

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Janessa de Lima

A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA POR FAMÍLIA
MONOPARENTAL: UMA COLISÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS ENTRE O DIREITO DE ALIMENTOS DO
NASCIDO E O ANONIMATO DO DOADOR

Passo Fundo
2011

Janessa de Lima

A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA POR FAMÍLIA
MONOPARENTAL: UMA COLISÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS ENTRE O DIREITO DE ALIMENTOS DO
NASCIDO E O ANONIMATO DO DOADOR

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.
Cibele Stefani Borghetti.

Passo Fundo
2011

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, pela força e tranquilidade concedidas nos momentos em que mais precisei.

Aos meus pais, Joice e Jairo de Lima, por todo amor e dedicação, exemplos de vida e de honestidade.

À minha orientadora, professora e mestre Cibele Stefani Borghetti, pela disponibilidade e competência.

Enfim, a todos que, de alguma maneira, contribuíram para a realização do presente trabalho de conclusão.

RESUMO

A presente monografia objetiva tratar do conflito estabelecido entre o direito a alimentos do nascido do banco de sêmen e o direito ao anonimato (a legitimação passiva) do doador de sêmen nos casos de inseminação artificial heteróloga, em famílias monoparentais. Trata-se de situação ainda não regulamentada pelo ordenamento jurídico brasileiro, nem mesmo abordada de maneira efetiva pela doutrina e jurisprudência, na qual, inevitavelmente, acabam colidindo dois direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, quais sejam: o direito a alimentos do ser concebido, contido no direito fundamental à vida, e o direito ao anonimato do doador de sêmen, previsto no direito fundamental à privacidade. Busca-se, através da aplicação do Princípio da Proporcionalidade e seus três subprincípios, adequação, necessidade e proporcionalidade em *sentido strictu*, uma solução justa para que se estabeleça, de maneira equilibrada, qual dos direitos fundamentais colidentes deverá prevalecer na hipótese abordada.

Palavra-chaves: Alimentos. Anonimato. Família monoparental. Inseminação Artificial Heteróloga.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HUMANA	9
1.1 Evolução histórica	9
1.2 Reprodução humana assistida	14
1.3 Técnicas de reprodução humana assistida	17
1.3.1 Inseminação artificial heteróloga	18
1.3.1.1 A doação do sêmen.....	21
1.3.2 Inseminação artificial homóloga	24
1.3.3 Fecundação <i>in vitro</i>	25
1.3.4 As mães de substituição.....	26
2 A FAMÍLIA MONOPARENTAL ORIGINÁRIA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	29
2.1 A transformação da entidade familiar	29
2.2 A família monoparental.....	33
2.2.1 Inseminação artificial heteróloga e família monoparental.....	37
2.2.2 A inseminação artificial heteróloga e o uso por mulheres solteiras	42
2.2.3 A família monoparental e o direito a alimentos da pessoa nascida por inseminação artificial heteróloga frente ao doador de sêmen	46
3 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA E A COLISÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS	53
3.1 O direito fundamental à privacidade do doador de sêmen	54
3.2 O direito fundamental à vida do nascido por inseminação artificial heteróloga ...	58
3.2.1 O direito a alimentos.....	61
3.3 A colisão de direitos humanos fundamentais e o princípio da proporcionalidade	68
3.3.1 O método da ponderação de bens	70
3.3.2 O princípio da proporcionalidade.....	71
3.3.3 O princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade <i>Strictu Sensu</i>	73
3.4 Aplicação do princípio da proporcionalidade face ao direito a alimentos nascido do banco de sêmen e a legitimação passiva do doador	75
CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81
ANEXO A- Resolução Conselho Federal de Medicina n. °1.957/2010	86

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é a análise do conflito entre o direito a alimentos do nascido do banco de sêmen e o direito ao anonimato do doador de sêmen, naqueles casos de utilização de inseminação artificial heteróloga por mulheres solteiras, logo, em futuras famílias monoparentais. O tema é de suma importância, uma vez que, nessa situação, ainda não prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro, acabam por colidir dois direitos humanos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal de 1988, quais sejam: o direito a alimentos do nascido do banco de sêmen, contido no direito fundamental à vida, e o direito ao anonimato do doador, previsto no direito fundamental à privacidade.

A abordagem proposta mostra-se relevante, especialmente pelo fato de que, na medida em que é permitido o uso de inseminação artificial heteróloga por mulher solteira, não há nada que impeça que, durante o desenvolvimento do nascido do banco de sêmen, a mesma encontre dificuldades financeiras para mantê-lo, não conseguindo sozinha suprir todas as necessidades que o mesmo tem direito. Portanto, é diante dessa situação que se pretende desvendar se o doador de sêmen, no caso, o “pai” biológico da criança, protegido pelo anonimato garantido ao doador de material genético, poderá vir a ser demandado e condenado em ação de alimentos, sendo imprescindível, nesse caso, que se encontre um ponto de equilíbrio para que se determine qual dos direitos humanos fundamentais colidentes deverá prevalecer.

