa que se submete ao procedimento. No entanto, será objeto deste estudo, especificamente, a possibilidade, o direito da mulher sozinha (sem qualquer vínculo afetivo com homem), por meio da reprodução heteróloga, planejar, ter e criar um filho de forma independente.

Essa inseminação artificial denominada heteróloga é mais complexa, gerando diversos problemas éticos, jurídicos e sociais. Vários questionamentos surgem com a adoção dessa forma de reprodução: se a mãe é casada, é necessário o consentimento expresso do marido, pois será considerado o pai da criança; se a mãe não for casada nem tiver companheiro, o filho não terá um pai; a criança teria o direito de saber sua origem genética? No registro de nascimento e perante a sociedade a criança somente será filha de sua mãe. Mas, natural e cientificamente, a criança tem uma origem genética, ou seja, um genitor. Essa identidade genética paterna faz parte da própria identidade da criança, não há como dissociá-la, consistindo, já se adianta, em um direito da personalidade da criança.

A primeira inseminação heteróloga ocorreu no final do século XIX, em 1884, na Filadélfia, Pensilvânia, tendo sido realizada pelo ginecologista americano Pancoast. (LEITE, 1995).

O uso da reprodução heteróloga para formação de uma família é uma alternativa para casais em que o homem seja estéril, ou no caso da mulher que não produz óvulos. No entanto, mulheres celibatárias que não constituíram família também podem se utilizar dessa técnica de reprodução assistida para ter um filho, sem que para isso tenham de se casar ou estabelecer uma relação indesejada com um homem.

À primeira vista, qualquer mulher, seja viúva, divorciada, solteira, independentemente de orientação sexual, sendo maior, capaz e desde que a adoção das técnicas de reprodução assistida não ofereça perigo à saúde, poderá se submeter à inseminação artificial heteróloga, isso de acordo com a ética médica fixada na resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 1.957/2010 e tendo em vista que não existe legislação proibindo tal prática.

A doutrinadora Maria Berenice Dias, ao falar sobre as produções independentes, ou seja, das mulheres que solteiras que resolvem ter um filho sem que para isso tenham de se unir a um homem, ou ainda, fazendo uso da inseminação artificial heteróloga, defende essa liberdade feminina:

De modo bastante freqüente, mulheres sozinhas que desejam engravidar fazem uso da inseminação artificial. A família monoparental proveniente de inseminação em mulheres solteiras, pelo fato de a criança já nascer sem pai, tem gerado opiniões controversas. É no mínimo preconceituosa a postura doutrinária que sustenta que a mulher solteira não deve fazer uso de método reprodutivo assexual, por se prestar a interesses egoísticos. (2007, p.195).

E prossegue a doutrinadora defendendo sua opinião com base nos seguintes argumentos:

Como não lhe é vedado o direito de adotar, nada impede de gerar o filho no próprio ventre. O reconhecimento da igualdade não admite negar uma mulher o uso de técnicas de procriação assistida somente pelo fato de ser solteira. O planejamento familiar é direito constitucionalmente assegurado (CF 226 § 7º) e não comporta limitações. Ao depois, está comprovado que o filho não tem seu desenvolvimento prejudicado por ter sido gerado por inseminação artificial. (2007, p. 196).

Entretanto, na opinião de Eduardo de Oliveira Leite, “a inseminação heteróloga deve ser considerada como última medida diante da impotência do terapeuta de tratar certas infertilidades maiores” (1995, p. 39).

E também, o professor Sérgio Ferraz, em sua abordagem ao assunto, demonstra que a adoção da reprodução heteróloga deve ser cautelosa:

Por sua parte, não obstante os crescentes progressos da técnica e da ciência, que tendem, por certo, à divulgação até à vulgarização, das práticas inseminatórias artificiais, à toda evidência elas têm e terão sempre um caráter substitutivo, como necessidade terapêutica nas hipóteses em que, por qualquer motivo objetivo, impossível ou arriscada (para a mãe ou para o filho) se revele a concepção natural. Assim, se o casal não precisa da ajuda científica para procriar, *ipso facto* não estará legitimado a postulá-la, pois a tanto obstará o princípio constitucional da *justiça social* (artigo 193), do qual uma das facetas fundamentais comanda que se deve assegurar igualdade de oportunidades a todos: ora tal propósito estaria sendo frustrado na medida em que, casal habilitado e apto à procriação natural, utilizasse gametos, técnicas e tirocínio profissional para uma fecundação artificial, assim impedindo que alguém, dela *realmente* necessitado, a ela tivesse acesso.

[...]

“De lege ferenda”, somos até pela inadmissão da fecundação heteróloga, que, aliás, pelos princípios constitucionais já explicitados, mesmo “de lege lata” nos parece inaceitável, se o casal já tem prole natural ou adotiva. (1991, 45-46).

Como não existe expressamente na legislação pátria proibição quanto ao uso das técnicas de reprodução assistida, em específico, impedindo a reprodução heteróloga pela mulher solteira na formação da monoparentalidade, a única normatização é a resolução nº. 1.957/2010⁴⁴ do Conselho Federal de Medicina, que,

⁴⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº. 1.957 de 06.01.2011. Substituiu a Resolução 1.358/92, estabelecendo normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.

por sua vez, não impede a mulher solteira de fazer uso das técnicas e obter uma fecundação heteróloga e formar uma família monoparental. Somente no caso de ser casada ou viver em união estável, é necessária a concordância do marido ou companheiro para a mulher submeter-se ao procedimento reprodutivo. (DIAS, 2007).

Maria Helena Diniz se posiciona contrariamente às técnicas de reprodução humana assistida heteróloga:

O ideal seria que se evitasse rebaixar o mistério da concepção, divorciando-o de um ato de amor, convertendo-o em um experimento de laboratório, o que pode trazer futuramente graves consequências para o casal e para o filho. Dever-se-á, em nosso entender, coibir a inseminação heteróloga, a fertilização *in vitro* e a gestação por conta de terceiro, ante os possíveis riscos de origem física e psíquica para a descendência e a incerteza sobre a identidade. (2001, p. 454).

A doutrinadora enumera diversos problemas jurídicos e morais que, com a adoção da reprodução heteróloga, podem advir, como: o desequilíbrio da estrutura básica do matrimônio, por contrariá-la no que atine ao pressuposto biológico da concepção, que advém do ato sexual entre pai e mãe; possibilidade de transexual ou homossexual pretender que companheira obtenha filho por meio dessa inseminação; falsa inscrição no registro civil, diante da presunção legal de que é filho do marido o concebido durante o casamento; possibilidade de arrependimento do marido após a realização da fecundação artificial; rejeição do consorte masculino em relação ao filho do doador e do filho em relação ao suposto pai, se vier a descobrir a inexistência da paternidade alegada; em se generalizando o uso da reprodução heteróloga, a possibilidade de incesto; eventualidade de o doador reclamar judicialmente sua paternidade; possibilidade de conflito de paternidade, pois a criança terá dois pais, um jurídico e outro biológico. (2001).

A título de comparação com a França, que se encontra em estágio bem mais avançado na discussão do tema, para a doação de esperma os CECOS, Centro de

Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.

Estudos e Conservação de Ovos e Esperma Humanos, exigem que o doador seja maior de idade, com menos de cinquenta anos, casado e pai de, pelo menos, um filho, mais o consentimento da esposa. Somente selecionam doadores de fertilidade comprovada, portanto. Eduardo de Oliveira Leite justifica o requisito da prévia paternidade no caso francês:

O requisito da prévia paternidade tem as seguintes razões: selecionam-se doadores que fizeram prova de sua fertilidade; eliminam-se os que tiveram filho anormal, diminuindo-se o risco de doença hereditária; garante melhor reflexão do ato do doador a parir da consideração de que aquele que já experimentou a sexualidade e paternidade tem melhores condições de avaliar o significado da doação. (1995, p. 35).

Ainda no contexto francês, os doadores na reprodução assistida heteróloga são submetidos a exames, principalmente sanguíneos, para que seja comprovada a normalidade do esperma e para descartar a possibilidade de alguma infecção sexualmente transmissível. Estando tudo correto nesse sentido, o esperma é preparado para o congelamento e, após, verifica-se a mobilidade dos espermatozoides, o que se torna decisivo nas taxas de sucesso desse tipo de inseminação.

Com efeito, a família pós-moderna não é definida e visualizada da mesma maneira que antes, materializada nas figuras bem definidas de pai, mãe e filho. Hoje os critérios que são sopesados na noção de família são: o afeto, a paternidade socioafetiva, a relação de comprometimento, de carinho, responsabilidade e cumplicidade; são os laços afetivos que unem verdadeiramente e servem para determinar uma família. De diversas formas são formadas famílias atualmente, podendo muito bem uma criança ter dois pais ou duas mães (uniões homoafetivas), como ter somente um deles, mas sentir-se amado, valorizado, alcançar a felicidade.

Por sua vez, o livre planejamento familiar assegurado na Constituição Federal, art. 226, par. 7º⁴⁵, constitui direito subjetivo de qualquer indivíduo,

⁴⁵ BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

Art. 226 [...]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

possibilitando a plena liberdade de escolher como vai formar sua família, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável. O Código Civil de 2002, no artigo 1.565, par. 2º⁴⁶, repetindo o dispositivo constitucional, reafirmou ser o planejamento familiar livre decisão do casal, sendo vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições públicas e privadas.

A lei nº. 9.263/93 regulamenta o referido par. 7º do art. 226 da Constituição. De acordo com essa lei, planejamento familiar é o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garantem direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. De acordo com essa definição, à primeira vista, entende-se que qualquer pessoa, independentemente do estado civil, raça, religião, condição social, pode livremente planejar sua prole. Garante, ainda, o acesso igualitário dos cidadãos a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade; devendo ser oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção, tudo isso com o fim de garantir o direito ao livre planejamento familiar. Lembra-se sempre que a família é reconhecida como base do Estado, merecendo por isso tutela especial por ser o local onde a pessoa humana se forma.

O Estado, ao garantir a liberdade dos indivíduos na forma de planejar e constituir sua família, está garantindo e observando os direitos da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade; ao mesmo tempo está possibilitando o progresso e a evolução da sociedade, pois com a evolução da família o Estado também evolui. Evolução e transformação, mudança de conceitos e quebras de paradigmas fazem parte da própria natureza do homem; a vida é pautada em descobertas de diferentes formas de viver e qualquer forma que impeça o ser humano de desenvolver-se livremente pode ser tida como atentatória à dignidade da pessoa humana.

Entretanto, no caso de reprodução heteróloga, o planejamento familiar não envolve somente a mãe, que teoricamente tem o direito de planejar formar uma família monoparental, pois, como já referido, utiliza-se o material genético de um

⁴⁶ BRASIL. Lei Federal nº. 10.406, de 10.01.2002. Código Civil. Art. 1.565 [...]

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

doador anônimo, que genética e biologicamente será o genitor da criança. Portanto, nesse processo de filiação artificial independente estão envolvidos outros sujeitos de direitos, como o doador anônimo e a própria criança originária, a qual tem seus interesses salvaguardados pelo direito desde a concepção. Passa-se à análise da questão do doador anônimo para, na sequência, verificar a questão do interesse da criança.

2.2.1 O direito ao anonimato do doador

As técnicas de reprodução assistida deram origem aos bancos de conservação de materiais genéticos femininos, masculinos e também de embriões, técnica denominada de criopreservação. Diante disso, pessoas impossibilitadas de gerar, valendo-se das técnicas de reprodução assistida associadas ao uso do material genético doado, puderam realizar o sonho de ter uma prole. Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite, “o desejo ter um filho é inato à natureza humana. Desde a infância até a velhice o homem espera perpetuar sua espécie através dos filhos”. (1995, p.101).

No entanto, o anonimato do doador significa a base dos tratamentos de reprodução assistida, em especial a heteróloga, pois sem o fornecimento de material genético não é possível alcançar o objetivo, que é ter um filho.

Ao tratar do assunto, a resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957/2010, primeiro determina que as doações sejam gratuitas, sem caráter lucrativo ou comercial; em seguida, estabelece que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, mantendo-se o sigilo sobre os envolvidos. A resolução, no entanto, ressalva que em situações especiais, por motivos médicos, informações sobre o doador sejam repassadas somente aos médicos, mas devendo ser preservada a sua identidade civil.

São muitas as posições favoráveis ao anonimato do doador, principalmente no que se refere à impossibilidade de estabelecimento de vínculo jurídico paterno-filial. Eduardo de Oliveira Leite justifica o anonimato do doador da seguinte maneira:

Vale, pois, ressaltar que, a doação de gametas (esperma + óvulo) não gera ao seu autor nenhuma consequência parental relativamente à criança daí advinda. A doação é abandono a outrem, sem arrependimento sem possibilidade de retorno. É, conforme se afirmou acima, medida de generosidade, medida filantrópica. Essa consideração é o fundamento da exclusão de qualquer vínculo de filiação entre doador e a criança oriunda da procriação. É, igualmente, a justificação do princípio do anonimato. (1995, p. 145).

Ainda, defendendo anonimato do doador, o autor aduz que, se a identidade do doador é revelada, este pode pedir uma reparação civil aos responsáveis pelos danos a ele acarretados. Para ele, “o anonimato é a garantia da autonomia e do desenvolvimento normal da família assim fundada e também a proteção leal do desinteresse daquele que contribui na sua formação”. (1995, p. 339).

A doação de material genético humano, por ser gratuita, não tem fins lucrativos; é um ato de altruísmo, de solidariedade, de compaixão do doador para com outras pessoas que ele próprio desconhece. Comparando-se, seria como doar sangue, em que a motivação do ato está em buscar fazer o bem a outrem. Deveras, o doador não tem vontade, intenção, desejo de ter um filho, nem sabe se seu material genético vai ser aproveitado.

Outrossim, Eduardo de Oliveira Leite reforça sua posição em relação ao direito ao anonimato do doador afirmando que, “a nível jurídico, o anonimato respeita o princípio dominante no direito de família, ou seja, não dissocia as estruturas naturais de parentesco, isto é, não permite que a criança tenha um pai biológico e um pai socioafetivo”. E prossegue defendendo que o anonimato evita que relações com vistas à obtenção de vantagens pecuniárias e responsabilidades oriundas da paternidade. (1995, p. 341).

É clara a preocupação do autor com a possibilidade de abalar a estrutura de uma família com a revelação da identidade do doador. Percebe-se que se refere à possibilidade de existência de dois pais para aquele que nasce por meio da inseminação artificial heteróloga.

De fato, biologicamente, a paternidade é definida por aquele que contribui com o seu material genético para que seu filho venha a nascer, podendo ser, portanto, o doador. Porém, a paternidade é mais que um simples vínculo biológico, ou seja, paternidade tem de envolver afeto, carinho, responsabilidade e amor; deve haver uma verdadeira ligação espiritual, emocional entre pai e filho, um vínculo de cumplicidade que vai além da simples identidade biológica. Nesse sentido é a importante redefinição que passa o conceito de paternidade e filiação. Na mesma linha são os ensinamentos de Maria Berenice Dias: “A idéia da paternidade está muito mais fundada no amor do que submetida a determinismos biológicos”. (2007, p. 328).

No entanto, com o uso da técnica de reprodução assistida heteróloga, cujo objetivo do casal é ter um filho, não há conflito em determinar qual dos pais irá assumir as responsabilidades decorrentes da paternidade unicamente por uma simples dedução fática, amparada nos princípios de direito de família: não há dois pais. Há apenas um pai, o que consentiu no uso da técnica, deseja e sonha ter um filho, e, de outro lado, um doador, que, por um ato de bondade e solidariedade, doou seu material genético para que terceiros se beneficiassem.

Com efeito, a paternidade socioafetiva há muito tempo vem ocupando lugar destacável em nosso ordenamento jurídico e fica cada vez mais cristalina a prevalência desta sobre a paternidade biológica. Sobre esse assunto, Paulo Luiz Netto Lobo explica: “O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade”. (2004, p. 523).

Além disso, por ser praticamente impossível determinar os motivos que levam um homem a doar, aquele que doa, provavelmente, não o faz com vistas a assumir a paternidade de um filho de cuja mãe sequer conhece. Outra questão importante a ser referida, revelada por Eduardo de Oliveira Leite, é a informação de que na Suécia existe lei no sentido de permitir que o concebido por meio de inseminação artificial heteróloga, após ser ouvido por assistente social, tenha direito de descobrir a identidade do doador, através do acesso aos dados anotados no hospital sobre o doador. Sendo a legislação sueca pioneira no mundo a abarcar o tema em sua totalidade e citando Göran Ewerlöf, elucida que tal legislação

parte do princípio de que ter filhos não é um direito humano incondicional e que, por isso, as atividades em questão só deverão ser permitidas sob o pressuposto de que se dêem as possibilidades necessárias para que a criança em questão possa crescer em condições favoráveis. (1995, p. 292).

Quanto à questão do anonimato, é perceptível a fragilidade do assunto no sentido de que há divergência explícita sobre a temática. Há autores que defendem o anonimato, de acordo com os princípios da intimidade e da privacidade, manutenção do equilíbrio familiar, ao passo que outros, como Maria Berenice Dias, alegam que “o direito à identidade é um direito de personalidade, assim como o nome e os demais elementos de identificação, devendo a informação sobre a origem genética ser tutelada”. (2007, p. 321).

Ainda, os defensores do anonimato alegam que a revelação da identidade do doador poderá gerar insegurança jurídica e também poderá fazer com que ninguém mais queira doar. Eduardo de Oliveira Leite alega que, para fins terapêuticos, de investigação sobre doenças hereditárias, ou para evitar possíveis relações incestuosas, não é necessária a quebra do anonimato; basta que as clínicas que aplicam as técnicas de reprodução assistida mantenham guardados todos os dados genéticos dos doadores, e, por exemplo, no caso de suspeita de uma união incestuosa, basta aos interessados, dirigindo-se às clínicas, submeterem-se a exames de DNA para saber sobre a possibilidade de parentesco. (1995).

A respeito, a resolução nº. 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, determina que as clínicas que realizam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, também com a finalidade de evitar que um mesmo doador venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes. Ainda orienta que sejam registrados os nascimentos oriundos da fecundação com material genético doado.

Por sua vez, os posicionamentos contrários ao anonimato são no sentido de que não há a pretensão de constituir vínculo de filiação entre a criança e o doador,

uma vez que é reconhecida a importância da paternidade socioafetiva; tampouco de adquirir vantagens de ordem pecuniária. É somente um direito personalíssimo da pessoa de buscar a identidade genética.