Nesta seara, deve-se salientar que, junto às fantásticas inovações trazidas pela biomedicina, através do desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, e sua visível facilidade de procriação, inúmeros questionamentos vêm sendo provocados, nas mais diversas áreas da ciência humana; não são raras as situações em que a sociedade mostra-se despreparada para inseri-las em seu cotidiano, como é o caso do direito a alimentos do nascido do banco de sêmen, proveniente de família monoparental. Boa parte desse clima de insegurança pode ser atribuído à omissão do ordenamento jurídico brasileiro, que regula a reprodução humana assistida de forma extremamente relapsa, sendo a Resolução 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, o único regulamento específico existente até o

momento, o qual prevê, de maneira bastante sucinta, a utilização de técnicas de reprodução humana, determinando apenas parâmetros éticos a serem observados pelos usuários e clínicas; logo, não há, no campo jurídico, nenhum regramento específico e efetivo para o uso de tais técnicas e, principalmente, para as consequências das relações jurídicas estabelecidas por conta dessas técnicas.

Portanto, ressalta-se a importância do presente trabalho acadêmico, tendo-se em vista que, além tratar de um assunto pouquíssimo abordado, possui caráter absolutamente inovador no âmbito jurídico, pois, ao se verificar a colisão entre dois direitos humanos fundamentais, na utilização de inseminação artificial heteróloga, acaba-se por vislumbrar uma situação absolutamente instigante a ser explorada.

Nesse contexto, aborda-se, no primeiro capítulo, a evolução histórica da inseminação artificial, que veio possibilitar ao homem contemporâneo a divisão entre a sexualidade e a reprodução, traçando-se seus principais momentos históricos para que se compreenda em que cenário e de que forma tais técnicas revolucionárias foram introduzidas. Em um segundo momento, passa-se à análise da reprodução humana assistida, e suas principais técnicas, dentre estas a inseminação artificial heteróloga, à qual é dado maior enfoque ao abordar suas particularidades, que são: a doação de sêmen e o anonimato do doador.

No segundo capítulo, é abordada a família monoparental originária da reprodução humana assistida, sendo que, no primeiro momento, tendo-se em vista as repercussões provocadas pelo uso da inseminação artificial na entidade familiar, são apreciadas as transformações ocorridas em seu núcleo ao longo do tempo, bem como sua organização e o relacionamento entre seus membros. Posteriormente, examina-se a família monoparental, sua constituição em decorrência da inseminação artificial heteróloga e a viabilidade de sua utilização por mulheres solteiras, uma vez que tal hipótese provoca divergentes posicionamentos doutrinários, principalmente pelo fato da criança já vir a nascer sem pai. Ainda no referido capítulo, é explorada a família monoparental e o direito a alimentos do nascido do banco de sêmen frente à legitimação passiva do doador, seu pai biológico.

No terceiro e último capítulo evidenciam-se os direitos humanos fundamentais, previstos em nossa Constituição Federal de maneira hierárquica

isonômica, sendo em seguida efetivamente abordado o direito fundamental à privacidade do doador e o direito a alimentos da criança gerada por inseminação artificial heteróloga, inserido no direito fundamental à vida. E, finalmente, para que fosse possível solucionar o presente litígio, passa-se ao exame e a aplicação ao caso concreto do Princípio da Proporcionalidade, o qual, pelo fato de colidirem dois direitos humanos fundamentais, possibilita solucionar a presente situação de maneira justa e equilibrada.

No desenvolvimento deste trabalho monográfico foi utilizado o método de dedutivo, que parte de noções gerais para as particularidades, buscando-se transmutar enunciados complexos, universais, em especiais. O procedimento utilizado foi o bibliográfico, envolvendo doutrinas e artigos relacionados com o assunto abordado.

Por fim, destaca-se novamente a importância dessa abordagem, em que se procura conscientizar da necessidade do legislador estabelecer limites acerca da utilização de técnicas de reprodução humana assistida, evitando que os tribunais, ao deparar-se com casos como o direito a alimentos do nascido do banco de sêmen, proveniente de família monoparental, não venham a ser surpreendidos, sem encontrar soluções justas e efetivas, já que, diante de tais indagações, estarão decidindo o destino de titulares de direitos humanos fundamentais, os quais merecem ter seus conflitos solucionados da forma mais séria e equilibrada possível.

1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HUMANA

Para que se possa compreender em que cenário e de que forma as revolucionárias técnicas de reprodução humana assistida foram introduzidas, faz-se necessário que se analise seus principais momentos históricos.

1.1 Evolução histórica

O desejo do ser humano de constituir uma família sempre esteve presente desde as épocas mais remotas, independentemente da cultura e da crença às quais o homem pertencia, constituindo-se como ideal de grande parte da sociedade. Entretanto, nem todos eram privilegiados, o que acabava por frustrar as inúmeras expectativas envolvidas nesse projeto.

Conforme bem assevera Leite, a impossibilidade de gerar seu próprio filho acaba por destruir os mais diversos planos realizados pelo casal:

Frustram-se também todos os projetos do casal quando a aguardada chegada não ocorre. Os planos desaparecem, o desejo de que o filho preencha lacunas, realize seus mais intensos sonhos, compense suas deficiências e fracassos, seja portador de benesses e felicidade esvai-se no espectro da infertilidade¹.

Assim, percebe-se que o simples fato de ter um filho vai muito além do que se possa imaginar, tendo-se em vista os diversos planos construídos em cima desse sonho. Por mais que não percebamos à primeira vista, gerar um filho para a maioria dos seres humanos se refere a algo indescritível, um momento único e especial.

A humanidade sempre se mostrou preocupada com relação à questão da fecundidade, temendo conseqüentemente a esterilidade, a qual acabava por provocar a degradação do grupo familiar e social. A esterilidade era vista como um fator negativo, uma maldição atribuída à cólera dos antepassados, influência das bruxas ou aos desígnios divinos. Assim, a mulher estéril era tida como algo maldito,

¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 24.

devendo ser banida do convívio social. Ao contrário, a fertilidade era vista com intensa benevolência, uma vez que o nascimento dos filhos estava ligado à ideia de fortuna, riqueza, prazer, alegria, fartura, privilégio e dádiva divina².

Segundo Junges:

Uma das realidades mais envoltas em mistério na história da humanidade foi sempre a geração dos seres humanos. A sua gestação dependia de uma intervenção direta de Deus que fazia surgir a alma ou o espírito. Por isso, a vida humana era sagrada, pois era algo insuflado pelo sopro de Deus. O filho não era programado, mas, fruto ocasional de um ato íntimo e secreto do casal. A concepção e geração aconteciam no recôndito do corpo da mulher, sem o seu conhecimento e sem a sua colaboração. O filho era acolhido pelos genitores como um dom de Deus. A geração dependia de leis que Deus tinha inscrito na natureza humana e que funcionavam sem nenhuma intervenção humana direta. A descendência humana foi sempre determinada pelo fatalismo biológico da reprodução³.

Sendo assim, a geração de um novo ser estava estritamente ligada a uma intervenção divina, recebida como uma verdadeira graça de Deus; além disso, sua concepção ocorria unicamente de forma natural, não existindo nenhum tipo de intervenção científica ou artificial.

Ocorre que, com o passar do tempo, graças à evolução da medicina, a procriação humana passou a ser algo possível para todos, inclusive para aqueles que pelos mais diversos motivos não poderiam gerar sua própria prole. Isto se atribui à descoberta e ao aperfeiçoamento das técnicas de reprodução humana assistida. Porém, até que se chegasse aos dias atuais, muitas foram as tentativas frustradas e os testes em vão, sendo os primeiros estudos realizados em animais, para somente depois poderem ser feitos no ser humano.

Para Oliveira, não é possível se afirmar ao certo os passos da procriação artificial humana, pois algumas pesquisas revelam que essa história foi tecida na clandestinidade⁴. Entretanto, procurar-se-á expor, em seguida, os principais momentos da evolução histórica da inseminação artificial.

²LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 17.

³JUNGES José Roque. **Bioética**: perspectivas e desafios. São Leopoldo: Ed. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 1999. p. 147.

⁴OLIVEIRA, Fátima. **Bioética**: uma face da cidadania. São Paulo: Moderna, 1997. p. 34.

Como marco inicial das técnicas de reprodução assistida tem-se as polinizações de palmeiras, feitas pelas civilizações babilônicas e árabes, com a finalidade de se produzir mais e melhores frutos. Já no século XIV, era realizada a inseminação artificial em peixes e, no século XV, no bicho de seda ⁵.

No século XVII, foram realizadas algumas experiências. Em 1767, o alemão Luwig Jacobi trabalhava com a reprodução de peixes, enquanto em 1777, o abade italiano Lazzaro Spallazani obteve a fecundação de uma cadela através de inseminação artificial ⁶.

Os primeiros registros acerca da inseminação artificial humana ocorreram no século XV, em 1495, data em que a técnica foi utilizada na rainha D. Joana de Portugal, segunda mulher de Henrique IV de Castela, porém a mesma restou inexitosa. O primeiro relato com sucesso veio a ocorrer somente em 1790, graças ao cirurgião inglês John Hunter, que obteve a gravidez de uma mulher ⁷.

Leite relata que até o final do século XV a esterilidade masculina não era cogitada. Já em relação à esterilidade feminina não houve praticamente avanços na Idade Média, ocorrendo apenas a descoberta de elementos terapêuticos pelos quais se procurava curar o referido mal através de chás e ervas ou através de medidas acientíficas como, por exemplo, metais e pedras preciosas e invocações religiosas ⁸.