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº. 8.069/90, serve de embasamento jurídico, pois seu art. 27⁴⁷ estabelece que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível, imprescritível, podendo o filho exercê-lo sem qualquer restrição, e também o art. 48⁴⁸, sobre o caso de adoção, que pode muito bem ser interpretado e aplicado aos casos de reprodução assistida, reconhece o direito de conhecer a origem genética.

A pessoa que doa material genético em um banco tem a ciência de que, a partir desse ato, futuramente poderá dar origem a uma criança, não podendo condicionar essa doação ao anonimato. Por certo que existe e sempre existirá a curiosidade nas pessoas, e o doador envolve-se em um processo de criação, cujas consequências futuras podem e devem ser avaliadas, sopesadas, quando do ato de doação.

O cerne da questão seria um possível conflito entre o estado de filiação, que é de natureza familiar, e o direito de cada pessoa do conhecimento de sua origem, que diz respeito ao direito de personalidade, cujas normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram. (LOBO, 2004).

O doutor Paulo Luiz Netto Lobo, ao tratar da matéria, elucida o assunto:

⁴⁷ BRASIL. Lei Federal nº. 8.069, de 13.07.1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

⁴⁸ BRASIL. Lei Federal nº. 8.069, de 13.07.1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

Para garantir a tutela do direito da personalidade não há necessidade de investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Não há necessidade de atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por doador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga. São exemplos como esses que demonstram o equívoco em que laboram decisões que confundem investigação de paternidade com direito à origem genética.

Em contrapartida, toda pessoa humana tem direito inalienável ao estado de filiação, quando não o tenha. Apenas nessa hipótese, a origem biológica desempenha papel relevante no campo do direito de família, como fundamento do reconhecimento da paternidade ou da maternidade, cujos laços não se tenham construído de outro modo (adoção, inseminação artificial heteróloga ou posse de estado). É inadmissível que sirva de base para vindicar novo estado de filiação, contrariando o já existente. (2004, p. 524).

O direito ao conhecimento da origem genética é um direito da personalidade, que, se levado a efeito, não produzirá efeitos jurídicos como alteração do registro civil, ou geração de direitos hereditários. Dessa forma, não pode ser confundido com um direito à investigação e o reconhecimento da paternidade, este, sim, com repercussões geradas pelos direitos de família.

Portanto, apesar dos argumentos dos que defendem o anonimato do doador, acredita-se que essa possibilidade de revelação não possa comprometer as doações e, também, que o direito ao reconhecimento da origem biológica não traz consequências jurídicas como os direitos e deveres paterno-filiais, ou seja, não estabelece um vínculo jurídico, consistindo somente na revelação ao filho de sua origem genética. E levando-se em conta, ainda, o conceito das qualidades identificadoras das relações de parentesco, como, por exemplo, a paternidade socioafetiva, aperfeiçoada norma prevista no art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é plenamente possível que a pessoa gerada por meio do uso das técnicas de reprodução assistida heteróloga tenha garantido o direito de, quando atingir a maioridade, desejando, possa conhecer sua origem genética.

Sem perder de vista que o principal envolvido na reprodução assistida é o nascituro, um dos princípios basilares do direito é a primazia na proteção dos

interesses das crianças e adolescentes. Assim, passa-se à análise do princípio do melhor interesse da criança.

2.3. Princípio do melhor interesse da criança previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente

A tutela dos direitos dispensada às crianças e adolescentes nem sempre se deu da forma que se verifica na atualidade. Deveras, a população infanto-juvenil já foi objeto de discriminação, esquecimento, abusos, pois era considerada como objeto, sendo utilizada como força de trabalho pelos próprios pais.

O Estado, na fase patriarcal da família, não regulava as relações entre pais e filhos, os quais estavam sujeitos ao pátrio poder; o pai, como autoridade máxima na família, determinava e escolhia ao seu arbítrio o que considerava melhor para seus filhos, ou seja, tinha o poder de escolher, sem se importar com a opinião dos filhos, ou, melhor dizendo, as escolhas do pai, geralmente, não refletiam o que era melhor para os filhos, se fossem levados em consideração os interesses e direitos destes. Os filhos, enquanto sujeitos ao poder do pai, não tinham poder de escolha, não eram tidos como sujeitos de direitos. Na vigência do Código Civil de 1916, o próprio direito de família fazia discriminações quanto à pessoa dos filhos (legítimos e ilegítimos), e por muito tempo a criança oriunda de relação extraconjugal não tinha o direito de buscar a verdade sobre sua origem paternal. Jacqueline Filgueras Nogueira reforça a afirmação:

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estabelecia o princípio da igualdade de direitos entre todos os homens; dessa forma poderíamos concluir que todos os filhos, seja qual fosse a situação jurídica de seus pais, eram iguais em direitos. Mas essa não era a realidade, pois os filhos frutos de relações extramatrimoniais eram totalmente marginalizados e esquecidos pelo Direito. Sabe-se que as crianças, até o final do século XIX, eram consideradas como mero objeto, força de trabalho, da qual poderiam dispor os pais ou responsáveis; não se falava em direito das crianças, mas, nas suas obrigações. (2001, p. 167).

As primeiras inquietações com objetivo de tutela dos direitos das crianças e oferecimento de uma proteção especial se deram no início do século XX. No ano de 1924, surgiu no âmbito internacional a primeira declaração com conteúdo tratando dos direitos da criança, conhecida como Declaração de Genebra, cujo texto atentou para a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial, albergando princípios referentes ao bem-estar e à proteção das crianças. Por sua vez, a Declaração Universal de Direitos do Homem Nações Unidas, de 1948 (Paris), já previa para a infância o direito a cuidados e assistência especiais. Em 1959, foi consagrada a Declaração Universal dos Direitos da Criança, tendo por base para a sua elaboração a Convenção de Genebra, dispondo no preâmbulo que “a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada, antes e depois do nascimento.” (NOGUEIRA, 2001).

Convém referir que no princípio 2º da Declaração de 1959, pela primeira vez, aparece o a frase “interesse superior da criança”⁴⁹ e, no princípio 7º, a Declaração explicita que o interesse superior da criança é um princípio orientador aos responsáveis pela criança⁵⁰.

Passados trinta anos, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, por unanimidade, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, declarando, conforme Jacqueline Filgueras Nogueira, “que a infância deverá ser considerada ‘prioridade imediata e absoluta’, necessitando ‘consideração especial’, devendo sua proteção sobrepôr às medidas de ajustes econômicos, sendo os seus direitos fundamentais, universalmente salvaguardados”. (2001, p. 168).

No Brasil, a convenção foi ratificada pelo decreto legislativo nº 99.710, de 21.11.1990. No entanto, mesmo antes de firmar a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, o Brasil já havia inserido na Constituição de 1988, por

⁴⁹ ONU. Declaração dos Direitos da Criança. 1959.

A criança gozará de uma protecção especial e beneficiará de oportunidades e serviços dispensados pela lei e outros meios, para que possa desenvolver-se física, intelectual, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

⁵⁰ ONU. Declaração dos Direitos da Criança. 1959.

[...] O interesse superior da criança deve ser o princípio directivo de quem tem a responsabilidade da sua educação e orientação, responsabilidade essa que cabe, em primeiro lugar, aos seus pais.[...]

meio do art. 227⁵¹, os princípios da Doutrina da Proteção Integral. Segundo Jacqueline Filgueras Nogueira:

A Convenção reafirma, também, conforme o princípio do interesse maior da criança, que é dever dos pais e responsáveis garantir-lhes proteção e cuidados especiais e, na falta dos pais, é obrigação do Estado assegurar que o façam instituições e serviços de atendimento. Ressalta que a família é o grupo social primário e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de seus membros, especificamente das crianças, enfatizando o direito que tem de receber a proteção e assistência necessárias para que possam plenamente assumir suas responsabilidades dentro da comunidade. (2001, p. 169).

Essa convenção foi um marcante acontecimento na história do direito internacional, tendo em vista que pela primeira vez os direitos da criança foram codificados em forma de um tratado, sendo obrigatório para os Estados que o adotarem, devendo estes adaptar suas normas internas aos novos princípios estabelecidos pela convenção. (NOGUEIRA, 2001).

No Brasil, estão de acordo com os princípios adotados pela convenção tanto a Constituição Federal de 1988 como o Estatuto da Criança e do Adolescente – lei nº. 8.069/90. O marco fundamental do direito da criança e do adolescente no direito brasileiro é o art. 227 da Constituição Federal. O Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 3º, 4º, 5º e 6º, reforça as garantias Constitucionais⁵².

⁵¹ BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

⁵² BRASIL. Lei Federal nº. 8.069, de 13.07.1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Além disso, o Código Civil de 2002 dispõe no art. 2º⁵³ que a personalidade da pessoa inicia a partir do nascimento com vida, mas a lei tutela os interesses do nascituro desde a concepção. Esse artigo revela a preocupação do legislador com a defesa da personalidade, que é atributo da dignidade do homem, no caso leia-se da criança, por conseguinte tornando a criança sujeito de direitos. Portanto, em caso de violação ou até mesmo uma ameaça aos direitos do nascituro, este, como sujeito de direitos, antes mesmo de nascer, tem o direito subjetivo de defesa, devendo seus pais, a sociedade e o Estado exercer essa tutela.

Com efeito, com a consagração do princípio do melhor interesse da criança, a proteção aos direitos da criança e do adolescente passou a ter prioridade; no direito de família uma das regras norteadoras é a prioridade absoluta à pessoa do filho. Segundo Paulo Luiz Neto Lôbo, a origem do princípio é encontrada no instituto inglês do *parens patriae* como prerrogativa do rei em proteger aqueles que não poderiam fazê-lo em causa própria. (2010).

Com a inversão dos direitos tutelados no âmbito familiar e o enfoque dado aos interesses dos filhos como sujeito de direitos, o pátrio poder transformou-se em poder familiar. Observa Paulo Luiz Neto Lôbo:

Em verdade ocorreu uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais. O pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e no interesse do filho. Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse. (2010, p.70).

Para o autor, o princípio do melhor interesse parte da concepção de serem a criança e o adolescente, como sujeitos de direitos, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, não mero objeto de intervenção jurídica e social quando em

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

⁵³ BRASIL. Lei Federal nº. 10.406, de 10.01.2002. Código Civil.

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações como exigência ética de realização de vida digna para todos. (2010, p. 70).

Entretanto, a noção de “interesse” é de difícil determinação, existindo dualidades de concepções e os mais diversos entendimentos de que valores comportariam tal interesse, dadas a complexidade e extensão dessa noção. O arbítrio do juiz é, sem dúvida, o elemento primeiro de que a noção de interesse da criança é de cunho subjetivo. (LEITE, 1997). Segundo Irene Théry, a noção de “interesse” traduz claramente “a evolução do direito de família em direção ao abandono de um modelo familiar único e transcendente em proveito do reconhecimento da diversidade social e da gestão das situações individuais, sua indefinição se revelando como o sinal mais evidente de uma diluição da norma” (apud LEITE, 1997, p. 196).

Portando, a noção de interesse do menor não permite que se reduza tudo a esquemas perfeitamente delimitados a uma definição legal geral cabível a todos os casos, pois o aplicador do direito, para chegar a um entendimento e solucionar os casos que se apresentam a ele, necessita, para a devida análise, proceder à verificação da particularidade de cada caso, exigindo condutas subjetivas de apreciação. (NOGUEIRA, 2001).

No entendimento de Hughes Fulchiron, da tentativa de definição do interesse do menor, este se manifesta no seguinte sentido: “O critério só adquire sua eficácia no exame prático do interesse de cada criança. Convém, pois, não considerar o interesse do menor como um fim em si, mas como um instrumento operacional, cuja utilização é confiada ao juiz.” (apud LEITE, 1997, p. 196).

De qualquer forma, por algumas tendências têm se declinado os juristas: alguns se posicionando pelo desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social; outros, por sua vez, levam em consideração a idade, sexo, a irmandade, o apego ou indiferença da criança em relação a seus pais, ou a estabilidade da criança. Da mesma maneira, podem ser levadas em consideração as condições que cercam a pessoa dos pais: condições materiais, como, por exemplo, atividades profissionais, renda mensal, alojamento, facilidades escolares, ocorrência ou não da existência de lares adequados; ou condições morais, como vínculo afetivo existente entre pais e filhos, círculo de

amigos, ambiente social, qualidade de cuidados e investimento paterno, etc. São alguns elementos que podem servir ao juiz como parâmetros para que venha a descobrir, caso a caso, o que lhe parece ser o melhor interesse do menor. (LEITE, 1997).

No entanto, Eduardo de Oliveira Leite, argumenta que “os aspectos materiais para a maioria dos juizes, são invocados indevidamente, embora não se deva perder de vista que, muitos magistrados argumentam representar o econômico um meio garantidor de uma certa estabilidade psicológica da criança.” (1997, p. 211).

Jacqueline Filgueras Nogueira entende que

[...] o juiz, ao decidir uma disputa de filiação, deve levar em conta o vínculo de afetividade da criança com seus pais. Deve ser o argumento primordial para nortear sua decisão, devendo apreciar e julgar considerando, como melhor interesse da criança, sua estabilidade psicológica e grau de afetividade. A criança tem o superior direito de crescer num ambiente sadio, tranqüilo, com aqueles que a amam. (2001, p. 174).

Além disso, conforme estabelece o art. 151⁵⁴ do Estatuto da Criança e do Adolescente, o juiz, ao decidir sobre os interesses das crianças, conta com o auxílio das equipes interdisciplinares, formadas por especialistas, como psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais, os quais farão uma análise do caso concreto e apresentarão laudos técnicos que servirão de subsídio ao julgador, dando maior segurança para que a solução jurídica seja no sentido do melhor interesse da criança.

Outra questão a ser considerada é a possibilidade de se ouvir a opinião da criança cujos interesses estão sendo discutidos. A Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo decreto nº. 99.710/90, dispõe no art. 12⁵⁵

⁵⁴ BRASIL. Lei Federal nº. 8.069, de 13.07.1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 151. Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

⁵⁵ ONU. Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. 1989.

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

que a criança capaz de formular seus próprios juízos tem assegurado o direito de se manifestar e ser ouvida. Essa regra, em vigor no direito pátrio, poderá e deverá ser observada pelo julgador quando se deparar com questões que digam respeito aos direitos de crianças e adolescentes.

O aplicador do direito, ao interpretar a lei a ser aplicada ao caso concreto, deve sempre orientar-se pelo princípio do melhor interesse, que, segundo Luiz Edson Fachin, é o “critério significativo na decisão e na aplicação da lei”. Dessa forma, os filhos terão a garantia de que seus interesses estão sendo considerados de acordo com o que determina o referido princípio. (apud LÔBO, 2010, p. 71).

Com efeito, o princípio do melhor interesse estabelece que os interesses da criança e do adolescente devem ser priorizados, sendo dever do Estado, da sociedade e da família tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. (LÔBO, 2010).

Ocorrendo a colisão dos interesses da criança e de seus pais, a solução é o balanceamento dos interesses dos envolvidos no caso concreto. Nesse sentido, Miguel Cillero Bruñol explica que, sendo as crianças parte da humanidade,

seus direitos não se exerçam separada ou contrariamente ao de outras pessoas, o princípio não está formulado em termos absolutos, mas que o interesse superior da criança é considerado como uma ‘consideração primordial’. O princípio é de prioridade e não de exclusão de outros direitos ou interesses. (apud LÔBO, 2010, p. 71).

Nas palavras de Paulo Luiz Neto Lobo, “o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado.” (2010, p. 71).

Dessa maneira, a partir da consagração do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, estes passam a ser sujeitos de direitos, tanto antes quanto após seu nascimento, tutelados universalmente, direitos esses denominados “especiais”, em decorrência da falta de maturidade física e mental, da condição de

peças em desenvolvimento. É dever da família, do Estado e da sociedade tutelar os direitos infanto-juvenis para garantia da formação e desenvolvimento de pessoas capazes de levar uma vida equilibrada, independente e assumir suas responsabilidades perante a sociedade, visando à construção de um mundo mais solidário, justo e fraterno.

Ao princípio do melhor interesse na defesa da criança deve ser acrescido o princípio da paternidade responsável, que se passa a analisar.

2.4. Princípio da paternidade responsável

A Carta Magna de 1988 no seu capítulo VII, que trata da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, elenca diversos princípios, estes foram denominados pela doutrina de princípios constitucionais da família.

Dentre esses princípios constitucionais da família, temos o princípio da paternidade responsável; o princípio da paternidade responsável está expresso no par. 7º do art. 227 da Constituição Federal⁵⁶, parágrafo que trata em especial do planejamento familiar. Deveras, o texto constitucional menciona o princípio da paternidade responsável juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, por isso, a partir de uma leitura rápida do parágrafo 7º do art. 227, o princípio da paternidade responsável pode passar despercebido, pois, o dispositivo, como dito, se refere ao planejamento familiar.

Assim, dentro do contexto no qual está inserido, a responsabilidade paternal, insculpida na Constituição Federal de 1988, corresponde ao direito da pessoa, planejar livremente, como e quando vai ter filhos, ou seja, levar a efeito o seu projeto parental. Mas, ao mesmo tempo, o princípio nos remete para o sentido de dever,

⁵⁶ BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

tendo em vista que o termo “responsabilidade” é sinônimo de obrigação. No mesmo sentido, Vanessa Berwanger Sandri:

O termo “paternidade responsável” pode ter mais de uma conotação. Poderá ser entendido em relação à autonomia para decidir responsável e conscientemente sobre ter ou não filhos, assim como, quantos filhos as pessoas desejam ter. Também pode ser interpretado sob o aspecto da responsabilidade dos pais para com os filhos, ou seja, o dever parental. (2006, p. 7).

Assim, ao mesmo tempo em que se tem a liberdade e o direito de planejar livremente, se vai ter ou não filhos, escolhendo o momento certo, o indivíduo, a partir do momento em que toma a decisão de ser pai ou mãe, assume a responsabilidade o dever para com o nascituro, devendo ser responsável em oferecer suporte material e sentimental, contribuindo para o crescimento e desenvolvimento de forma digna desse ser humano que está por vir.

O planejamento familiar, regulado pela lei 9.263/90, significa o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Na visão de Vanessa Berwanger Sandri:

Planejamento familiar compreende ato de escolha consciente, a partir de um processo educativo e de esclarecimento quanto à decisão do número de filhos que a pessoa deseja ter, respeitando assim o direito fundamental à dignidade humana. Está relacionado com a garantia que todo cidadão tem de definir e decidir, a partir de condições dignas de vida, para poder receber e entender uma informação e educação, promovidas pelo Estado, sobre constituir família, ter um ou mais filhos ou não ter filhos. Cabe aqui destacar que planejamento familiar também inclui o direito de uma pessoa sem posses, que não pode ter filhos, poder usar de métodos artificiais para realizar o seu desejo, ou seja, constituir a prole e não somente limitá-la, através do uso de contraceptivos. (2006, p. 9).

Com efeito, a legislação que trata do planejamento familiar está voltada à implementação de políticas públicas de controle da natalidade, tem origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva, tem por finalidade promover ações preventivas e educativas, garantindo o acesso igualitário às informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade. (DIAS, 2007).

Por sua vez, no sentido de responsabilidade o princípio da paternidade responsável, de acordo com Vanessa Berwanger Sandri:

diz respeito ao dever da família em assegurar a efetivação dos direitos da criança e do adolescente, regulados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/90, prevendo como crime tipificado no Código Penal, art. 244 e 246, o abandono material e intelectual do filho menor. (2006, p. 10).

Paternidade responsável, na sua conotação de “dever”, significa o exercício do poder familiar. Não se pode olvidar que o vínculo da filiação atribui aos pais o poder familiar, com os direitos e deveres que ele comporta. Trata-se do poder-dever de criar e educar os filhos, mantendo-os sob sua guarda e proteção, consequência necessária do princípio da paternidade responsável. Assim, os pais devem assegurar ao filho o direito à vida, à saúde, à cultura, à profissionalização, à dignidade, ao lazer, à educação e à convivência familiar e comunitária, além de amor e carinho, pois dispensando atenção e preocupando-se com o futuro de seu filho está demonstrando afeto e comprometimento com sua prole, através desse envolvimento afetivo os pais estão cumprindo com seus deveres e dando o suporte necessário ao desenvolvimento humano do seu filho.

Outrossim, a Constituição Federal de 1988, traz expresso no art. 227⁵⁷, o dever da família, da sociedade e do Estado, na proteção das crianças e

⁵⁷ BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

adolescentes; atribuí ao Estado deveres de proteção e assistência; proíbe qualquer forma de discriminação às crianças e adolescentes. Ainda, o art. 229⁵⁸ preconiza o dever dos pais em assistir, criar e educar os filhos menores, ao mesmo tempo em que os filhos maiores têm o dever de amparar os pais na velhice.

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº. 8.069/90, nos arts. 3º, 4º, 7º, 15 e 19⁵⁹, elenca diversos direitos dos menores, cujo dever de tutelá-los incumbe aos pais, a sociedade e ao Estado. E também, o Código Civil, no art. 1.566 no inc. IV⁶⁰, reforça os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos.

Deveras, o que se objetiva quando se fala em princípio da paternidade responsável é que a paternidade seja exercida de forma séria, comprometida, porque apenas assim todos os princípios fundamentais, como a vida, a saúde, a dignidade da pessoa humana, a filiação, serão respeitados.

Assim, conclui Vanessa Berwanger Sandri:

O princípio da 'paternidade responsável' é a diretriz que embasa o direito parental e o planejamento familiar, sendo estes os dois eixos que o integram. Direito parental no que diz respeito à responsabilidade dos pais para com os filhos, no dever de cuidar e provê-los, e planejamento familiar no que diz respeito à autonomia do indivíduo, para escolher quanto, não só ao aumento, mas também à diminuição ou constituição da prole, diferentemente de controle da natalidade, que é imposição ao indivíduo, por parte do Estado, de controle demográfico e diminuição dos nascimentos. (2006, p. 10).

⁵⁸ BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁵⁹ BRASIL. Lei Federal nº. 8.069, de 13.07.1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

⁶⁰ BRASIL. Lei Federal nº. 10.406, de 10.01.2002. Código Civil.

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

[...]

Portanto, o princípio da paternidade responsável mencionado no texto constitucional compreende não só a liberdade em decidir sobre a forma da entidade familiar, conforme dispõe a lei 9.263/96 que regula o planejamento familiar e possibilita inclusive a utilização das técnicas de reprodução assistida como último recurso à procriação, mas também o dever de cuidado, de dedicação, de comprometimento, de responsabilidade, que são atributos das figuras materna e paterna para com seus filhos, ou seja, os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual e material aos filhos.

Além dos princípios do melhor interesse da criança e paternidade responsável é imprescindível o estudo do preceito basilar do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se passa a analisar.

2.5. Princípio da dignidade da pessoa humana

A noção de dignidade da pessoa humana funde-se com a definição material de Constituição, já que a preocupação com o ser humano consagrou-se como um dos fundamentos basilares da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito no Brasil. O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto expressamente no texto da Constituição Federal no art. 1º, inciso III⁶¹. No mesmo sentido, o art. 1º⁶² da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 1948, revela a preocupação mundial com o necessário reconhecimento da dignidade do ser humano e tutela de direitos iguais e inalienáveis com fundamento da liberdade, da justiça e da paz mundial.

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

⁶¹ BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

⁶² ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948.

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

A dignidade diz respeito à condição humana do ser humano, vinculando-se intimamente com os direitos fundamentais; por isso, forma parte essencial sobre a qual se assenta o direito constitucional contemporâneo.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, a ideia de valor intrínseco da pessoa humana brotou no pensamento clássico e no ideário cristão, reservando-se o autor quanto ao absolutismo dessa afirmação diante da diversidade religiosa e da possibilidade de conceituação por outras religiões. Para o pensamento filosófico e político da Antiguidade clássica, o conceito de dignidade da pessoa humana, como regra, tinha referência com a posição social ocupada pelo indivíduo e seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, desse modo exprimindo-se em uma quantificação e modulação da dignidade, podendo, assim, existir pessoas mais dignas ou menos dignas. Em outra passagem ensina o autor que, durante o pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, sendo todos os seres humanos dotados da mesma dignidade. Essa noção se liga à ideia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade. (2001).

Durante os séculos XVII e XVIII, no espaço do pensamento jusnaturalista, a concepção da dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização e laicização, mas a noção da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade permaneceu. Nesse contexto, o sentido de dignidade era considerado como a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção. Para o pensador Immanuel Kant, a concepção da dignidade da pessoa parte da autonomia ética do ser humano, sendo considerada esta autonomia como o fundamento da própria dignidade, não podendo ser tratado – nem por ele próprio – como objeto. (SARLET, 2001).

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que a concepção kantiana de dignidade permanece orientando-nos no sentido de que a pessoa deve ser considerada como fim, não como meio, devendo se repudiada toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano. O fato é que o estudo e a discussão do assunto continuam cada vez mais ocupando o pensamento filosófico, político e jurídico, o que justifica a qualificação da dignidade como valor fundamental da ordem jurídica constitucional, principalmente para as sociedades que têm a pretensão a construir uma ordem jurídica baseada no Estado Democrático de Direito (2001).

Segundo a concepção jusnaturalista, uma ordem constitucional que consagra a ideia da dignidade da pessoa humana parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. Outra concepção recepcionada, a partir do pensamento cristão e humanista, consiste na fundamentação metafísica da dignidade da pessoa humana, que, juridicamente, representa uma última garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social. (SARLET, 2001).

Ademais, alerta Ingo Wolfgang Sarlet para a impossibilidade de uma definição fixa do significado do princípio da dignidade da pessoa humana, por se tratar de um princípio de categoria axiológica aberta e, além disso, por se verificar que uma definição desta natureza não se conforma com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, chegando à afirmação de “que nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento”. (2001, p. 40). Da mesma forma segue o pensamento de Dworkin, que, ao sustentar a existência de um direito de as pessoas não serem tratadas de forma indigna, refere que qualquer sociedade civilizada tem seus próprios padrões e convenções a respeito do que vem a significar a indignidade, critérios esses que variam conforme o local e a época. (SARLET, 2001).

Com efeito, a dignidade da pessoa humana configura-se como uma qualidade peculiar e insubstituível da pessoa humana, não tem preço, diz respeito ao centro existencial essencialmente comum a todos os seres humanos, devendo ser objeto de tutela jurídica, social e estatal. A dignidade da pessoa humana reveste-se classicamente de algumas qualidades, sendo intrínseca, irrenunciável, inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado. Melhor elucidando essas qualidades Ingo Wolfgang Sarlet refere que

[...] não se pode cogitar na possibilidade de uma pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. (2001, p. 41).

Considerada como qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e sendo certo que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa constituem-se em meta permanente da humanidade, do Estado e do direito. Nesse contexto, uma constituição que não consagre a proteção e, principalmente, a promoção da dignidade do homem não pode ser uma verdadeira constituição.

Entretanto, Sarlet lembra-nos que a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo direito, pois, devido ao valor próprio da dignidade condizer com a natureza do ser humano com tal, existindo correntes que cogitaram a desnecessidade da definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que o direito a reconhece poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção. (SARLET, 2001). Apesar dessa possibilidade de desnecessidade de uma definição e tendo em vista o que foi referido sobre uma conceituação fixista do princípio da dignidade da pessoa humana em se considerando a permanente evolução, construção e diversidades de valores, algumas definições mais contextualizadas acerca da definição do princípio merecem ser destacadas.

Na doutrina de Günter Dürig, considerado um dos principais comentadores da Lei Fundamental da Alemanha da segunda metade do século XX, a dignidade da pessoa humana consiste no fato de que

cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda. (apud SARLET, 2001, p. 44).

Nota-se, conforme a definição supra, que o princípio da dignidade gira em torno da autonomia, liberdade e no direito de escolher, de acordo com sua vontade e consciência, o que entende ser melhor para sua vida.

Outrossim, de acordo com a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, outro aspecto a ser considerado é que a dignidade tem um sentido cultural, por ser considerada também como sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, sendo por esse motivo que as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa humana se complementam e interagem mutuamente, revelando-se a dimensão histórico-cultural da dignidade. A dignidade é, simultaneamente, limite e tarefa dos poderes estatais, da comunidade em geral, de todos e de cada um. Na condição de limite dos poderes públicos, a dignidade representa, necessariamente, algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado; caso deixasse de existir, não haveria mais limite a ser respeitado. Como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa determina que este guie suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, em especial devendo criar condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade. (2001).

Outra lição sobre o que vem a significar dignidade da pessoa humana que merece ser transcrita é de Dieter Grimm, o qual sustenta:

A dignidade, na concepção de valor intrínseco do ser humano, gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e felicidade e, mesmo onde esta autonomia lhe faltar ou não puder ser atualizada, ainda assim ser considerado e respeitado pela sua condição humana. (apud SARLET, 2001, p. 51).

Deveras, só se verifica a dignidade da pessoa humana onde houver espaço para a manifestação livre, autônoma, igualitária, do ser humano, garantindo-se, enfim, condições mínimas para uma existência digna, esta cristalizada através do respeito pela vida, pela integridade física e moral do ser humano.

Por sua vez, a família é considerada como o local, por excelência, de manifestação da pessoa humana na realização de uma existência digna e da vida em comunhão com as outras pessoas. (LÔBO, 2010).

Por derradeiro, faz-se imprescindível citar o conceito jurídico da dignidade da pessoa humana apresentado por Ingo Wolfgang Sarlet, que a define como

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2001, p. 60).

Com efeito, o reconhecimento da condição normativa da dignidade da pessoa humana garante o respeito ao ser humano; confere direitos e deveres perante o Estado e a sociedade; proíbe a prática de atos que possam reduzir e submeter a pessoa humana a condições humilhantes, aviltantes, ou que impossibilitem a sua liberdade, a sua autodeterminação, o seu desenvolvimento, bem como garante a manifestação e participação do indivíduo na sociedade em que vive.

Outrossim, com a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do ordenamento jurídico pátrio, transparece a ideia de que o Estado existe em função da pessoa humana, não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, não o meio da atividade estatal. O princípio da dignidade expresso na Constituição Federal de 1988, além de seu conteúdo ético e moral, constitui norma jurídico-positiva dotada de eficácia; constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais mas de toda ordem jurídica, razão pela qual é caracterizado como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa. (SARLET, 2001).

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana visa proteger o ser humano de si próprio, pois, como consignou o filósofo Thomas Hobbes, “o homem é lobo do homem”.

Enfim, fruto do que foi sendo elaborado no decorrer da história, o princípio da dignidade da pessoa humana, venerado como valor supremo e inerente do ser humano, inalienável, irrenunciável, repousa na liberdade individual, na possibilidade da livre escolha e definição da própria existência do indivíduo, no reconhecimento pela ordem jurídica do indivíduo como sujeito de direito e deveres, sendo digno de proteção por parte do Estado. Este existe como meio garantidor e protetor para que a pessoa humana possa desenvolver livre e plenamente sua personalidade, fazendo escolhas, interagindo com os outros indivíduos, buscando a realização da plenitude de sua existência; logo, estão vedadas condutas que impliquem coisificação e instrumentalização do ser humano. Nesse contexto, a família desempenha papel fundamental como instrumento de realização existencial de seus membros, justificando-se a tutela dispensada no texto constitucional.

Dessa forma, feito um estudo histórico e geral dos institutos que se referem ao tema do presente trabalho, passa-se à análise mais objetiva do assunto proposto no capítulo seguinte. Dando seguimento ao trabalho, os assuntos já abordados serão novamente analisados e discutidos com o objetivo de buscar caminhos que indiquem (ao menos aparentemente) qual a melhor solução para os diferentes interesses que estão em jogo na questão da reprodução heteróloga que origina uma família monoparental. Por evidente, não será possível, em nível acadêmico, apontar todas as soluções, ou até mesmo alcançar soluções concretas, mas a discussão do tema se faz necessária dada sua relevância e importância, pois, quanto mais estudado e discutido o assunto, melhor será o resultado obtido.

3 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A FAMÍLIA MONOPARENTAL ORIGINADA ATRAVÉS DA TÉCNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA HETERÓLOGA

A medicina, por meio do desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, em especial da reprodução heteróloga, acabou por contribuir para o aperfeiçoamento e, até mesmo, um aumento de uma das formas de constituição da família, que é a monoparental. Deve-se referir que a família monoparental sempre existiu, mas os fatores que culminaram para a formação desta família foram: a viuvez, a separação dos genitores, o abandono, e, algumas vezes, por opção própria da mulher em constituir uma família sozinha, opção definida como “produção independente”.

Ocorre que, antes do surgimento das técnicas de reprodução assistida, para a geração de uma criança, a relação sexual era indispensável, o que hoje não é mais necessário. Com isso, a figura paterna fica totalmente excluída da vida da criança; não há uma referência masculina para contribuir na formação psíquica do infante, ou seja, inexistirá qualquer referência à origem paterno-familiar. O contrário se verifica quando não existia uma forma artificial de reprodução humana, por mais que distante, em que na maioria das vezes a figura paterna estava presente.

Outro fator polêmico diz respeito à relação jurídica da filiação entre o doador anônimo e a criança oriunda dessa técnica de reprodução. Essa revolução causada pela engenharia genética acabou gerando incertezas que antes não existiam, como a definição da paternidade, ou até mesmo uma absoluta ausência de paternidade, no caso de reprodução heteróloga realizada por mãe solteira.

É esse o foco deste trabalho, a família monoparental originada através das técnicas de reprodução assistida heteróloga realizada por mãe solteira, podendo ser definida como uma “produção artificial independente”, na qual a figura paterna, em princípio, nunca existirá, ou seja, está excluída pelo anonimato do doador e também pela falta de ligação afetiva entre a criança e o doador anônimo. Questionamentos a respeito do tratamento dado pela legislação brasileira ao tema, como o possível conflito entre os interesses do menor (nascituro) e a liberdade da mãe no planejamento desse tipo de família, o direito da criança ao conhecimento da

identidade genética e o anonimato do doador, a preservação do vínculo socioafetivo e o modo como a jurisprudência enfrenta essas questões, serão discutidos neste capítulo conclusivo.

3.1 Colisão de princípios: o direito de gerar e o direito à paternidade

O primeiro conflito que surge quando se trata de reprodução assistida heteróloga é em relação à liberdade, ao direito individual da mulher de gerar um filho utilizando o esperma de um doador anônimo, formando, assim, a família monoparental, e o direito da criança à paternidade, à presença da figura paterna acompanhando e auxiliando no seu desenvolvimento.

É indiscutível que as descobertas e avanços científicos exercem grande influência na sociedade, em especial na vida das mulheres. Primeiramente, a pílula anticoncepcional causou a revolução sexual, possibilitando à mulher exercer o controle da gravidez; agora, com as técnicas de reprodução assistida, dissociou-se a gravidez do ato sexual. A mulher pós-moderna está cada vez mais independente e tem a possibilidade de planejar sua vida, alcançar estabilidade social e financeira; assim, quando se julgar “pronta”, se desejar, poderá ter um filho independentemente da participação ativa do homem. Essa é uma opção que a biotecnologia coloca à disposição da mulher.

De fato, os primeiros relatos sobre a evolução da família demonstram que a paternidade sempre foi incerta, o que hoje pode ser facilmente identificável por meio do exame de DNA. Por sua vez, a maternidade sempre foi certa – ressalvado o caso polêmico da mãe de substituição. O laço que une mãe e filho inicia-se desde o momento da fecundação; as primeiras sensações, os primeiros sentimentos são compartilhados entre o bebê e sua mãe, o que revela a intensidade do vínculo que se estabelece entre mãe e filho.

A reprodução heteróloga levada a efeito por mulher solteira, que poderia ser denominada de “produção artificial independente”, em razão do anonimato do doador, impossibilita o conhecimento da origem paterna, anulando também a figura

paterna da vida e da formação da criança, além de impedir a ocorrência de efeitos jurídicos decorrentes da filiação. A criança nascerá e crescerá sem pai, porque é uma filiação somente materna. A mulher, ao optar pela reprodução heteróloga, renega ao filho o direito à paternidade. Disso surge a controvérsia sobre qual o interesse deve prevalecer.

No entendimento de Eduardo de Oliveira Leite, “o filho concebido encontra-se na incômoda e ajurídica situação de ser ‘filho de ninguém’”. (1995, p. 353). E prossegue argumentando:

Pretender o nascimento de uma criança órfã de pai é contrário a mais elementar noção de direito natural e de ordem jurídica. Hoje, lamentavelmente, o desejo de ter filho tende a mascarar esta idéia. Em nome da liberdade de procriar procura-se justificar a privação voluntária da imagem do pai, o que é inadmissível se considerarmos, tão somente, os aspectos psicológicos no desenvolvimento normal de uma criança. (LEITE, 1995, p. 354-355).