Em 1677, Johann Ham afirmou que a esterilidade, em muitos casos, se dava devido à ausência ou até mesmo escassez de espermatozóides. Assim, no século XVII, foi abolida a convicção de que a esterilidade poderia ser somente feminina, admitindo-se a esterilidade conjugal. E, finalmente, entre 1875 e 1890, final do século XIX, pesquisadores concluíram, por meio de análise em mamíferos e peixes, que a fertilização é constituída pela união do espermatozóide com o óvulo ⁹.

Assim, vencidas as indagações em volta da esterilidade e tornando-se concreta a idéia de que tanto a mulher quanto o homem podem ser estéreis, surge a

⁵ FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito**: aspectos do direito de família e do direito das sucessões. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 49.

⁶ FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito**: aspectos do direito de família e do direito das sucessões, p. 49.

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.p. 31.

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos, p. 18.

⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos, p. 18.

necessidade da existência de uma maneira através da qual esses sujeitos possam ter seus próprios filhos. É neste cenário que se apresentam as técnicas de reprodução humana assistida, como solução para esse obstáculo.

No que tange especialmente à inseminação artificial heteróloga (com a doação de espermatozoides de um terceiro), esta veio a ocorrer apenas no final do século XIX, em 1884, por Pancoast, ginecologista americano na Filadélfia, em uma mulher cujo marido sofria de azoospermia (ausência de espermatozoides ativos no sêmen ejaculado) ¹⁰.

O desenvolvimento da referida técnica foi lento, sendo que, na década de 1930, a literatura médica internacional tinha conhecimento de apenas 88 casos. Sua aceleração se deu somente após duas descobertas fundamentais: em 1932, quando Ogino e Knauss descreveram as diferentes fases do ciclo menstrual, conseguindo determinar com precisão o período fértil da mulher e, em 1945, quando o biólogo Jean Rostand observou que os espermatozoides submetidos ao frio, com emprego de glicerol, podiam se conservar por muito tempo, sem que se alterasse sua viabilidade. Conseqüentemente, o congelamento do espermatozoide permitiu a criação de bancos de espermatozoides. Assim, após 1950, a prática da inseminação artificial se difundiu ¹¹.

Mas foi em julho de 1978 que a humanidade assistiu o que até então se acreditava ser impossível: o nascimento de Louise Joy Brown, na Inglaterra, o primeiro ser humano fruto da inseminação artificial *in vitro*, graças ao trabalho dos Doutores Steptoe e Edwards, os quais se dedicavam à pesquisa há mais de quinze anos ¹².

Na época em que a inglesa Louise nasceu, as chances de nascer um bebê artificialmente eram praticamente remotas, conforme Moura, Souza e Scheffer:

Quando Louise nasceu, as chances de se "fabricar" um bebê fora dos padrões não passavam de 5% do total das tentativas. Hoje o número é até seis vezes maior. São tantas as técnicas em RA que mulheres e homens inférteis – cada vez mais numerosos (o que é muito significativo) - e também

¹⁰ SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 7.

¹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 31.

¹² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**, p. 19.

parceiros do mesmo sexo demandam ter um filho biológica e geneticamente seu¹³.

Nesse diapasão, a partir de 1980, o nascimento de bebês de proveta deixou de ser algo extraordinário. Sendo assim, toda essa evolução permitiu ao ser humano a possibilidade de procriar artificialmente, havendo a separação entre sexualidade e procriação¹⁴.

No Brasil, no dia 7 de outubro de 1984, ocorreu o fato que marcará para sempre a história nacional das técnicas de reprodução humana assistida: o nascimento de Ana Paula Caldeira, o primeiro bebê de proveta brasileiro, no laboratório do Hospital Santa Catarina, em São Paulo, fruto do trabalho da Equipe do professor Milton Nakamura¹⁵.

Outro momento histórico de grande relevância a ser exposto é a instalação do primeiro banco de sêmen no país, em 1993, no Hospital Albert Einstein¹⁶.

Consoante o exposto, com a longa e infinita evolução das técnicas de reprodução humana assistida, essas acabam sendo cada vez mais utilizadas pelo ser humano, como um meio eficaz para gerar seu próprio filho. Entretanto, há de se ressaltar que, em contrapartida a esta visível facilidade de procriação, ainda existem diversas questões sem posição definida nos mais diversos campos da ciência humana, fazendo com que surjam incertezas que atingem desde o campo moral até o jurídico, como poderemos facilmente perceber ao longo deste trabalho.

¹³ MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. **Reprodução assistida**: Um pouco de história. **Rev. SBPH**, Rio de Janeiro, v.12,n.2,dez.2009. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 02 ago. 2011.

¹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 21.

¹⁵ NAKAMURA, S.J.Milton; POMPEO, Antônio Carlos Lima. **O casal estéril**. Conduta diagnóstica e terapêutica. Rio de Janeiro: Atheneu, 1990. p. 9.

¹⁶ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002. p. 58.