Para uma melhor análise dessa situação, imperioso relacionar fatores determinantes que possibilitam um melhor sopesamento dos direitos envolvidos. Assim, tentar-se-á alcançar uma conclusão.

Primeiramente, depreende-se da leitura do preâmbulo da Carta política que nossa sociedade é pluralista, fraterna e sem preconceitos, tendo como princípio basilar e fundamental, a dignidade da pessoa humana; constituem-se objetivos do nosso Estado, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Com vista aos princípios da igualdade e da liberdade, o direito da mãe de gerar um filho significa a expressão da liberdade individual de procriar; esse direito está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. A procriação faz parte da natureza, da condição humana, é uma forma de dar continuidade à vida.

Com efeito, a mulher, ao fazer a opção por formar uma família monoparental a partir da reprodução heteróloga, está exercendo o direito de livre escolha dos

rumos que vai dar a sua vida. O doutrinador Eduardo de Oliveira Leite, mesmo sendo contrário à formação da família monoparental pela via artificial, reconhece que “[...] o direito de ter meu próprio filho, e a não inserção de um estranho no grupo familiar, até prova em contrário, é um direito absoluto que, no presente momento, nenhum legislador do mundo civilizado se arriscou a negar”. (1995, p. 139). Todavia, ao tecer comentários sobre o direito de ter filhos, o autor argumenta:

Na realidade “não há direito a ter filhos, nem direito de fazer um para outrem. O que há é uma liberdade de desejar um e a liberdade de ajudar o semelhante (estéril) a ter um. O direito a ter filhos, quando se quer, como se quer, e em qualquer circunstância é reivindicado como direito fundamental, (mas é apenas) a expressão de uma vontade exacerbada de liberdade e de plenitude individual em matérias tais como o sexo, a vida e a morte. O desejo ou o não desejo de ter filhos, como manifestação de uma patética procura de felicidade é próprio de pessoas que concebem o direito como uma cooperativa de felicidades individuais (e) sem dúvida, a medicina também”. (1995, p. 356).

E ainda, com base no Relatório Warnock⁶³, Eduardo de Oliveira Leite refere:

Mesmo reconhecendo o direito de homens e mulheres solteiros recorrerem à procriação artificial, com base no princípio da igualdade dos sexos, o Relatório acaba concluindo que “é preferível para as crianças, nascerem em uma família composta de dois pais, o pai e a mãe, mesmo admitindo ser impossível prever com certeza a duração desta relação”. A posição dos estudiosos franceses manifesta-se no mesmo sentido e vai de encontro a uma posição, hoje, assumida quase integralmente pelos países que se tem debruçado sobre o problema: “A criança tem, efetivamente, o direito absoluto a ter um pai e uma mãe”. (1995, p. 140).

63 Após o nascimento da primeira criança concebida in vitro, os países industrializados reagiram institucionalmente, cada um a seu modo, a Grã-Bretanha, através da constituição da Comissão Warnock, coordenada por Mary Warnok, que elaborou o relatório “Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embriology”, entregue ao governo em 1984. (LEITE, 1995).

O Código Civil, ao tratar da filiação heteróloga, art. 1.597, inc. V, não cogitou sobre a possibilidade de a mulher solteira querer, fazendo o uso das técnicas de reprodução assistida, formar uma família monoparental, pois tal artigo trata da presunção de filiação na constância do casamento. Como não há casamento, tampouco uma união estável, a situação não está regulamentada; há, portanto, uma lacuna no direito, o que, de certa forma, pode gerar uma insegurança jurídica diante das diversas formas de interpretação que poderão surgir.

Deveras, a Constituição Federal, no seu capítulo VII, conferiu proteção especial à família, além de reconhecer a monoparentalidade como uma entidade familiar. Referiu ainda que o planejamento familiar é livre decisão do casal, sendo dever do Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. A lei nº. 9.263/96 define que o objetivo do planejamento familiar é garantir direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Note-se que o texto constitucional refere que “o planejamento familiar é livre decisão do casal” (par. 7º do art. 226); por sua vez, o texto da citada lei que regula o planejamento familiar fala em garantia de “direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. Tendo em vista que a lei nº. 9.263/96 veio regulamentar o par. 7º do art. 226 da Constituição Federal, entende-se ser direito tanto do homem quanto da mulher, em conjunto ou separada, planejar a constituição de sua família. Ao abordar o assunto Maria Berenice Dias esclarece:

[...] o planejamento familiar é livre (CF 226 §7º), não podendo nem o Estado nem a sociedade estabelecer limites ou condições. O acesso aos modernos métodos de concepção assistida é igualmente garantido em sede constitucional, pois planejamento familiar também significa buscar a realização do projeto de parentalidade. As questões da inseminação artificial e da engenharia genética encontram embasamento nesse preceito. Todas as pessoas têm direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva. (2007, p. 322).

Assim, o tratamento constitucional garante liberdade para que as pessoas possam planejar como vão formar suas famílias, o que, segundo a autora, não comporta limitações.

Entretanto, deve-se considerar que o fim primordial do desenvolvimento das técnicas é contornar a infertilidade do casal, ou de um deles, e tornar possível a efetivação do direito de procriar, ou seja, “a procriação artificial surge como meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de ter filhos em benefício de um casal estéril”. (LEITE, 1995, p. 26).

Sendo considerado esse aspecto, de que as técnicas de reprodução assistida foram desenvolvidas para auxiliar no planejamento familiar nos casos de infertilidade, o uso por mulheres férteis, e sozinhas, estaria excluído. Por conseguinte, não poderiam se utilizar delas, sob pena de incorrerem em algum tipo de discriminação e até mesmo violação do princípio da dignidade humana.

Por sua vez, a família monoparental foi expressamente definida pelo texto constitucional, reconhecendo sua existência e importância, por isso merecedora de destaque, pois na maioria das vezes, sem qualquer participação e apoio do genitor, as mães criam sozinhas seus filhos.

A possibilidade de formação da família monoparental por meio da utilização das técnicas de reprodução assistida mostra-se possível, pois, no douto entendimento de Maria Berenice Dias, a própria lei, art. 1.597 do Código Civil, “autoriza a formação da monoparentalidade ao permitir a utilização do esperma do marido pré-morto na fecundação *post mortem*”. (2007, p. 197). Cabe mencionar a opinião contrária de Guilherme Calmon Nogueira da Gama sobre a fecundação *post mortem*:

Na eventualidade de o nascimento ocorrer além do prazo de 300 dias da morte do marido, também deverá ser presumida a paternidade, mas tal não significa que a prática da inseminação ou fertilização *in vitro post mortem* seja autorizada ou estimulada no direito brasileiro, especialmente em razão dos efeitos deletérios que se poderão produzir relativamente à criança, inclusive sob o aspecto patrimonial.

[...]

Daí a prática da reprodução assistida *post mortem* não pode ser considerada legítima e lícita no âmbito do direito brasileiro, especialmente diante da violação ao disposto no art. 227, §6º, da Constituição Federal de 1988. (2004, p. 278).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº. 8.069/90, por sua vez, autoriza que uma pessoa sozinha adote, bastando ser maior de idade, independentemente do estado civil e da orientação sexual do adotante, o que também evidencia a possibilidade da formação da família monoparental através do instituto da adoção.

Sobre a possibilidade de aplicação das regras da adoção à procriação assistida heteróloga, cabe mencionar o ensinamento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

[...] algumas das regras sobre a adoção – inclusive algumas previstas no art. 41, §2º, do ECA no período anterior à vigência do novo Código Civil – devem ser estendidas à procriação assistida heteróloga com base nos critérios e parâmetros da atividade de interpretação das normas jurídicas, outras devem ser integradas via processo analógico, e uma terceira parcela de regras deve restringir-se à adoção, não sendo, portanto, aplicáveis à procriação medicamente assistida. (2004, p.285).

Entretanto, como nesse processo de formação familiar há o envolvimento de um ser humano que não nasceu ainda, o nascituro, e, como já visto, este deve ter seus direitos tutelados desde a concepção, o princípio da dignidade e o melhor interesse da criança devem ser sopesados em contrapartida aos interesses de seus pais. Lembra-se, portanto, que o interesse da criança é preponderante. E, como bem observa Eduardo de Oliveira Leite, “quaisquer que forem as posições assumidas, é necessário que as soluções e as respostas apresentadas sejam direcionadas de maneira a salvaguardar o interesse da futura criança.” (1995, p. 137).

O autor, visando aos interesses da criança, reforça sua posição contrária à criação e formação de uma criança sem a presença de ambos os pais:

O interesse da criança, que não pode, nem deve ser subestimado, impõe seu nascimento num lar, onde existe uma relação heterossexual estável e afetuosa; em consequência a concepção deliberada de uma criança por uma mulher ou homem que não participa de tal relação é moralmente e psicologicamente condenável. (LEITE, 1995, p. 140).

Outrossim, a mulher que toma a decisão de formar uma família monoparental por meio da inseminação heteróloga, excluindo o pai dessa relação, não prevê, por completo, todas as consequências daí advindas até o momento em que a criança comece a compreender o mundo a sua volta e comparar a sua família com a de outras crianças. Nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite frisa:

As mães sabem, perfeitamente, que o meio social vai lhes reprovar a conduta de cunho egoístico (não há como negar) e sabem, igualmente, que a criança sofrerá no momento de se inserir no seu primeiro ambiente social, que é o jardim de infância ou a escola. Ali questionada pela curiosidade alheia, a criança se conscientizará que vive uma situação familiar diferente e, certamente, se interrogará. (1997, p. 85).

Portanto, no início das primeiras relações sociais da criança, na fase escolar, a criança começará a perceber que seu seio familiar é diferente dos demais e passará a questionar a mãe. Ademais, ressaltando a necessidade da triangularização pai-mãe-filho, Eduardo de Oliveira Leite refere sobre a importância da presença do pai, pois este atua como referencial na formação psicossocial da criança. Assim, o autor conclui:

Logo, o pai ocupa sempre um lugar de destaque para a criança. “É necessário que existam estes três personagens para que a criança – menino ou menina – se sinta em equilíbrio dinâmico;” “a ausência desta estrutura complica a vida do casal adulto”. (1997, p. 103).

Outrossim, os pais, não somente a mãe, conferem segurança frente à sociedade e afirmam a identidade da criança em relação ao seu grupo social. (LEITE, 1997).

Para alguns doutrinadores, a mulher celibatária, ao fazer a inseminação artificial heteróloga, age egoisticamente, pensa somente em si, no seu desejo de ter um filho. Desse modo, estaria ferindo interesses da criança, pelo fato de negar-lhe o direito à paternidade. Primordialmente, a felicidade da criança deve ser considerada antes que qualquer decisão seja tomada. Eduardo de Oliveira Leite define ser

egoísmo porque quanto mais se reflete sobre o assunto da criança desejada, mais se conclui que não é a felicidade da criança que é considerada, mas, antes, um estado de espírito típico da sociedade de consumo que resolve tudo, inevitavelmente, nas noções de posse e produtos de qualidade, “em uma palavra e, no próprio interesse, que reduz a criança, mais ou menos, ao nível de bens de consumo e de animais domésticos”. (LEITE, 1997, p. 108).

Convém ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana visa impedir a coisificação do ser humano, que deve ser visto como fim, não como meio. Conforme a argumentação citada, o filho estaria assim sendo tratado como um bem de consumo. Essa ideia deve ser repudiada pelo Estado e pela sociedade.

O direito à paternidade é questão de ordem pública, tanto que a lei nº. 8.560/92, que trata da investigação de paternidade, determina que, em caso de registro de criança sem a identificação do pai, o oficial do registro deve informar ao juiz com indicação do suposto pai, para que de imediato se instaure procedimento a fim de elucidar a filiação. Isso demonstra a importância dispensada pelo legislador na tutela dos interesses da criança, visando estabelecer e preservar a origem do infante, além da garantia de direitos e deveres oriundos do estabelecimento dessa relação de parentesco. Maria Christina de Almeida frisa que a referida lei “consagrou o direito ao conhecimento da origem biológica paterna como um direito indisponível e de interesse público, deslocando tal direito do eixo *subjetivo privado* para o eixo *fundamental público*.” (2004, p. 424).

De fato, a reprodução heteróloga por mulher solteira impede que a criança tenha um pai, o que, de acordo com alguns doutrinadores, poderia lhe causar danos psicológicos e, inclusive, ferir o direito natural da criança de ter um pai, de estabelecer uma relação de afeto, além de impedir o estabelecimento do vínculo jurídico, do qual decorrem diversos direitos e deveres familiares. Nesse sentido observa Eduardo de Oliveira Leite:

Os interesses divergentes são muito grandes. Se de um lado tem-se uma mulher que quer ter um filho, mesmo que sozinha, e encontra amparo no ordenamento jurídico para a efetivação de seu direito; do outro, o filho, quer ter um pai, e este é um direito indisponível igualmente assegurado no ordenamento jurídico. Neste caso, a mãe deliberadamente escolhe que seu filho não terá direito à existência, mesmo que incerta, da figura paterna, e “aí reside a dificuldade maior que o Direito de Família procura contornar ou minimizar – é o estabelecimento de uma nova forma de relação, de identificação, entre pai, mãe e filho, agora desvinculados” (LEITE, 1997, p. 89).

Para Sílvio de Salvo Venosa, “o ordenamento e a ética médica devem repelir a possibilidade de procriação artificial à mulher não casada ou não ligada à união estável.” (2003, p. 284).

No seu importante trabalho sobre procriações artificiais Eduardo de Oliveira Leite assinala que,

o interesse do menor deve prevalecer sempre sobre o direito da filiação, as procriações medicamente assistidas não constituem um direito, mesmo que limitado ao tratamento da infertilidade e, por isso, o recurso a estes métodos de concepção são reservados exclusivamente aos casais heterossexuais estáveis. ‘Segundo entendimento dos psicólogos e psiquiatras infantis, uma criança precisa tanto da figura do pai como da mãe. Uma criança que tem de crescer com um só deles vê – por isso – reduzidas as possibilidades de crescer em condições favoráveis’. (1995, p. 289).

Com efeito, a prole sempre foi e continua sendo a representação e o resultado do amor entre duas pessoas, os pais. Mas essa premissa, diante da reprodução artificial, está sendo colocada em questão, pois uma pessoa sozinha poderá gerar um filho sem que para isso seja necessário o estabelecimento de um vínculo de afeto com outra pessoa.

Deveras, a realidade do contexto social demonstra que as mulheres, tornando-se independentes devido a sua inserção no mercado de trabalho, acabaram por dissociar a maternidade da necessidade de estabelecimento de um vínculo com um homem, fato conhecido como “produção independente”, ou seja, passaram a planejar sua gravidez. Assim, definindo o momento adequado, escolhem um homem somente para procriar e, independentemente da vontade, do consentimento e da ciência do mesmo, engravidam, criam, educam, dão afeto, amor e carinho ao filho. Mais ou menos assim formam sua família monoparental.

Nesse contexto, a ciência, por meio das técnicas de reprodução assistida, em específico a heteróloga, tornou mais simplificado e seguro o processo da formação da família monoparental. Ademais, a possibilidade de formação de novos tipos de famílias, que não aquele tradicional, constituído pelo pai, mãe e filhos, faz parte do processo evolutivo da família e da sociedade pós-moderna.

Giovani Corralo, ao tratar da pós-modernidade e das mudanças, ensina que “deve-se aceitar a mudança, a transformação, a contradição como elementos imanentes e inseparáveis da realidade circundante”. (2010, p. 44). E prossegue referindo que “a pós-modernidade remete a uma constante flexibilização dos padrões morais e éticos construídos pelos povos e ao respeito às diferenças imanentes.” (p. 53). Enfim, de acordo com Giovani Corralo, a pós-modernidade, estágio atual do desenvolvimento humano, busca retomar parte da liberdade almejada (perdida na fase moderna), a qual se afirma na busca pelo prazer e na aceitação das diferenças. Com efeito, o que se revela hoje é uma maternidade desejada e planejada, o que coloca a criança numa posição favorável, pois rodeada de cuidados, de maiores atenções e carinhos, há uma dedicação especial ao filho esperado.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama posiciona-se contrário à reprodução heteróloga como modelo, mas entende ser possível em casos excepcionais,

mediante autorização judicial. Assim, independentemente do seu posicionamento, o autor constata:

Não há qualquer inconstitucionalidade em se estabelecer a possibilidade de mulher sozinha ter acesso à procriação assistida, podendo o centro de saúde ou o profissional se recusar a aplicar a técnica sob o argumento de que não há o atendimento aos princípios da paternidade responsável, da dignidade da (futura) pessoa humana e do melhor interesse da criança. (2004, p. 291).

Ao abordar o tema da liberdade do planejamento familiar, Paulo Luiz Neto Lôbo ensina:

No Brasil, os pais são livres para planejar sua filiação, quando, como e na quantidade que desejarem, não podendo o Estado ou a sociedade estabelecer limites ou condições. Os filhos podem provir de origem genética conhecida ou desconhecida (doadores anônimos de gametas masculinos ou femininos – art. 1.597 do Código Civil), de escolha afetiva, do casamento, de união estável, de entidade monoparental ou de outra entidade familiar implicitamente constitucionalizada. A Constituição Federal (art. 226, §7º) estabelece que, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, “o planejamento familiar é livre decisão do casal”, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Não apenas o casal, mas qualquer dos pais, uma vez que a entidade monoparental é constituída por apenas um dos pais e seus filhos. (2010, p. 215).

Inegavelmente, o bem maior do ser humano é a vida. Nascer e ter uma existência saudável, ser esperado e desejado, ser acolhido em uma família que lhe dedique cuidados, respeito, atenção e afeto significa a maior dádiva que um ser humano (nascituro) pode almejar. Para muitos, não ter os pais, um lar, uma família é uma realidade. No Brasil, existem cerca de oito milhões⁶⁴ de crianças abandonadas,

⁶⁴ <http://folha.arcauniversal.com.br/integra.jsp?codcanal=988&cod=122044&edicao=804>

as quais, com certeza vivem um grande pesadelo e terão marcas psicológicas profundas e irreparáveis.