1.2 Reprodução humana assistida

Conforme observado na evolução histórica, as técnicas de reprodução humana assistida acabaram por se constituir em um meio eficaz de o ser humano procriar sem a interferência do ato sexual – uma alternativa buscada pelos mais diversos motivos e que vem sendo utilizada em uma escala cada vez maior pela sociedade mundial.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde, de 8% a 15% dos casais em idade fértil têm dificuldades para gerar filhos. Desses, alguns conseguirão solucionar o problema com o uso de medicamentos e tratamentos mais convencionais, porém cerca de 20% terá como única opção recorrer às técnicas de reprodução assistida¹⁷.

Nesta seara, entende-se por “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” todas as “técnicas de reprodução assistida” que possibilitam a geração de uma vida nos casos em que existem dificuldade ou impossibilidade para a procriação de forma natural, sem que para isso haja o ato sexual. Isso se dá devido à utilização de métodos artificiais, científicos ou técnicos¹⁸.

Para Adrovaldi e França:

A Reprodução Humana Assistida é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural com o objetivo de possibilitar que as pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade¹⁹.

Dessa maneira, devido à intervenção humana e os aperfeiçoamentos científicos na área da genética, atualmente, o ato sexual não se constitui como a única forma de o ser humano vir a se reproduzir, havendo a possibilidade de, através de métodos artificiais, ocorrer a concepção de um novo ser.

¹⁷ Informações obtidas junto ao site da SBIDAE. **Reprodução assistida, possibilidades e limites**. Disponível em: <http://www.einstein.br/pagina-einstein/Paginas/reproducao-assistida-possibilidades-e-limites.aspx>. Acesso em 03 ago. 2011.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 329.

¹⁹ ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. **A reprodução assistida e as relações de parentesco**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3127>>. Acesso em: 15 out. 2010.

Contudo, observa-se que, em muitos casos, a sociedade não se encontra preparada para inserir tais técnicas em seu cotidiano. Um dos motivos mais preocupantes é que o ordenamento jurídico possui diversas lacunas, deixando os usuários, em muitos casos, sem saber ao certo quais os reais efeitos jurídicos de sua utilização.

No que tange à insuficiência normativa em relação à reprodução humana assistida, afirma Denise Willhelm Gonçalves:

Á medida que foi demonstrada a insuficiência normativa dos arcabouços jurídicos, comprovadamente superados, no tempo e no espaço, o desenvolvimento biomédico desperta, no cenário jurídico, a necessidade de reflexão. Nesta linha, o jurista moderno carregando inúmeras incertezas, reavalia seus modelos normativos pretendendo encontrar, dentro do próprio sistema, dispositivos capazes de suprir as lacunas e propiciar respostas a tantas indagações²⁰.

Sem dúvida, aos operadores do direito, em decorrência da evolução e crescente aplicação das técnicas de reprodução humana assistida, nasce a missão de reavaliar os modelos normativos em vigor para que nesses sejam encontrados dispositivos capazes de suprir as lacunas existentes, fazendo com que as diversas indagações sejam superadas de maneira eficaz.

Para a referida autora, a reprodução humana assistida se caracteriza como um conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, tudo a partir da manipulação de gametas e embriões, com o objetivo de combater a infertilidade e propiciar o nascimento duma vida humana²¹.

Entretanto, faz-se necessário ressaltar que as técnicas de reprodução humana assistida devem ser utilizadas quando comprovadamente não houver outra forma de contornar a infertilidade. Ou seja, antes de se submeter um casal ao processo de inseminação artificial, os centros de procriação artificial devem se

²⁰ GONÇALVES, Denise Willhelm. Reprodução assistida, clonagem terapêutica e o direito. **Revista Consulex**, Brasília: Consulex, ano VII, nº 152, maio, 2003. p. 45.

²¹ GONÇALVES, Denise Willhelm. Reprodução assistida, clonagem terapêutica e o direito. **Revista Consulex**, Brasília: Consulex, ano VII, nº 152, maio, 2003. p. 42.

assegurar que, efetivamente, o único tratamento capaz de contornar a infertilidade é a inseminação²².

Neste mesmo sentido, a Resolução n. 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, se manifesta em seus 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 inapropriadas²³.

Desse modo, há de se contar com o bom senso e a seriedade dos centros de procriação artificial, para que não venham a ser submetidos sujeitos com possibilidades naturais de procriação, evitando-se assim qualquer tipo de abuso.

Além disso, a utilização destas técnicas deverá ser realizada estritamente por profissionais habilitados, ou seja, médicos e Centros de Reprodução Humana Assistida, reconhecidos e com exercício controlado. Sendo assim, o Estado deve interferir em tais procedimentos, restringindo o livre exercício da medicina, uma vez que a total liberdade de criação geraria, inevitavelmente, um caos à sociedade²⁴.

Segundo Junior, na maioria dos sistemas jurídicos, até mesmo naqueles como o pátrio, em que prevalece apenas uma norma de conteúdo ético, a Resolução do Conselho Federal de Medicina apresenta como requisitos de admissibilidade à fecundação artificial, de uma maneira generalizada, os seguintes, salientando que:

- a) só tenha lugar se comprovada a impossibilidade de fertilização do casal e que incorram riscos à saúde da paciente ou do possível descendente;
- b) seja assistida por profissional em medicina;
- c) o casal seja previamente informado de todas as consequências médicas, psíquicas, religiosas, legais, firmando um documento de consentimento do ato, denominado pelo CFM de consentimento informado;
- d) inexistir propósito de selecionar o sexo ou qualquer outra característica genética do descendente;

²² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.p. 34.

²³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM n°1.957/2010. **Estabelece as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida**. Disponível em http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm Acesso em: 02 ago. 2011.

²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos, p. 330, 331.

- e) as clínicas ou centros de fecundação sejam responsáveis pela seleção e escolha do material genético, devendo manter registros quanto pessoa e dados clínicos, características fenotípicas, imunológicas e preservado amostra de célula do doador;
- f) a doação não revista caráter comercial;
- g) haja manutenção do sigilo quanto à identidade do doador e do receptor, extensivo à pessoa, fruto da concepção, excepcionada apenas à requisição médica justificada e em caráter absolutamente confidencial;
- h) limite as gestações de um mesmo doador em determinada área geográfica e populacional para se evitar a consanguinidade;
- i) os partícipes se manifestem quanto ao destino dos pré-embriões não utilizados, sendo em princípio vedado o descarte²⁵.

Assim, define-se que, apesar da precariedade do ordenamento jurídico brasileiro em relação à regulamentação da fecundação artificial, é possível basear-se em uma norma ética elaborada pelo Conselho Federal de Medicina que, embora tenha previsto a utilização das técnicas de reprodução humana, de maneira bastante sucinta, felizmente norteia a sociedade e também os usuários da existência de requisitos éticos a serem observados.

1.3 Técnicas de reprodução humana assistida

Como já ressaltado, concomitantemente ao desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida, surgem inúmeras questões complexas a serem dirimidas, seja em relação a aspectos psicológicos, éticos ou jurídicos.

Por isso, torna-se praticamente impossível abordar de forma completa, em uma mesma pesquisa, todas as espécies de técnicas atualmente existentes, tendo em vista que, cada uma delas, provoca inúmeras e polêmicas indagações. Dessa forma, nesta pesquisa, será dado maior enfoque a inseminação artificial heteróloga, mencionando-se, é claro, as demais técnicas colocadas à disposição do ser humano, para que se possa ter um breve conhecimento dessas.

²⁵ JUNIOR, Alberto Gosson Jorge. O problema do anonimato do Doador nas Fecundações Artificiais Humanas. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, v.1, n.1, jul. 2009. p. 125,126.

Dentre as principais técnicas de reprodução humana assistida destacam-se a inseminação artificial heteróloga, a inseminação artificial homóloga, a fertilização *in vitro* e as mães de substituição.

1.3.1 Inseminação artificial heteróloga

A inseminação artificial heteróloga, dentre as técnicas de reprodução humana assistida, é a que provoca maior polêmica e controvérsias acerca de sua utilização. A palavra “inseminação” tem sua origem na expressão latina “inseminare”, de “in” (dentro) e “seminare” (semear) ²⁶.

Barchifontaine sintetiza a inseminação artificial da seguinte maneira:

Inseminação artificial (Mulheres com muco hostil, doença inflamatória pélvica e homens com pouca concentração de espermatozóides no sêmen): técnica na qual o sêmen ou espermatozóides são capacitados em meio de cultura e introduzidos por meio de sonda no trato genital feminino: Os tipos:

- a) do parceiro (homóloga): quando é utilizado o sêmen ou espermatozóides do parceiro;
- b) de doador (heteróloga): implica a utilização do sêmen ou espermatozóides de um doador;
- c) intra-uterina: espermatozóides processados são introduzidos na cavidade uterina;
- d) cervical: sêmen ou espermatozóides processados são introduzidos no canal cervical;
- e) vaginal: sêmen é colocado na vagina ²⁷.

Importante ressaltar que, embora muitas vezes se acabe dispensando o mesmo tratamento, há diferença entre esterilidade e infertilidade. A esterilidade conjugal se caracteriza pela incapacidade de um ou de ambos os cônjuges, devido a causas funcionais ou orgânicas, para fecundação por período conjugal de, no mínimo, dois anos, sem o uso de meios contraceptivos eficazes, com vida sexual normal. Já a infertilidade constitui-se como incapacidade, seja por causa orgânica ou funcional, atuando no fenômeno da fecundação, de produzir descendência. A

²⁶ BARBOSA, Heloísa Helena Gomes. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.p. 45.

²⁷ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Bioética e início da vida**: alguns desafios. Aparecida: Idéias & Letras, 2004.p. 124, 125.

inseminação artificial heteróloga deve ser utilizada nos casos em que a esterilidade torna-se induvidosa²⁸.