A mulher conquistou seu lugar no mercado de trabalho, profissionalizou-se, quebrou paradigmas e hoje tem independência, não podendo ser discriminada por querer e escolher o momento certo para ser mãe. A maternidade é instinto natural das mulheres. Portanto, sendo possível visualizar que o nascituro venha nascer com saúde, seja acolhido e desejado por uma pessoa que lhe dedique afeto, amor, proteção, inquestionavelmente, os princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana estão sendo atendidos.

Da mesma forma, com o planejamento familiar as pessoas podem pensar, escolher, o melhor momento de ter filhos e a forma como sua família será constituída. Isso representa um avanço social, pois os interesses dos filhos estarão sendo protegidos, desde que a mãe que se disponha na formação da família monoparental tenha, além de dedicação, amor e afeto, condições financeiras e psicológicas para oferecer ao filho.

As condições financeiras e psicológicas devem ser consideradas, pois a monoparentalidade formada por meio da reprodução heteróloga significa uma responsabilidade maior para a pessoa que se dispõe a constituí-la; sozinha, a mãe é a única responsável pela criação do seu filho; os aspectos psicológicos devido à ausência paterna devem ser ponderados, ou seja, um acompanhamento psicológico à criança durante sua fase de desenvolvimento é imprescindível. Nas palavras de Maria Berenice Dias, “o interesse da criança deve ser preponderante, mas isso não implica concluir que não possa vir a integrar família monoparental, desde que o genitor isolado forneça todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto”. (2007, p. 196). Assim, em princípio, o pressuposto da paternidade responsável e o princípio da dignidade da pessoa humana também se mostram atendidos.

A mãe que deseja formar uma família monoparental por meio da reprodução assistida heteróloga não está impedindo que seu filho leve uma vida saudável. Maria Berenice Dias, ao abordar a família monoparental heteróloga, afirma que “está comprovado que o filho não tem seu desenvolvimento prejudicado por ter sido gerado por inseminação artificial”. (2007, p. 196).

Ademais, como se verá mais adiante no estudo dos casos jurisprudenciais, a adoção por casais do mesmo sexo (uniões homoafetivas) está sendo aceita; portanto, hoje é possível que a criança seja criada por dois pais, ou duas mães, o que nos leva a concluir que a falta de um pai não é motivo para impedir que uma mulher planeje a formação da família monoparental por meio da reprodução heteróloga. O que deve ser observado e tutelado no interesse da criança é que esta seja acolhida com carinho, proteção, amor e afeto, o que lhe possibilitará o crescimento saudável.

Ensina Paulo Luiz Neto Lobo que a Constituição protege a família monoparental já constituída e a que se pretende constituir. Com propriedade, conclui que “o princípio do melhor interesse da criança não se revela concretizado e assegurado simplesmente pelo fato de ela nascer numa família biparental, mas pela circunstância de ser amada, desejada e respeitada.” (2010, p. 84).

Enfim, apesar de uma imprescindível e necessária discussão mais profunda sobre o assunto, é possível afirmar que a mulher que planeja a formação de uma família monoparental por meio da reprodução heteróloga está exercendo o seu direito de liberdade na escolha do seu futuro, na busca da realização da felicidade, e não está prejudicando os interesses da criança. Os interesses da criança e sua dignidade como pessoa restam preservados, pois é esperada, desejada e vai ser acolhida com afeto no seio de uma família.

Passa-se a analisar a questão sobre o direito da criança de saber sua origem genética e a preservação do vínculo socioafetivo.

3.2 Direito à identidade genética e à preservação de vínculo socioafetivo

Para se obter uma gestação é necessária a fecundação do óvulo através do esperma. É dessa união de material genético masculino e feminino que surge a vida, dando origem a outro ser humano. Apesar dos avanços e do desenvolvimento das técnicas de reprodução humana, a ciência precisa de óvulos e esperma (e espera-se que não dispense, pois a possibilidade de gerar a vida - um ser humano, sem a

necessidade de material genético natural é assustadora. Daí a importância do biodireito e da bioética) para obter a fecundação.

Ao planejar a constituição da família monoparental com o auxílio das técnicas de reprodução assistida, no caso a reprodução heteróloga, em princípio, a mulher estaria ferindo um direito do filho ao conhecimento da sua origem genética, tendo em vista que o homem que doa o sêmen está, de acordo com as regras da resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 1.957/2010, protegido pelo anonimato.

O ser humano, necessariamente, origina-se da união do material genético masculino e feminino, que naturalmente são os pais desse filho gerado. A criança ao nascer recebe o nome de seus pais e avós, sinal que permite identificar sua origem ancestral. Essa identificação individualiza e orienta a pessoa; é um ponto referencial de sua existência, que a acompanhará durante toda a vida. Para Maria Berenice Dias:

Todos têm o direito de conhecer a origem de seu grupo familiar, seus vínculos de parentesco. A busca da ancestralidade é um direito de personalidade, direito esse que dispõe de proteção constitucional (CF 5º e 226). Conhecer a sua origem permite saber quem são os pais e os demais parentes. São vínculos que se estendem ao infinito no parentesco em linha reta (CC 1.591 e 1.594), ainda que, na linha colateral, seja limitado ao quarto grau (CC 1.592). (2007, p. 419).

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa:

Todo ser humano tem pai e mãe. Mesmo a inseminação artificial ou as modalidades de fertilização assistida não dispensam o progenitor, o doador, ainda que essa forma de paternidade não seja imediata. Desse modo o direito não pode se afastar da verdade científica. (2003, p. 265).

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece no art. 27⁶⁵ como sendo direito personalíssimo, indisponível e imprescritível o reconhecimento do estado de filiação; por sua vez, o art. 48⁶⁶ declara o que o adotado, após atingir a maioridade, tem o direito de conhecer sua origem biológica, e o seu parágrafo único atenta para necessidade de orientação e assistência jurídica e psicológica quando for possibilitado o conhecimento à menores. O art. 48 foi inserido pela lei nº. 12.010/2009, demonstrando avanço legislativo em atenção aos interesses da criança e adolescentes. A norma garante o exercício do direito da personalidade do adotado, mas não refere sobre a possibilidade de reflexo na relação de parentesco.

Depreende-se do texto do referido art. 48 que trata da revelação da origem genética para o caso de adoção, e o assunto tratado aqui é reprodução assistida heteróloga. Nesse sentido, tendo em vista a falta de regulamentação para o tema, foi referido anteriormente o ensinamento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama sobre a possibilidade de aplicação, por analogia, das regras da adoção para os casos de procriação assistida heteróloga.

Com efeito, o direito à identidade genética tem por características ser personalíssimo, indisponível e imprescritível; significa o direito que todas as pessoas têm de saber sua origem. No caso em questão é a paternal, pois, devido ao processo de reprodução assistida heteróloga, a origem paterna é desconhecida até mesmo pela mãe, o que não significa que o direito da criança será preterido. Sobre o direito à identidade genética Maria Berenice Dias refere ser “um direito de personalidade, assim como o nome e os demais elementos de identificação, devendo a informação sobre a origem genética ser tutelada.” (2007, p. 321). A doutrinadora enfatiza:

⁶⁵ BRASIL. Lei Federal nº. 8.069, de 13.07.1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

⁶⁶ BRASIL. Lei Federal nº. 8.069, de 13.07.1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

Ainda que alguém esteja registrado como filho de outrem, tal não pode obstaculizar o uso da ação investigatória. O registro pode ter decorrido de **adoção à brasileira** ou ser falso, não importa. Pode até ser fruto de reprodução assistida heteróloga. Nada pode impedir a busca da **verdade biológica**. É descabido obstaculizar o exercício da ação pelo fato de o investigante ter um pai registral ou ter sido **adotado**. Em nenhuma dessas hipóteses, pode ser negado acesso à justiça. (2007, p. 349).

Cumpra referir que não se pode confundir estado de filiação, mencionado no art. 27, com direito de conhecimento de origem genética, referido no art. 48, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ensina Paulo Luiz Netto Lobo:

O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda, de direito da personalidade. As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram. (2004, p. 523).

A filiação não é definida somente pelo estabelecimento da origem genética; filiação é caracterizada pelo laço afetivo estabelecido entre pais e filhos, pouco importando o vínculo biológico. Nesse sentido, Maria Berenice Dias assinala que “a filiação começou a ser identificada pela presença do **vínculo afetivo** paterno-filial” e conclui, “no estágio atual da sociedade, não mais interessa a origem da filiação.” (2007, p. 320).

Maria Berenice Dias também enfatiza a diferenciação entre o estado de filiação e o direito à origem genética:

Essas realidades não se confundem nem conflitam. O direito de conhecer a origem genética, a própria ascendência, é um direito fundamental, um **direito de personalidade**. Trata-se direito individual personalíssimo, e não significa necessariamente direito à filiação. Seu exercício não significa inserção em relação de família. (2007, p. 326).

Paulo Luiz Netto Lobo, ao abordar o assunto, faz uma distinção bem clara:

Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não). O avanço da biotecnologia permite, por exemplo, a inseminação heteróloga, autorizada pelo marido (art. 1.597, V, do Código Civil), o que reforça a tese de não depender a filiação da relação genética do filho e do pai. Nesse caso, o filho pode vindicar os dados genéticos de doador anônimo de sêmen que constem dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Conseqüentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade, para tal fim. (2004, p. 525).

Tanto a Constituição Federal como o Código Civil não oferecem fundamento para a primazia da filiação biológica. A Constituição estabelece a igualdade dos filhos independentemente de sua origem, pois proíbe expressamente qualquer forma de discriminação, disposição reproduzida pelo Código Civil; e mais, a criança tem, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar, independentemente da origem genética. Por sua vez, o Código Civil define que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” (art. 1.593), dispositivo este que consagra a relação socioafetiva; ainda, o art. 1.597, V, destinado à inseminação heteróloga, atribui a paternidade ao marido, desde que haja prévia autorização deste, o que demonstra a primazia da relação socioafetiva sobre a biológica. (LOBO, 2004).

Diante das mudanças ocorridas no direito das famílias, ao valor jurídico dado às relações afetivas, a presunção *pater is est* reconfigura-se no estado de filiação, pois presume-se pai o marido da mãe que age e se apresenta como pai, independentemente de ter sido ou não o procriador. (LOBO, 2004).

Deveras, o direito ao conhecimento da origem genética não está associado, imprescindivelmente, à presunção de filiação e paternidade. Esse direito tem relação com a personalidade da pessoa humana, na espécie de direito à vida, pois as ciências biológicas têm destacado a importância de se adotarem medidas preventivas de saúde com base no histórico médico nas doenças de que foram

acometidos os parentes próximos, além de fazer parte da identidade pessoal, que não se resume ao nome. (LÔBO, 2010).

O direito da pessoa ao conhecimento de sua identificação genética vai de encontro ao direito ao anonimato do doador do material genético. Para Eduardo de Oliveira Leite o anonimato

[...] é a garantia da autonomia e do desenvolvimento normal da família assim fundada e também a proteção leal do desinteresse daquele que contribui na sua formação. Na hierarquia dos valores estas considerações sobrepujam o pretendido “direito” de conhecimento de sua origem. (1995, p. 339).

A revelação da origem genética não acrescenta nada à filiação, não tem poder de produzir efeitos jurídicos, estabelecendo qualquer relação de parentesco. (LEITE, 1995). O autor adota posição contrária à quebra do anonimato e defende o afastamento da

[...] idéia de que o conhecimento da identidade genética tem a ver com a dignidade humana. Pode haver maior respeito à dignidade humana no não conhecimento da origem da genética de alguém, do que neste conhecimento. Se uma criança está perfeitamente inserida em um determinado contexto familiar, o que lhe acrescentaria o conhecimento de sua origem? Certamente nada. Realmente nada. (1995, p. 340).

Portanto, segundo o autor, o conhecimento da identidade genética não tem qualquer ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Com o devido respeito, ousa-se discordar do nobre doutrinador. O direito ao conhecimento da origem genética está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa, assunto já abordado, mas cabe referir que a dignidade da pessoa humana é o princípio basilar da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito; é do princípio da dignidade que decorrem os direitos fundamentais, dentre os quais está o da

personalidade, que possibilita ao ser humano o conhecimento das informações referentes à sua origem, proporcionando o autoconhecimento, não só com intuito preventivo contra doenças genéticas, mas também como pessoa humana em saber as suas origens, sua história familiar. Do direito ao conhecimento genético, por decorrer do princípio da dignidade dele, não podem ser destacadas duas características, a irrenunciabilidade e a inalienabilidade. Paulo Luiz Netto Lobo refere que “esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em uma relação de família para ser tutelado ou protegido.” (2004, p. 525).

Assim, a tutela ao direito de identidade possibilita que a pessoa, se desejar, tenha acesso aos dados do doador anônimo do material genético que lhe deu origem. Essa possibilidade de conhecimento à origem afigura-se como sendo um direito potestativo da pessoa gerada a partir da reprodução heteróloga. Ademais, a efetividade desse direito personalíssimo torna possível que a pessoa humana, conforme os ensinamentos de Günter Dürig, formate sua existência e o meio que a circunda de acordo com a liberdade da tomada de decisões, concretizando-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

Feitas essas considerações acerca do anonimato do doador, retorna-se à análise do assunto referente à identificação genética e à preservação do vínculo socioafetivo.

O direito à identificação genética é direito fundamental, na espécie direito da personalidade; por isso, qualquer pessoa que desconheça sua origem, querendo, tem a possibilidade de vindicar sua origem biológica, para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservar sua saúde e sua vida. (LOBO, 2004).

Apesar de a possibilidade de identificação genética atingir 99,99% de certeza, as relações paterno-filiais não dependem somente dos laços biológicos, mas sim do laço afetivo, das relações diárias, do convívio familiar, da reciprocidade de sentimentos. Com a utilização de material genético doado por pessoa anônima, as técnicas de reprodução criaram uma possibilidade maior de afastar a verdade biológica da verdade socioafetiva. Diante disso, Paulo Luiz Netto Lobo observa:

O biodireito depara com as conseqüências da dação anônima de sêmen humano ou de material genético feminino. Nenhuma legislação até agora editada, nenhuma conclusão da bioética apontam para atribuir a paternidade aos que fazem dação anônima de sêmen aos chamados bancos de sêmen de instituições especializadas ou hospitalares. Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo. (2004, p. 525).

Ainda, ensina Paulo Luiz Netto Lobo que “o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica.” (2004, p. 525). Normalmente, a filiação corresponde à verdade biológica, mas outros fatos podem levar ao reconhecimento da filiação dissociada da verdade biológica, a saber: a adoção, a posse do estado de filiação e a inseminação artificial heteróloga.

Entretanto, mostra-se de suma importância ressaltar a observação feita por Paulo Luiz Netto Lobo:

A origem biológica presume o estado de filiação, ainda não constituído, independentemente de comprovação de convivência familiar. Nesse sentido, a investigação da origem biológica exerce papel fundamental para a atribuição da paternidade ou maternidade e, *a fortiori*, do estado de filiação, quando ainda não constituído. Todavia, na hipótese de estado de filiação não biológica já constituído na convivência familiar duradoura, comprovado no caso concreto, a origem biológica não prevalecerá. Em outras palavras, a origem biológica não poderá se contrapor ao estado de filiação já constituído por outras causas e consolidado na convivência familiar (Constituição, art. 227).

[...]

Por fim, o direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano. A origem genética apenas poderá interferir nas relações de família como meio de prova para reconhecer judicialmente a paternidade ou maternidade, ou para contestá-la, se não houver estado de filiação constituído, nunca para negá-lo. (2004, p. 528). (grifei)

Depreende-se da afirmação acima que o reconhecimento da origem genética poderá interferir nas relações de família servindo como meio de prova; por isso, é hábil o bastante para resultar numa declaração judicial de reconhecimento da paternidade ou maternidade, desde que não haja estado de filiação constituído. Com

efeito, a afirmação leva a concluir que o doador anônimo de sêmen poderá se ver compelido aos deveres oriundos da filiação, desde que o filho não tenha firmado vínculo socioafetivo com outra pessoa.

Outrossim, o entendimento de Paulo Luiz Netto Lobo é reforçado pelas afirmações de Maria Berenice Dias, quando trata da ação do filho no exercício do direito de reconhecimento da filiação:

Durante a instrução, além da prova dos fatos constitutivos alegados pelo autor, ou seja, de que o réu é seu pai, também será apurada a inexistência de circunstância impeditiva dos efeitos modificativos da sentença, isto é, que não entretém o autor um vínculo de **filiação socioafetiva**. Comprovado que o autor goza da condição de filho afetivo frente ao pai registral, vínculo que goza de relevância maior, limita-se a sentença a declarar a ascendência genética. Ainda que identificada a filiação natural, é proclamada a filiação socioafetiva, que não repercute no estado de filiação nem produz efeitos registrais. Aliás, essa solução encontra respaldo em decisão do STJ, que admite a ação investigatória do filho adotivo sem alteração da adoção. Para que sejam alcançados todos os efeitos da declaração da paternidade biológica é mister que reste comprovada a **inexistência da filiação socioafetiva**. Como esta sempre prevalece sobre qualquer outro vínculo paterno-filial, não há como sobrepor o elo biológico ao elo afetivo. Somente se o pai adotivo ou o pai registral não exerce as funções de pai pode o filho buscar o reconhecimento do vínculo de filiação com todas as possíveis conseqüências que daí advenham. A sentença de procedência determina, então, a alteração do registro de nascimento, a ensejar seqüelas de ordem patrimonial ou sucessória. (2007, p. 350) (grifei)

A falta de previsão legal, ou melhor, de um tratamento jurídico adequado ao assunto, ocasiona incertezas, inseguranças jurídicas, o que, diante da natural diversidade de interpretação e opinião no enfrentamento do caso concreto e suas peculiaridades, pode apresentar resultados diversos. De fato, biologicamente, o doador anônimo é o genitor, o que não pode ser negado, por ser um vínculo indissociável entre esses dois seres humanos, na medida em que um é fruto do outro.

Segundo a qualificada doutrina citada, caso a criança não venha a estabelecer um vínculo afetivo paternal, estará legitimada, além do direito personalíssimo do conhecimento à origem genética, a pleitear seus direitos de

filiação, sucessórios e alimentares. É o que se depreende da doutrina de Maria Berenice Dias:

Não mantendo o autor nenhum vínculo de filiação, isto é, não desfrutando com relação a ninguém da posse do estado de filho, então a demanda acarretará o reconhecimento da filiação para todos os efeitos. Desse modo, além da alteração do nome, fará jus a direitos outros, tanto no âmbito do direito das famílias, como no campo sucessório. No entanto, se o autor já tem estabelecido um vínculo de filiação afetiva com outrem, ou seja, tem um pai, ainda que não seja o seu pai biológico, mesmo que esteja legitimado para a demanda investigatória da paternidade, a sentença não produzirá efeitos retificativos do registro de nascimento. Simplesmente atenderá a justiça ao direito de conhecer sua identidade, sem que tal enseje repercussão de qualquer ordem. (2007, p. 420).

Verifica-se que a resolução nº. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina não cogita sobre essa possibilidade da ação com intuito de conhecimento da origem genética e também, como se denota da possível investigação de paternidade, fica o doador com a falsa segurança do anonimato.

Duas situações merecem ser discutidas. A primeira, a criança tem a sua mãe, seus avós maternos, enfim, outros parentes, é criada no seio familiar projetado por sua mãe, na família monoparental, recebendo todo o suporte, econômico, psicológico e, principalmente, o afeto, somente estando ausente a presença paterna. Neste caso entendemos que o planejamento monoparental da mãe está atendendo aos interesses da criança e da paternidade responsável, ressalvada a necessidade de discussão e normatização desse fato jurídico. Portanto, a criança estará legitimada a buscar somente o direito ao conhecimento de sua origem genética, sem que isso acarrete estabelecer efeitos de direito de família, sucessórios e alimentares. Logo, a sentença terá eficácia declaratória, não importando em efeitos jurídicos, como ensina Maria Berenice Dias:

A eficácia constitutiva da sentença está subordinada à inexistência de um vínculo de filiação afetiva. Somente na hipótese de o autor não desfrutar da condição de filho com relação a alguém é que o vínculo biológico terá todos os efeitos. No entanto, mantendo ele filiação socioafetiva com o pai registral, ainda que possa intentar a ação, terá esta somente eficácia declaratória. A justificativa é singela: como o autor já tem um pai — vínculo de origem afetiva—, não pode obter o reconhecimento judicial de que tem outro pai, o pai biológico, pois ficaria com duplo vínculo de filiação, podendo, por exemplo, perceber direitos sucessórios de ambos os genitores, o que é reconhecido como inaceitável. (2007, p. 421).

Entretanto, há o caso de a criança fruto da reprodução assistida heteróloga, no projeto parental de uma mãe solteira, vir, após nascer, por um infortúnio do destino, ver-se desamparada em virtude do falecimento da mãe, não existindo parentes maternos, pois a mãe era sozinha. Neste caso um tanto peculiar, mas possível, estará legitimada, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, a investigar a paternidade do seu genitor, o doador anônimo do sêmen, pois a criança está sozinha, não estabeleceu qualquer relação de posse de estado de filho. É válido aqui o procedimento da lei nº. 8.560/92 de Investigação de Paternidade, devendo o poder público tutelar os interesses da criança. A sentença neste caso terá eficácia constitutiva e reconhecerá a paternidade, produzindo todos os efeitos jurídicos.

Demonstrada a extrema delicadeza do tema, justifica-se a necessidade de uma discussão e consequente regulamentação, pois não há legislação específica sobre o assunto; o anonimato do doado não se revela absoluto. Enfim, mostra-se plenamente possível ao filho originário de uma reprodução assistida heteróloga pleitear o conhecimento da sua origem genética paterna, quer seja por simples interesse na busca pelas origens genealógicas, ou ancestrais, quer seja por necessidades médicas, sem que isso ocasione o reconhecimento de efeitos patrimoniais ou sucessórios entre o doador anônimo seu o filho biológico. O direito à origem genética é um direito personalíssimo e indissociável da pessoa humana.

Ademais, projetos de leis sobre a reprodução assistida já foram apresentados na Câmara e no Senado. Casos semelhantes ao tema foram julgados pelos tribunais, sendo esses os assuntos que se passa a examinar.

3.3. Projetos de leis no Brasil e casos jurisprudenciais

Sem dúvida, mostra-se imperioso o debate e esclarecimento de questões complexas resultantes das técnicas de reprodução humana assistida. Alguns projetos de lei foram apresentados no Congresso Nacional desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Na Câmara dos Deputados, um dos primeiros projetos foi apresentado pelo deputado Mauricy Mariano, projeto de lei nº. 809/91, com a proposta de proibição da prática denominada no texto “barriga de aluguel”, bem como as técnicas envolvendo fertilização heteróloga (ou com doador). (GAMA, 2004). Segundo informações junto ao *site* da Câmara, esse projeto foi arquivado em 02.02.1995.

O deputado Luiz Moreira, em 1993, apresentou o projeto de lei nº. 3.638/93, contendo 15 artigos. Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “tal projeto, na realidade, era a formatação da resolução nº. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, nos moldes de uma lei, reproduzindo, com a mesma redação as seções e subseções da referida resolução”. (2004, p. 290). Como já referido, tal resolução foi recentemente substituída pela resolução nº. 1.975/2010. Segundo informações junto ao *site* da Câmara, esse projeto foi aprovado e remetido ao Senado em 05.06.2002. O projeto foi distribuído no Senado como projeto de Lei da Câmara, nº. 54 de 2002. Em consulta à tramitação consta a informação de que em 22.01.2007 a matéria do projeto de lei foi arquivada ao final da 52ª Legislatura, nos termos do art. 332 do Regimento Interno e do ato nº. 97, de 2002, do presidente do Senado Federal.

Outro projeto dispendo sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida foi apresentado na Câmara dos Deputados pelo deputado Confúcio Moura, que tomou o nº. 2.855, de 1997. Outrossim, esse projeto de lei, juntamente com os projetos de nºs. 4.664 e 4.665, de 2001; 120, 6.296. de 2002; 1.135 e 2.061, de 2003, 4.686, de 2004, 4.889 e 5.624, de 2005 e 3.067, de 2008 e 7.701/2010, foi apensado ao projeto de lei nº. 1.184/2003, de autoria do Senado Federal.

Em acompanhamento à movimentação do projeto de lei nº. 1.184/2003, verifica-se que em 05.03.2009, como relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, o deputado Colbert Martins votou pela constitucionalidade, técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição deste projeto de lei; pela constitucionalidade

parcial, juridicidade, má técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição da emenda ao projeto de lei nº. 2.855/1997 da Comissão de Seguridade Social e Família, do projeto de lei nº. 4.665/2001, do projeto de lei nº. 1.135/2003, do projeto de lei nº. 4.686/2004, do projeto de lei nº. 2.855/1997, do projeto de lei nº. 4.664/2001, do projeto de lei nº. 6.296/2002, do projeto de lei nº. 2.061/2003, do projeto de lei nº. 4.889/2005 e do projeto de lei nº. 3.067/2008, apensados; pela injuridicidade e, no mérito, pela rejeição do projeto de lei nº. 120/2003, apensado; e pela inconstitucionalidade, injuridicidade, má técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição do projeto de lei nº. 5.624/2005, apensado. O projeto de lei nº. 7.701/2010 foi apensado em 06.08.2010, tendo sido encaminhado ao relator em 11.08.2010, sendo o último movimento em 19.01.2011, com a informação de que o projeto de lei nº. 1.184/2003 foi devolvido sem manifestação. Cabe destacar que no voto proferido o relator entendeu que, do ponto de vista constitucional, a matéria objeto das proposições encontra-se salvaguardada, principalmente pelo art. 226, par. 7º.

Ainda no âmbito do Senado Federal, existe o projeto de lei nº. 90, de 1999, apresentado pelo senador Lúcio Alcântara. Com emendas substitutivas, em abril de 2000 a Comissão de Constituição e Justiça, cujo relator foi o senador Roberto Requião, aprovou o texto substitutivo e remeteu-o à Comissão de Assuntos Sociais. Em 20.03.2003, o texto substitutivo foi aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais, tendo como relator o senador Tião Viana. No mesmo ano o projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados para revisão. Em 2005 foi remetido ofício à Câmara dos Deputados, solicitando informação sobre a tramitação da matéria naquela casa. Consta a informação de que em fevereiro de 2007 o processo foi arquivado.

Passa-se a analisar sucintamente o texto do projeto de lei do Senado nº. 90, de 2001 (substitutivo), que foi aprovado, detendo-se nos pontos que se referem ao assunto ora discutido.

O art. 1º define que o objetivo da lei é regulamentar o uso das técnicas de reprodução assistida para a implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados *in vitro*, no organismo de mulheres receptoras. Em seu inciso II, possibilita emprego da reprodução assistida em mulheres ou casais, portanto, permite o uso por mulher solteira. As pessoas que pretendem fazer uso das técnicas serão esclarecidas, devendo emitir consentimento expresso em documento.

O art. 2º permite a utilização das técnicas de reprodução assistida nos casos em que se verifique a infertilidade e para a prevenção ou tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, dependendo: a) de indicação médica para o emprego das técnicas; b) que a receptora da técnica seja uma mulher civilmente capaz e tenha solicitado o tratamento de maneira livre, consciente e informada, em documento de consentimento livre e esclarecido; c) aptidão, física e psicologicamente, da receptora da técnica, após avaliação que leve em conta sua idade e outros critérios estabelecidos em regulamento; d) aptidão física e mentalmente, do doador, verificada por meio de exames clínicos e complementares que se façam necessários.

O parágrafo único do art. 2º determina que, não sendo diagnosticada causa definida para a situação de infertilidade, observar-se-á, antes da utilização da reprodução assistida, prazo mínimo de espera, que será estabelecido em regulamento e levará em conta a idade da mulher receptora. Assim, o projeto define que o uso das técnicas é destinado para casos de infertilidade e para prevenção ou tratamento de doenças; não é, em princípio, indicada para mulheres férteis. O art. 3º do projeto proíbe a gestação de substituição.

O art. 4º trata da questão do consentimento, destacando sua obrigatoriedade para ambos os beneficiários, nos casos em que a beneficiária seja uma mulher casada ou em união estável; exige a manifestação expressa dos beneficiários de falta de interesse na adoção de criança ou adolescente; os beneficiários devem ser informados sobre os aspectos técnicos e as implicações médicas; sobre resultados estatísticos e probabilísticos acerca da incidência e prevalência dos efeitos indesejados nas técnicas de reprodução assistida e, principalmente, sobre todas as implicações jurídicas da utilização de reprodução assistida.

Ainda, o consentimento será também exigido do doador e de seu cônjuge ou da pessoa com quem viva em união estável, estabelecendo, inclusive, que as informações mencionadas no caso de doação devem incluir todas as implicações decorrentes do ato de doar, inclusive a possibilidade de a identificação do doador vir a ser conhecida. É de suma importância essa regra, pois assim o doador estará ciente sobre o direito da criança em conhecer sua identidade genética.

A responsabilidade dos serviços de saúde que realizam a reprodução assistida é estabelecida no art. 5º, destacando-se a responsabilidade pelo registro

de todas as informações relativas aos doadores e aos casos em que foi utilizada a reprodução assistida, pelo prazo de cinquenta anos. Entende-se ser esse prazo um tanto exíguo se for considerada a possibilidade de que a pessoa originária da técnica de reprodução assistida tenha filhos, os quais poderão querer, ou necessitar de, informações médicas ou genealógicas dos seus ancestrais.

As doações de gametas são permitidas, sendo vedada a cobrança e remuneração por esse material, a qualquer título, de acordo com o art. 7º. O doador de gameta é obrigado a declarar não haver doado gameta anteriormente e informar sobre as doenças de que tem conhecimento ser portador, inclusive os antecedentes familiares, no que diz respeito a doenças genético-hereditárias e outras.

Quanto ao sigilo, o art. 8º dispõe que os serviços de saúde que praticam a reprodução assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e principalmente pelo sigilo absoluto das informações sobre a pessoa nascida por processo.

Entretanto, há ressalva ao sigilo, estabelecendo o art. 9º que poderá ser quebrado nos casos autorizados nesta lei, obrigando-se o serviço de saúde responsável pelo emprego da reprodução assistida a fornecer as informações solicitadas, mantido o segredo profissional e, quando possível, o anonimato. E ainda, a pessoa nascida por processo de reprodução assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça. Portanto, nota-se que as regras de sigilo visam à proteção absoluta dos interesses da criança.

Interessante é a redação do art. 13, par. 2º, ao definir que os embriões originados *in vitro*, anteriormente à sua implantação no organismo da receptora, não são dotados de personalidade civil.

O art. 14 prevê o descarte obrigatório de gametas quando solicitado pelo depositante; quando houver previsão no documento de consentimento livre e esclarecido e nos casos de falecimento do depositante, salvo se houver

manifestação de sua vontade, expressa em documento de consentimento livre e esclarecido ou em testamento, permitindo a utilização póstuma de seus gametas.

A questão da filiação da criança é trabalhada no art. 16, o qual determina que seja atribuída aos beneficiários a condição de paternidade plena da criança nascida mediante o emprego de técnica de reprodução assistida. E prevê que a morte dos beneficiários não restabelece o poder parental dos pais biológicos. Ainda, a pessoa nascida por meio desse processo e o doador terão acesso aos registros do serviço de saúde a qualquer tempo, para obter informações para transplante de órgãos ou tecidos, garantido o segredo profissional e, sempre que possível, o anonimato.

O art. 17 traz redação de suma importância, pois define que o doador e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de reprodução assistida, salvo os impedimentos matrimoniais elencados na legislação civil. Os artigos 19 e 20 tratam das infrações e penalidades.

Finalmente, dentre as disposições finais, o art. 23 estabelece que o poder público organizará um cadastro nacional permanente de informações sobre a prática da reprodução assistida em todo o território, com a finalidade de organizar estatísticas e tornar disponíveis os dados sobre o quantitativo dos procedimentos realizados, a incidência e prevalência dos efeitos indesejados e demais complicações, os serviços de saúde e os profissionais que a realizam e demais informações consideradas apropriadas, segundo se dispuser em regulamento.

Cumprida ainda, antes de tratar de casos jurisprudenciais, fazer menção ao tratamento dado ao assunto em estudo pelo projeto de lei nº. 2.285/2007 – Estatuto das Famílias. O estatuto regula os direitos e deveres no âmbito das entidades familiares. Define que o direito à família é direito fundamental de todos. Segundo o art. 4º, a sociedade e o Estado têm o dever de respeitar os componentes da entidade familiar em sua integral dignidade. O art. 5º define como princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste estatuto a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade. Ainda, são indisponíveis os direitos das crianças, dos adolescentes e dos incapazes, bem como os direitos referentes ao estado e capacidade das pessoas.

Estabelece o art. 7º que é dever da sociedade e do Estado promover o respeito à diversidade de orientação sexual. Com relação ao parentesco, o art. 10 dita que resulta da consanguinidade, da socioafetividade ou da afinidade.

Ao tratar das entidades familiares, o art. 15 dispõe que é dever da entidade familiar assegurar à criança, ao adolescente e ao idoso que a integrem, 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.

Sobre o planejamento familiar, art. 20, o estatuto define ser livre decisão da entidade familiar, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedada qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

O art. 69 traz uma definição de família parental, definindo que esta se constitui entre pessoas com relação de parentesco entre si e decorre da comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar. Em seu par. 1º menciona que a família monoparental é a entidade formada por um ascendente e seus descendentes, qualquer que seja a natureza da filiação ou do parentesco.

Sobre a filiação o estatuto dispõe que os filhos, independentemente de sua origem, têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações e práticas discriminatórias (art. 70). E ainda, no art. 73, ao tratar da presunção da paternidade, define serem filhos os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que realizada com prévio consentimento livre e informado do marido ou do convivente, manifestado por escrito, e desde que a implantação tenha ocorrido antes do seu falecimento. O art. 74 possibilita que o filho registrado ou reconhecido pode impugnar a paternidade, desde que não caracterizada a posse do estado de filho em relação àquele que o registrou ou o reconheceu.

Por sua vez, o art. 75 estabelece que o filho não registrado ou não reconhecido pode, a qualquer tempo, investigar a paternidade ou a maternidade, biológica ou socioafetiva. E seu parágrafo único refere que a sentença que julgar procedente a investigação produz os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário. O art. 76, em seu par. 2º, dispõe que não cabe a impugnação da paternidade ou

maternidade: em se tratando de inseminação artificial heteróloga, salvo alegação de dolo ou fraude e quando fique caracterizada a posse do estado de filho.

Por fim, o art. 77 prevê ser admissível a qualquer pessoa, cuja filiação seja proveniente de adoção, filiação socioafetiva, posse de estado ou de inseminação artificial heteróloga, o conhecimento de seu vínculo genético sem gerar relação de parentesco. E o seu parágrafo único determina que o ascendente genético pode responder por subsídios necessários à manutenção do descendente, salvo em caso de inseminação artificial heteróloga.

Feitos apontamentos considerados pertinentes acerca dos referidos projetos de lei, passa-se à análise de algumas decisões jurisprudenciais.

De início colacionam-se alguns acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O primeiro julgado trata-se da apelação nº. 70038310876, de Relatoria do Dr. Roberto Carvalho Fraga⁶⁷. Nesse julgado, a apelante buscou o reconhecimento e prevalência da paternidade biológica sobre a socioafetiva, com a retificação do registro de nascimento e consequentes direitos patrimoniais. O relator entendeu ser cabível a demanda mesmo diante da existência de pai registral. A investigante alegou ter sido abandonada pela mãe biológica na maternidade, tendo sido adotada. Sobre esse fato o relator atenta para o fato de ter a apelante sido acolhida pelos seus pais registrais logo após o nascimento, com quem manteve laços familiares e de afeto por toda vida, até virem a falecer. Informa ainda que foi procurada pelo pai biológico para realizar exame de DNA, o qual comprovou a filiação biológica. Relata que, diante do resultado pericial, seu pai biológico convidou-a a integrar-se ao convívio familiar para depois ser efetivada a retificação do registro de nascimento, tendo pactuado entre si que iriam aguardar um pouco mais para realizar tal ato, situação que não ocorreu devido o falecimento do mesmo.

⁶⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº. 70038310876, 2011.