Leite explica que a inseminação artificial heteróloga deve ser utilizada quando a esterilidade masculina torna-se concreta, ou seja, indiscutível. Diversas são as causas da esterilidade masculina, mas as razões mais frequentes continuam sendo a ausência completa de espermatozóides (azoospermia), ou quando a produção de espermatozóides é alterada (azoospermia secretória)²⁹.

Conforme Reinaldo Pereira e Silva:

A inseminação artificial heteróloga, também denominada inseminação artificial com sêmen de doador, não possui a pressuposição do vínculo jurídico de natureza familiar entre a mulher e o homem de quem provém o sêmen. Ao contrário. Em decorrência de problemas graves ou definitivos de infertilidade masculina, a exemplo da aspermia, a inseminação no organismo da mulher somente pode se realizar mediante recurso aos espermatozóides de um terceiro ("sêmen de doador")³⁰.

Portanto, sua característica fundamental é de que a mesma não pressupõe a existência de um vínculo jurídico de natureza familiar entre a mulher e o homem de quem provém o sêmen, o chamado doador de sêmen. Segundo Lôbo:

[...] é utilizado sêmen de outro homem, normalmente doador anônimo, e não o do marido, para a fecundação do óvulo da mulher. A lei não exige que o marido seja estéril, ou por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar. A única exigência é que tenha o marido previamente autorizado a utilização de sêmen estranho ao seu. A lei não exige que haja autorização escrita, apenas que seja "prévia", razão por que pode ser verbal e comprovada em juízo como tal. O consentimento é irrevogável e jamais a paternidade pode ser impugnada pelo marido, não podendo este voltar-se contra o próprio ato, em violação da boa-fé³¹.

Deste modo, a partir do momento que há a intervenção de uma terceira pessoa, o doador de sêmen, faz-se necessário que o marido ou o companheiro da mulher esteja devidamente ciente das particularidades desta técnica, devendo haver

²⁸ NAKAMURA, S.J. Milton; POMPEO, Antônio Carlos Lima. **O casal estéril**. Conduta diagnóstica e terapêutica. Rio de Janeiro: Atheneu, 1990. p. 11.

²⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 32.

³⁰ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002. p. 57.

³¹ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 203, 204.

sua autorização. Ao consentir com a intervenção de um terceiro (o pai biológico da criança), o mesmo não poderá revogar sua decisão, já que caso houvesse a prerrogativa de se arrepende, obviamente muitas seriam as disputas judiciais por esse motivo, e o clima de insegurança de instalaria inevitavelmente.

A referida técnica encontra-se prevista no Código Civil Brasileiro, no seu artigo 1597, inciso V, o qual dispõe que “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”³².

Veloso manifesta-se quanto ao papel do doador de sêmen:

É princípio universalmente seguido o de que o marido que teve conhecimento e consentiu na inseminação artificial com o esperma de um terceiro não pode, depois, impugnar a paternidade. Não há divergência neste ponto: a inseminação artificial consentida pelo marido deve conferir o estado de filho matrimonial. A paternidade, no caso, não tem base biológica, mas possui um fundamento moral, prestigiando-se a relação sócio-afetiva. Na verdade, o pai real é o doador do sêmen, em geral um personagem que fica no anonimato e que depositou o seu material em um banco de esperma. Mas esta circunstância é desprezada, para que prevaleçam os valores éticos da paternidade instituída pela reprodução assistida³³.

Assim, o pai biológico, o doador, após desempenhar seu papel, a doação do sêmen, é tido como inexistente, ficando no anonimato. O reconhecimento de pai da criança nascida será dado ao marido ou companheiro da mulher inseminada, havendo a prevalência e valorização dos laços afetivos nesta relação.

Conclui-se, por conseguinte, que o doador de sêmen desempenha na inseminação artificial heteróloga papel fundamental. Entretanto, sua interferência implica no surgimento de diversas indagações, uma vez que, após doar seu sêmen, deve permanecer em anonimato, tornando-se imprescindível que se conheçam os aspectos desta doação.

³² BRASIL. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 ago. 2011.

³³ VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 150,151.

1.3.1.1 A doação do sêmen

Em relação ao contrato de doação de sêmen, inicia-se a relação jurídica entre o doador e a instituição médica no momento em que o doador se dispõe a doar seu sêmen ao centro tecnológico. No que tange à motivação do doador, ao praticar tal ato, seja qual for o real motivo, mesmo naqueles casos em que é visada a remuneração, a relação entre o doador e o centro médico é denominada como “doação”. Entretanto, é importante mencionar que diversos autores não se filiam à corrente que considera o ato de transferência do sêmen ao centro médico como contrato de doação. Nas legislações europeias, alguns dispositivos que regulam o assunto vedam a remuneração dos doadores de sêmen ³⁴.