EMENTA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PETIÇÃO DE HERANÇA. EXAME DE DNA. CONTRA O ESPOLIO DO PAI BIOLÓGICO. EXTINÇÃO QUANTO AO PEDIDO DE ANULAÇÃO DO REGISTRO. O direito da parte em conhecer sua verdade biológica não tem, necessariamente, relação direta com o reconhecimento do direito de herança e alteração do nome. Ao contrário. A livre investigação tão só da verdade biológica decorre da atenção que o Estado deve ter em relação aos direitos de personalidade e do amplo conhecimento da identidade da pessoa. Necessidade. Socioafetividade. Ainda que o exame pericial seja importante para o descobrimento da filiação biológica, não se pode perder de vista que o julgador não está adstrito apenas ao exame genético. a ação envolve possível modificação do registro civil, caso em que a prova não pericial se faz necessária também para a investigação de possível paternidade socioafetiva. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70038310876, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 13/04/2011).

O relator observa ainda que a investigante ajuizou a ação somente após o falecimento dos pais registrais, demonstrando o receio de ferir os sentimentos destes; também, que sequer sabia que seu pai biológico estava doente antes de falecer, porquanto não mantinham qualquer contato. O voto do relator foi no sentido de negar o reconhecimento da filiação biológica, pois, mesmo tendo a perícia genética apontado o investigado como sendo pai biológico da apelante, isso não implica a procedência do pleito inicial.

Assinalou o relator que no novo Código Civil, no avanço do direito de família, prevê-se a paternidade socioafetiva como forma de parentesco conforme dispõe o art. 1.593. Ressaltou ainda que a moderna noção de família funda-se no afeto e nas relações socioafetivas, não admitindo a preponderância absoluta da verdade biológica sobre a situação socioafetiva já consolidada. E restando comprovada a relação de afetividade (estado de filho) havida entre o pai registral e apelante, não há como priorizar a filiação biológica em detrimento da filiação socioafetiva.

Cabe destacar do julgado acima a tutela ao direito de busca pela origem biológica, mas, tendo em vista o estabelecimento da filiação socioafetiva, esta tem preferência. Foi bem frisado pelo relator que a noção de família tem por base o afeto, que é o elo que liga as pessoas e merece ser preservado. Ainda, o julgado demonstra que jurisprudência não admite o reconhecimento de filiação biológica nos casos em que o interesse patrimonial se mostre como objeto primordial da demanda.

O segundo julgado trata-se da apelação nº. 70039180237⁶⁸, tendo sido presidida e relatada pelo desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos. Refere-se ao julgamento de uma ação de investigação de paternidade cominada com alimentos contra o pai biológico, posteriormente integrando a lide o pai registral. O menor alegou ser filho de V., embora registrado com o nome de G.; objetivava o

⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº. 70039180237, 2010. Ementa: FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. NULIDADE INOCORRENTE. ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. EXAME DE DNA AFIRMANDO A PATERNIDADE BIOLÓGICA. PAI REGISTRAL QUE NÃO SE OPÕE AO PEDIDO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NÃO IDENTIFICADA. AFERIÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE IRRELEVANTE. DIREITO DO INVESTIGANTE DE BUSCAR O RECONHECIMENTO DE SUA ORIGEM GENÉTICA. RETIFICAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO COMO CONSEQÜÊNCIA LÓGICA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. ALIMENTOS. ANÁLISE DO CHAMADO BINÔMIO ALIMENTAR, POSSIBILIDADES/NECESSIDADES (CC, ART. 1.694, § 1º). VALOR FIXADO COM MODERAÇÃO. COMPENSAÇÃO HONORÁRIA. HIPÓTESE QUE NÃO RECOMENDA A COMPENSAÇÃO, SENDO UMA DAS PARTES BENEFICIÁRIA DA AJG. APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDA, DESPROVIDO O AGRAVO RETIDO E A APELAÇÃO DO RÉU. (Apelação Cível Nº 70039180237, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 16/12/2010).

reconhecimento da paternidade e a conseqüente retificação de seu assento de nascimento, com a exclusão do patronímico do pai de registro, fazendo constar o do genitor biológico, bem como a fixação de alimentos.

A paternidade genética foi reconhecida, porém o réu V., pai biológico, sustentou restar demonstrada uma situação de socioafetividade entre o autor e G., o pai registral, pugnando pela prevalência do registro.

De acordo com o voto do relator, o fato impeditivo – paternidade socioafetiva – não tem como vingar, uma vez definida a paternidade genética, apenas para manter inalterado o registro do autor, como se fosse possível conceber a existência de dois pais - o registral e o biológico. Ponderou o relator que a paternidade não pode ser vista apenas do enfoque biológico, dando expressiva importância à relação genética, devendo também ser sopesada a relação socioafetiva, visando, precipuamente, à proteção do filho. Assim, quando notadamente presente o interesse de menor, em caso de negação de paternidade, hipótese em que o reconhecimento voluntário da filiação, pelo pai ou pela mãe, edificado sobre o chamado estado afetivo, torna-se irretratável, uma vez aperfeiçoado.

Entretanto, a peculiaridade do caso cercada de outros contornos merece uma maior reflexão. O presente caso, de paternidade biológica comprovada (e reconhecida), não trata de arrependimento do pai registral, mas da busca da verdade biológica, direito inegável do autor de perquirir a sua verdadeira identidade. Ademais, o pai de registro parece concordar com a intenção do autor, pois, citado, não contestou a ação.

Reitera o relator que a irrevogabilidade do ato deve ser vista sob o enfoque do registrado. É ele, sobretudo, que deve ser protegido de eventual arrependimento do pai registral, não o contrário. Assim, não sendo identificada a relação socioafetiva alegada pelo réu, merece ser reconhecida judicialmente a paternidade, do que decorre o direito de perceber alimentos.

O presente julgado demonstra atenção ao interesse do menor, efetivado na tutela do direito ao reconhecimento da origem genética e neste caso, como não restou comprovada a inequívoca relação socioafetiva entre o pai registral e a criança, a sentença tem eficácia constitutiva, devendo o pai biológico cumprir com o dever de alimentar.

Mais uma decisão, cujo relator foi José Conrado Kurtz de Souza Júnior. Trata-se de recurso de apelação nº. 70035276369⁶⁹, interposto pela sucessão de C. contra sentença que julgou procedente, em parte, ação de investigação de paternidade, cumulada com alimentos, proposta por M. para declarar que o *de cujus* é o pai do autor.

A controvérsia cinge-se à existência de paternidade socioafetiva entre o apelado e aquele que, em seu registro de nascimento, constava como sendo seu pai. O relator frisou que não restou comprovado tal vínculo a ponto de permitir seja afastada a paternidade biológica do falecido C. Argumenta ainda o relator que, mesmo que a criança tenha sido registrada, nunca existiu um relacionamento de pai e filho, ou seja, jamais houve relação socioafetiva entre o pai registral e o investigante, porquanto tanto um quanto outro sempre tiveram ciência de que o pai do autor era outra pessoa. Por essa razão, a afetividade não chegou a se desenvolver – ao menos não aquela afetividade característica do relacionamento de pai/filho e que enseja o reconhecimento da paternidade socioafetiva.

Desse modo, o apelado nunca teve um “pai”; nem afetivo, nem biológico, diante do que não verificou-se razão jurídica qualquer para, ao menos, não reconhecer a verdade biológica, que, diante da inexistência da verdade do afeto, deve prevalecer.

Verifica-se, mais uma vez, que o fator determinante para solução do litígio é a falta do estado de posse do estado de filho, ou do estabelecimento do vínculo afetivo entre o pai registral e a criança. Caso ficasse comprovada relação de afeto entre o pai registral e a criança, a sentença de reconhecimento da verdade biológica somente teria eficácia declaratória, não ensejando repercussão de qualquer ordem.

⁶⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº. 70035276369, 2010.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COMPROVAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA POR EXAME DE DNA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DO PAI REGISTRAL QUE NÃO FICOU EVIDENCIADA, A PONTO DE AFASTAR A VERDADE BIOLÓGICA. Comprovada a ausência de socioafetividade com o pai registral, que jamais teve contato com o filho, há de reconhecer-se a verdade biológica que, diante da inexistência da verdade do afeto, deve prevalecer. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70035276369, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 01/09/2010).

Cumpra ainda colacionar o julgamento da apelação nº. 70032531808⁷⁰, de relatoria de José Conrado de Souza Júnior. O recurso de apelação possui três alegações cruciais, quais sejam, a impossibilidade jurídica do pedido, porquanto a ação de investigação de paternidade não poderia ter sido ajuizada antes de anulado o registro de nascimento do demandante, conforme art. 1.604 do Código Civil; extinção da ação, com resolução de mérito pela decadência, pois decorridos mais de quatro anos desde a data em que o demandante completou a maioridade até o ajuizamento da ação; e, finalmente, a alegação de que a paternidade socioafetiva, mantida pelo demandante com seu pai registral durante toda a sua vida, se sobrepõe à paternidade biológica.

De início, o relator afastou as duas primeiras alegações. Entendeu ser o pedido juridicamente possível, tendo em vista não haver vedação no ordenamento jurídico que impeça seja formulado. E também, a disposição do art. 1.604 do Código Civil não exclui o pedido deduzido nesta demanda, porquanto o demandante, desde sua petição inicial, informou que, embora tivesse sido registrado pelo pai registral marido de sua mãe desde sua concepção, sabia que seu pai biológico era o demandado. Ressalta que houve a citação também do pai registral, o qual não apresentou qualquer insurgência quanto ao pedido, pois alegou que respeitaria a vontade do demandante.

Quanto à alegação de decadência (artigos 178, par. 9º, inc. VI e 362 do Código Civil de 1916 e art. 1.614 do Código Civil atual), também não se aplica ao caso, pois a jurisprudência da corte, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, já firmou entendimento de que se mostra imprescritível o direito do filho de ajuizar ação de investigação de paternidade e, conseqüentemente, alterar o seu registro de nascimento.

⁷⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº. 70032531808, 2009.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE SOCIOAFETIVIDADE COM O PAI REGISTRAL. PEDIDO QUE SE REVELA POSSÍVEL, POIS NÃO VEDADO NO ORDENAMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE DO DIREITO DE AÇÃO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NESTA CORTE E NO STJ. A prova dos autos é bastante a concluir-se que o autor, ora apelado, assim como seu pai registral, tinham conhecimento de que o pai biológico era o demandado, ora apelante, o que posteriormente se confirmou com a realização do exame de DNA. Entretanto, segundo orientação sedimentada nesta Corte, comprovada a socioafetividade entre o pai registral e o filho não é possível a anulação do registro civil, tampouco a desconstituição de paternidade. APELAÇÃO PROVIDA. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70032531808, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 11/11/2009)

Entretanto, no que concerne à alegação de que a paternidade socioafetiva deverá se sobrepor à paternidade biológica, entendeu o relator que efetivamente, se comprovou no decorrer do feito que a concepção do investigante decorreu de relacionamento extraconjugal de sua genitora mantido com o investigado na constância do casamento dela com o pai registral, que posteriormente veio a se separar da genitora, porém sem nunca perder o contato com investigante.

Para o relator tais circunstâncias ficaram bem esclarecidas no estudo social realizado com as três partes envolvidas. Entretanto, mesmo sabedor do fato de que não era o pai biológico da criança, o pai registral permaneceu convivendo e exercendo a função de pai mesmo após a separação. O pai registral disse ainda que mantinha fortes vínculos afetivos e próximos com o filho, visitando-o e mostrando-se sempre pronto a ajudá-lo. Por outro lado, o pai biológico disse não ter contato com ele e mostrou-se indiferente ao reconhecimento da paternidade, evidenciando não possuir qualquer vínculo afetivo ou mesmo financeiro.

Conclui o relator que, independentemente de qualquer outra prova que nos autos pudesse ser produzida, ficou cabalmente demonstrado que o pai registral é quem mantém vínculo afetivo e paterno com o filho, desde o nascimento até os dias atuais, não podendo, no caso, a paternidade biológica, conhecida pelo demandado desde a tenra infância, se sobrepor ao registro, e, mais importante ainda, ao vínculo de amor, afeto e cuidado que se estabeleceu entre o filho e o pai registral. Tais vinculações não podem simplesmente ser apagadas pela simples realização de exame de DNA.

Assim, diante da paternidade socioafetiva existente, não há como se anular o registro efetivado pelo pai registral em comum acordo de vontades com a genitora do apelado, até porque durante mais de trinta anos exerceu e ainda exerce o papel de pai do demandante, sendo assim considerado tanto pelo filho como por ele próprio.

Essa decisão demonstra a imprescritibilidade do direito da criança em conhecer sua origem genética, mas, ao mesmo tempo, a importância do vínculo de afeto estabelecido, a denominada filiação socioafetiva, que se sobrepõe à verdade biológica.

Por fim, merece ser relacionada a decisão proferida no agravo de instrumento nº. 70018249631⁷¹, de que foi presidenta e relatora a desembargadora Maria Berenice Dias. O litígio é peculiar, pois trata-se ação de reconhecimento e dissolução de união homoafetiva cumulada com reconhecimento de filiação socioafetiva e regulamentação de visitas. O agravo de instrumento foi interposto por B. em face da decisão que, nos autos da ação declaratória movida por I., regulamentou liminarmente a visita da agravada ao filho A.

A relatora consigna que as litigantes mantiveram união homoafetiva por mais de doze anos e no oitavo ano da união resolveram ter um filho. O infante foi concebido por meio de fertilização *in vitro*, concretizada por meio de doação de esperma de um amigo do casal. Embora no registro de nascimento do menino A. conste apenas o nome da mãe biológica, é patente que no seu histórico de vida e na sua formação psicológica encontra-se manifestado o afeto sentido pelos carinhos por I.

Analisando as provas juntadas aos autos, a relatora constata que não há qualquer dúvida sobre a função materna exercida pela agravada desde antes do nascimento de A. A recorrida participou de todos os momentos da vida do infante, desde as consultas da recorrente ao obstetra até as consultas pediátricas, conforme atestados juntados. Constata, ainda, a relatora que a prova é farta a evidenciar o dia a dia da família, passeando com o menino, em momentos de afetividade familiar, em viagens, comemoração de Natal e nos aniversários. Em todos esses momentos lá estava a recorrida dedicando ao filho atenção, cuidado e afeto, participando ativamente na sua formação e desenvolvimento.

Reconhece a relatora que resta evidenciada também a colaboração da recorrida na formação psíquica do menino e, embora não sendo a mãe biológica, é sua mãe afetiva, estado de filiação que vem sendo prestigiado cada vez mais pela Justiça. E enfatiza que o direito de visita é muito mais um direito do filho do que de

⁷¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº. 70018249631, 2007.

Ementa: FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018249631, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007)

qualquer de seus genitores. Assim, nada justifica a resistência da recorrente em afastar o filho de conviver com aquela que ele também considera sua mãe.

Ressalta, ainda, que a Câmara, que foi a pioneira no Brasil a admitir a adoção homoafetiva, não pode deixar de reconhecer que o vínculo de filiação, independentemente do sexo dos genitores, gera todos os deveres, mas também assegura todos os direitos decorrentes do poder familiar. Certamente, o direito/dever de maior significado é o de convivência, que não pode ser excluído pela separação dos genitores.

Assim, sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, é imperioso que seja assegurado o direito de visitação, sendo este um direito do filho. A decisão explicita que as relações entre pessoas do mesmo sexo são tuteladas de forma igualitária, pelo menos devem ser, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da igualdade. Quanto aos direitos da criança, nota-se que o interesse do menor foi devidamente tutelado.

Passa-se agora a tratar de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

O aresto trata de agravo regimental no agravo de instrumento nº. 1.291.955⁷², de relatoria do ministro Massami Uyeda. A matéria analisa a possibilidade que tem a pessoa adotada de ajuizar demanda de ação de investigação de paternidade objetivando ver reconhecida a paternidade biológica e ainda ter pretensão relativa aos alimentos.

O relator destaca que ao filho-adotado assiste o direito de, a qualquer tempo, vindicar judicialmente a nulidade do registro em vista à obtenção do estabelecimento da verdade real, ou seja, da paternidade biológica. Mas o caso contém peculiaridades; por isso, o relator ressalta que o art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente é muito claro ao prescrever o desligamento de qualquer vínculo do adotado com os pais e parentes.

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº. 1.291.955-PR. 2010. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO RESCISÓRIA - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO-OCORRÊNCIA - ADOTADO - AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA - BUSCA PELA VERDADE REAL - POSSIBILIDADE - PEDIDO DE ALIMENTOS - CABIMENTO - RECURSO IMPROVIDO. AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.291.955 - PR (2010/0051903-3). Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Massami Uyeda, julgado em 02/09/2010.

Acontece que, neste caso, há a peculiaridade de não existir vínculo anterior em relação à paternidade para ocorrer o desligamento em face da adoção unilateral. O caso em discussão é de adoção unilateral, ocorrida tão somente na linhagem materna, não havendo que se falar em desconstituição do vínculo com o pai biológico, que, se diga à época da adoção, sequer estava estabelecido de fato ou de direito. Dessa feita, conclui-se que em face da sentença rescindenda, a adoção permanece inalterada, com a manutenção do vínculo daí decorrente sem, no entanto, revogar os laços naturais e biológicos, permitindo que se exija deste o cumprimento dos deveres inerentes a essa condição, nos termos do paradigma invocado.

Observa também, conquanto o referido art. 41 estabeleça que a adoção rompe qualquer vínculo com a família biológica, salvo para fins de impedimento matrimonial, que os laços naturais permanecem inalterados, sobretudo quando não há vínculo anterior com o pai biológico a ser desfeito, como sucede *in casu*. E conclui, diante da inexistência do vínculo pretérito com o genitor, ora recorrente, que se deve prestigiar o disposto no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de se admitir o reconhecimento da filiação biológica, bem como suas consequências jurídicas, inclusive patrimoniais, sempre em benefício da criança ou do adolescente. A decisão explícita que em caso de adoção, se não existiu um vínculo anterior, esse não pode ser desfeito, por isso sendo possível, além do conhecimento da origem genética, o estabelecimento dos direitos e deveres que a filiação impõe.

O Poder Judiciário não pode se negar à prestação judicial e, quando provocado, tem o dever de apresentar sua resposta, que se dá por meio das decisões judiciais. De fato, alguns temas são polêmicos por tratarem de questões para as quais ainda não há previsão legal, pois a realidade sempre antecede ao direito, os atos e fatos tornam-se jurídicos a partir do agir das pessoas de modo reiterado.

Por sua vez, o processo legislativo é moroso, burocrático. Como se constatou, vários projetos de lei que visam regulamentar os fatos jurídicos que exurgem do uso das técnicas de reprodução assistida tramitaram, e ainda tramitam, nas casas legislativas federais. Enquanto isso, as pessoas se relacionam, a sociedade, cada vez mais complexa em suas relações, necessita de atenção especial diante de fatos

novos que se apresentam, sobretudo no que diz respeito às novas tecnologias oferecidas da medicina genética, as biotecnologias.

O mundo evolui constantemente, é uma lei natural. O ser humano interage intensamente no meio em que nasce; transformações fazem parte do desenvolvimento constante dentro dessa lei natural que é a marcha evolutiva. Nesse sentido, ao referir-se ao domínio técnico-científico da reprodução humana, Eduardo de Oliveira Leite constata “querer limitar ou interromper a evolução contínua deste domínio, é impossível. Corresponderia a pretender parar o movimento da terra”. (1995, p. 26).

Enfim, mostra-se necessária uma discussão da bioética do biodireito, interdisciplinar, acerca do tema reprodução humana, dando um tratamento adequado, responsável, buscando avaliar os riscos e as benesses advindas do uso de tais técnicas. Deve ser pautada sempre nos princípios da dignidade da pessoa humana, o que só se verifica onde houver espaço para a manifestação livre, autônoma, igualitária. As questões que tratam de reprodução humana devem ser regradas no respeito pela vida, pela integridade física e moral do ser humano.

CONCLUSÃO

A sociedade e o direito estão intimamente ligados. Como a estrutura da sociedade é a família, é merecedora de atenção e proteção especial por parte do Estado por meio do direito. Com a prática de comportamentos cuja relevância demonstre a necessidade de atenção especial, a ciência jurídica tem o dever de analisar e formular conceitos de fornecer respostas e dar o tratamento jurídico necessário.

Ao estudar a evolução da família, constata-se que nunca permaneceu estagnada, pois houve constante transformação e adaptação ao contexto social, de acordo com o processo evolutivo que é ínsito no ser humano. Durante esse processo evolutivo, obviamente, ocorrem mudanças, quebras de paradigmas, do que resulta a criação de situações para as quais o direito ainda não tem uma solução adequada, como é o caso da formação da família monoparental por meio da técnica de reprodução heteróloga.

De fato, o conceito de família foi sendo lapidado de acordo com o desenvolvimento social, com o aprimoramento das relações entre as pessoas, com a atribuição de valores que a própria sociedade indica, porque fatos merecem ser tutelados pelo direito. Como exemplo, o casamento, em sua origem, não era baseado no afeto entre os nubentes, sendo o homem que detinha o pátrio poder. A ideia de família era procriar e acumular riqueza; por consequência, a mulher e os filhos eram vítimas de discriminação e não tinham direitos.

O direito romano definia como família a união de duas pessoas de sexos diferentes, com vínculo de consaguinidade, matrimônio, coabitação, necessidade de ter prole, um chefe. Entretanto, a família brasileira atual não se funda em um único modelo, que possibilite identificá-la como a antiga família patriarcal, formada somente pelo casamento, com função procriativa e econômica. Desde a promulgação da Constituição de 1988, o elemento primordial que define a família é a presença de um laço afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando um comprometimento mútuo. Portanto, como o afeto é o elemento caracterizador da família, não subsiste somente um modelo familiar, ou seja, a família é pluralista.

Com o estabelecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, o indivíduo passou a ser o centro das atenções e o direito de família, local onde o ser humano nasce, manifesta-se, mereceu atenção especial do constituinte. A família, em razão de sua importância para sociedade, tem *status* constitucional, sendo digna de proteção pelo Estado.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a pluralidade de entidades familiares e determinou a igualdade entre todos que compõem a família. Assim, a relação entre pessoas ligadas por vínculos de afinidade e afetividade é considerada relação familiar, merecendo a tutela do Estado. O modelo tradicional da família nuclear, formado pelos pais e sua prole, mudou. A crescente liberdade dos indivíduos em planejar e formar sua família resultou na pluralização das relações familiares, sendo possível observar com facilidade na sociedade os modelos monoparentais, homoafetivos e pluriparentais, todos merecedores da proteção estatal.

O laço biológico, consanguíneo, que era o fator que determinava a filiação e definia as relações de parentesco, hoje é tido como relativo e, até mesmo, irrelevante diante do vínculo afetivo, da relação de afinidade caracterizadora das relações familiares. Para a sociedade a origem biológica da filiação pouco interessa, tendo-se em vista como fator mais importante nessa relação o vínculo afetivo paterno-filial estabelecido, ou seja, a manifestação de amor, carinho, cuidado, atenção, proteção, responsabilidade.

Nesse sentido, as relações de parentesco podem ser estabelecidas natural e artificialmente (quando da utilização de técnicas de reprodução assistida), quanto aos filhos biológicos, ou por meio legal e jurídico, por conta de uma relação de afeto, referindo-se aos filhos adotados, e também quando se estabelece uma relação socioafetiva, ou seja, quando é reconhecida uma relação de afeto, amor e carinho entre duas pessoas, na qual uma é considerada filha da outra (pai ou mãe). Essa realidade é aceita e tutelada pelo direito, bastando a demonstração da posse do estado de filho para o reconhecimento da relação de filiação.

Outrossim, um grande fator que impulsionou a transformação na formação e constituição dos lares são os avanços da ciência genética. Todas as descobertas da medicina sobre a reprodução humana causaram quebra de paradigmas, forçando o

direito a reformular seus conceitos para dar resposta aos novos fatos que vão surgindo a partir dessas novas descobertas colocadas à disposição de todos.

As técnicas de reprodução assistida revolucionaram as relações humanas, pois dissociaram a reprodução humana da relação sexual, dando, assim, azo ao surgimento da bioética e do biodireito. As discussões sobre a manipulação de material genético humano escapam da esfera jurídica, sendo indispensável que essa discussão seja levada a efeito nas mais diversas áreas do conhecimento como psicologia, sociologia, antropologia, filosofia, biologia, enfim, para uma análise do assunto a interdisciplinaridade é fundamental.

A análise do assunto é realizada na área das ciências sociais e jurídicas, buscando-se saber como o direito brasileiro enfrenta a família monoparental originada da técnica de reprodução heteróloga. No direito pátrio há falta de legislação regulando o uso das técnicas de reprodução assistida. Sobre o assunto a única regulamentação existente foi instituída pelo Conselho Federal de Medicina, que, por meio da resolução CFM nº. 1.957/2010, de fato estabelece normas deontológicas voltadas para a área médica, todavia não é uma lei específica, devidamente discutida e elaborada pelo Poder Legislativo.

Com base no princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, da liberdade do planejamento familiar e considerando, ainda, que não existe legislação regulando e proibindo a prática, qualquer mulher, independentemente de orientação sexual, sendo maior, capaz e desde que a adoção das técnicas de reprodução assistida não ofereça perigo à saúde, poderá se submeter à inseminação artificial heteróloga.

O Código Civil somente regulamenta a reprodução heteróloga na constância do casamento. Contudo, as técnicas de reprodução assistida são acessíveis a todas as mulheres que podem planejar e construir uma família monoparental, assunto polêmico gerador de discussão entre os doutrinadores.

Vários questionamentos surgem com a adoção dessa forma de reprodução, em especial se a mulher for solteira, pois o filho não terá um pai. O primeiro questionamento é sobre o possível conflito entre o direito e a total liberdade individual da mulher de gerar um filho utilizando o esperma de um doador anônimo, formando uma família monoparental, e o direito da criança à paternidade, à

presença da figura paterna acompanhando e auxiliando no seu desenvolvimento. O método dialético empregado no estudo nos permitiu alcançar uma síntese sobre o tema.

Com base nos princípios da igualdade e da liberdade, entendemos que o direito da mãe de gerar um filho significa a expressão da liberdade individual de procriar e está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. A procriação faz parte da natureza, da condição humana, é uma forma de dar continuidade à vida. Assim, a mulher, ao fazer a opção por formar uma família monoparental por meio da reprodução heteróloga, está exercendo o direito de livre escolha dos rumos que vai dar para sua vida.

Ademais, a Constituição Federal conferiu proteção especial à família e também reconheceu a monoparentalidade como uma entidade familiar. Com base no princípio da paternidade responsável, o planejamento familiar pode ser exercido tanto pela mulher como pelo homem, independentemente de orientação sexual. O contexto social revela uma maternidade desejada e planejada, o que coloca a criança numa posição favorável, pois, rodeada de cuidados, de maiores atenções e carinhos, há uma dedicação especial ao filho esperado.

Entendemos que, sendo a criança desejada, amada, respeitada, acolhida no seio familiar, cercada de carinho e afeto, esta família pode lhe proporcionar condições de crescer de forma saudável, com segurança e dignidade. Isso lhe possibilitará evoluir, ser feliz e conviver em sociedade, tendo seus interesses observados. Por isso, é possível a formação de uma entidade familiar monoparental por meio da técnica de reprodução heteróloga.

Ademais, a possibilidade de formação de novos tipos de famílias que não aquele tradicional, constituído pelo pai, mãe e filhos, faz parte do processo evolutivo da família e da sociedade pós-moderna, cujos contornos estão baseados na liberdade e na busca pelo prazer e aceitação das diferenças.

Outro questionamento que surge diz respeito ao conflito entre o direito do doador de se manter no anonimato e o direito da criança de saber sua origem genética e manter preservação do vínculo socioafetivo. O anonimato do doador significa a base dos tratamentos de reprodução assistida, em especial da

heteróloga, pois sem o fornecimento de material genético não é possível alcançar o objetivo, que é ter um filho.

Como ainda não existe norma específica regulamentando as relações entre o doador anônimo e a criança originária da reprodução heteróloga, a doutrina orienta para aplicação das regras de hermenêutica jurídica, no caso, a analogia com as regras da adoção. Assim, como vimos, para solução dessa controvérsia são aplicáveis as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, primeiramente, o art. 27 define como sendo direito personalíssimo, indisponível e imprescritível o reconhecimento do estado de filiação; e o art. 48, por sua vez, garante ao adotado, após atingir a maioridade, o direito de conhecer sua origem biológica. Também o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o direito à identidade genética é um direito de personalidade, assim como o nome e os demais elementos de identificação, por isso merece ser tutelada.

O direito ao conhecimento da origem genética está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, do qual decorrem os direitos fundamentais, dentre os quais está o da personalidade, que possibilita ao ser humano o conhecimento das informações referentes à sua origem e proporciona o autoconhecimento, não só com o intuito preventivo contra doenças genéticas, mas também como pessoa humana para saber as suas origens, sua história familiar.

A revelação da origem genética, em princípio, não tem o condão de produzir efeitos jurídicos, estabelecendo qualquer relação de parentesco, pois não se confunde direito ao conhecimento da origem genética com direito de filiação. Assim, a busca pelo conhecimento da verdade genética, em tese, não produz efeitos de conhecimento da paternidade, ou seja, não estabelece vínculos entre as partes, no caso o genitor e o filho biológico.

Referimos em tese, pois, como ficou demonstrado, tanto a doutrina como a jurisprudência apontam ser possível o estabelecimento da filiação a qualquer momento, desde que não fique comprovado que a criança não tenha estabelecido vínculo afetivo com outra pessoa, pois a origem biológica não pode se contrapor ao estado de filiação.

Verifica-se que a resolução nº. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina não cogita sobre a possibilidade da ação com intuito de conhecimento da origem

genética e também sobre a possível investigação de paternidade, ficando o doador com a falsa segurança do anonimato, que, em razão da peculiaridade do caso concreto, poderá não ser absoluta.

Demonstrada a extrema delicadeza do tema, justifica-se a necessidade de uma discussão e conseqüente regulamentação, pois não há legislação específica sobre o assunto. A falta de previsão legal dando um tratamento jurídico adequado ao assunto ocasiona incertezas, inseguranças jurídicas, o que, diante da natural diversidade de interpretação e opinião no enfrentamento do caso concreto e suas peculiaridades, pode apresentar resultados diversos.

Constata-se que o Estado deve regulamentar o uso das técnicas de reprodução assistida, pois estão sendo cada vez mais acessíveis à população, e as relações de parentesco advindas do uso das técnicas de reprodução assistida, em especial as inseminações heterólogas, não estão bem definidas na legislação brasileira.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Aline Mignon. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2000.
- ALMEIDA, Maria Christina de. O direito à filiação integral à luz da dignidade humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 417-434.
- ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6522>>. Acesso em: 15 set. 2009.
- BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Vade Mecum Saraiva, colaboração Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Lei Federal nº. 12.010, de 03.08.2009. **Adoção**. Vade Mecum Saraiva, colaboração Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Lei Federal nº. 11.804, de 05.11.2008. **Alimentos gravídicos**. Vade Mecum Saraiva, colaboração Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Lei Federal nº. 11.340, de 07.08.2006. **Lei Maria da Penha**. Vade Mecum Saraiva, colaboração Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Lei Federal nº. 10.406, de 10.01.2002. **Código Civil**. Vade Mecum Saraiva, colaboração Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Lei Federal nº. 9.263 de 12.01.1996. **Planejamento familiar**. Vade Mecum Saraiva, colaboração Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Lei Federal nº. 8.560 de 29.12.1992. **Investigação de Paternidade**. Vade Mecum Saraiva, colaboração Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Lei Federal nº. 8.069, de 13.07.1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Vade Mecum Saraiva, colaboração Antonio Luiz De Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Lei Federal nº. 8.009 de 29.03.1990. **Bem de família**. Vade Mecum Saraiva, colaboração Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei Federal nº. 6.515 de 26.12.1977. **Lei do Divórcio**. Vade Mecum Saraiva, colaboração Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei Federal nº. 4.121 de 27.08.1962. **Estatuto da mulher casada**. Vade Mecum Saraiva, colaboração Antonio Luiz dDe Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. CD-ROM.

BRASIL. Lei Federal nº. 3.071, de 1º. 01.1916. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>> Acesso em 09. mar. 2011.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº. 90 (Substitutivo) de 2001. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/index.htm> Acesso em 02 mai. 2011.

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara nº. 2.285 de 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=338>> Acesso em 06 abr. 2011.

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara nº. 1.184 de 2003. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/index.htm> Acesso em 02 mai. 2011.

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara nº. 3.638 de 1993. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/index.htm> Acesso em 02 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº. 1.291.955-PR**. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, DF, 2 de set. de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 02 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 889.852-RS**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 09 de ago. de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 02 mai. 2011.

CASTANHO, Maria Amélia Belomo. O Planejamento familiar brasileiro, o biodireito e a exclusão social: uma análise acerca da produção independente. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 9, n. 35, p.247-271, jul.-set. 2008.

CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1991.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº. 1.957 de 06.01.2011. Substituiu a Resolução 1.358/92, **estabelecendo normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 08 jan. 2011.

CORRALO, Giovani. **Discursos sobre a ética na pós-modernidade: reflexões interdisciplinares sobre o comportamento humano, liderança e política no séc. XXI**. Passo Fundo: Passografic, 2010.

DESCARTES, René. **Discurso sobre o Método**. São Paulo: Hemus. 1975.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Direito de Família. v. 5.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2001.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** Tradução José Silveira Paes; apresentação Antonio Roberto Bertelli. São Paulo: Global, 1984.

FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. In: DEL'OLMO E ARAÚJO, (Coords.). **Direito de Família Contemporâneo e os novos direitos.** Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 63-92.

FELIPPE, Donaldo J. **Dicionário Jurídico de Bolso.** Atualizado por Afonso Celso F. Rezende. 17. ed. Campinas, SP: Millenium Editora, 2006.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: Uma Introdução.** Porto Alegre: Fabris, 1991.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo código civil e o estatuto da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 265-303.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro.** São Paulo: Martins fontes, 2003.

GONÇALVES, Denise Willhelm. Assunto Especial – Ementário. RDF nº. 55. Ago-Set/2009. In: Revista IOB de Direito de Família – 01 ao 57. São Paulo: Síntese. 2010. CD-ROM.

HOUAISS. **Dicionário Eletrônico da língua portuguesa.** Versão Monusuário 3.0. Objetiva, junho 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica.** 8. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 505-530.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, tomo VII, 1955.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil. v. 2**. 39. ed. por Regina Beatriz de Barros Monteiro. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade Nery. **Código civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 15 de junho**. 3. ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A Filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

NUNES, Rizzatto. **Manual da monografia jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ONU. **Declaração dos Direitos da Criança**. 1959. Disponível em: <http://www.cnpqjr.pt/preview_documentos.asp?r=1000&m=PDF>. Acesso em: 08 jan. 2011.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://onu.org.br/conheca-a-onu/documentos/> Acesso em: 08 jan. 2011.

ONU. **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**. 1989. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 11 jan. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. v. 5**. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº. 70038310876**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Roberto Carvalho Fraga. Porto Alegre, 13 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 02 mai. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº. 70039180237**, da 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos. Porto Alegre, 16 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 02 mai. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº. 70035276369**, da 7ª Câmara Cível. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 01 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 02 mai. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº. 70032531808**, da 7ª Câmara Cível. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 11 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 02 mai. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº. 70018249631**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Des^a. Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 11 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 02 mai. 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família. v. 6.** 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANDRI, Vanessa Berwanger. **Princípio Jurídico da Paternidade Responsável: distinção entre planejamento familiar e controle da natalidade.** 2006. 31 f. Trabalho de Conclusão. (graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: <www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccll/trabalhos2006_1/vanessa.pdf > Acesso em: 18 jun. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família. v. 6** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ANEXO**CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA****RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010**

(Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79)

A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico permite solucionar vários dos casos de reprodução humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de reprodução assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias, o que não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 15 de dezembro de 2010,

RESOLVE

Art. 1º - Adotar as **NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se a Resolução CFM nº 1.358/92, publicada no DOU, seção I, de 19 de novembro de 1992, página 16053.

Brasília-DF, 15 de dezembro de 2010.

ROBERTO LUIZ D'AVILA
Presidente

HENRIQUE BATISTA E SILVA
Secretário-geral

ANEXO ÚNICO DA RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/10

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

6 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária.

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

- 1** - um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.
- 2** - um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões.
- 3** - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

- 1** - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.
- 2** - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 3** - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.
- 4** - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.
- 5** - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes.
- 6** - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.
- 7** - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas trabalham participar como doador nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

- 1** - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões.
- 2** - Do número total de embriões produzidos em laboratório, os excedentes, viáveis, serão criopreservados.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica

1 - Toda intervenção sobre embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que não a de avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos sobre embriões "in vitro" não terá outra finalidade que não a de tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.