No que diz respeito à motivação pessoal do doador de sêmen, afirma Leite:

Uma triagem rigorosa deve ser feita a fim de determinar as motivações pessoais do doador altruísta, evitando, indiretamente, a proliferação de bancos ou serviços privados que recrutam homens jovens e solteiros atraídos pelo interesse pecuniário. Por isso, a maioria das legislações insiste na gratuidade da doação, dando preferência aos homens casados, garantindo que a doação seja de um casal fértil a outro casal que apresenta problemas de infertilidade ³⁵.

Absolutamente relevante o posicionamento do referido autor, uma vez que a doação de sêmen remunerada poderia constituir-se em uma maneira extremamente fácil de obter lucro, não sendo nada condizente com as questões éticas que devem estar absolutamente presentes em todas as etapas e espécies de reprodução humana assistida.

Ainda no que se refere à gratuidade do ato, manifesta-se Camilo de Lelis Colani Barbosa:

Acredita-se que uma das razões mais fortes para não se remunerar os doadores seria a de impedir que se torne habitual o ato donativo. Deve-se, por conseguinte, procurar restringir a quantidade de doações de uma só pessoa, até mesmo para evitar a multiplicidade de descendentes, de tal sorte que a remuneração dos doadores, somada a habitualidade da doação,

³⁴ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos Jurídicos da Doação de Semên. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, v.7,dez./jan.2009. p. 24, 25.

³⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 335, 336.

possa inclusive, contribuir para a existência de possíveis casamentos consanguíneos³⁶.

Ao doador são impostos alguns requisitos, ou seja, exigências para que o mesmo transfira seu material genético. Entre os requisitos do contrato da doação de sêmen estão: boa saúde física e mental do doador (item 2 da Resolução n.º 1.957/10), vontade expressada de forma livre pelo doador, gratuidade do ato (seção IV, inciso I da Resolução n.º 1.957/10) e o anonimato - requisito fundamental - sendo uma exigência comum feita pelos doadores³⁷.

Quanto à vontade manifestada de forma livre, afirma Camilo de Lelis Colani Barbosa:

A forma para o doador expressar sua vontade deve ser, necessariamente, a escrita. Deve ainda, a referida declaração, explicitar, além da vontade de realizar o ato donativo, a ciência de que o material genético colhido vai ser usado na inseminação de uma mulher, enfim, na geração de uma nova vida³⁸.

Saliente-se que não só ao doador, como também a todos os pacientes submetidos à técnica de reprodução humana assistida, é obrigatório o consentimento informado, conforme o terceiro Princípio Geral da Resolução 1.957/2010 dispõe:

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

³⁶ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos Jurídicos da Doação de Semên. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, v.7, dez./jan 2009. p. 29.

³⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM n.º 1.957/2010. **Estabelece as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida**. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm Acesso em: 02 ago. 2011.

³⁸ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos Jurídicos da Doação de Semên. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, v.7, dez./jan, 2009. p. 27.

expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida³⁹.

Já no que se refere ao anonimato, característica extremamente relevante e peculiar da inseminação artificial heteróloga, ao doar seu sêmen, o doador é assegurado que não terá sua identidade revelada, tendo assegurado seu direito à privacidade.

Leite afirma:

[...] o doador fica protegido face ao receptor e vice versa, mantendo domínio sobre seu gesto, ao mesmo tempo, sua atitude fica plenamente resguardada de forma a evitar possíveis problemas além do seu gesto de solidariedade⁴⁰.

Consoante ao conteúdo explanado verifica-se que, quanto à doação de sêmen, se constituem como suas principais características: a gratuidade e o anonimato. A Resolução n. 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina traz, além destes requisitos, sete itens a serem observados:

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.

³⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM n°1.957/2010. **Estabelece as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.** Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm Acesso em: 02 ago. 2011.

⁴⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito:** aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 338.

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 RA⁴¹.

Neste diapasão, não restam dúvidas de que a utilização da inseminação artificial heteróloga poderá vir a provocar situações extremamente complexas. Isso se atribui, inegavelmente, a interferência do doador de sêmen e sua prerrogativa de permanecer em anonimato, já que, em muitos casos, seu direito à privacidade poderá vir a ser ameaçado, como é o caso do direito a alimentos do nascido do banco de sêmen, analisado ao longo desse trabalho.

1.3.2 Inseminação artificial homóloga

Em relação à inseminação artificial homóloga, ao contrário da heteróloga, inexistem problemas jurídicos decorrentes de sua utilização, podendo-se atribuir isso à maneira como a mesma é realizada.

Conforme Veloso:

Quando o óvulo da mulher recebe o espermatozóide do próprio marido ou companheiro, dá-se a inseminação homóloga, ou fecundação homóloga. Esta espécie não enseja problemas jurídicos, já que o material genético utilizado é do próprio casal⁴².

Dessa forma, pressupõe-se a existência de vínculo jurídico de natureza familiar, ou seja, casamento ou união estável, sendo depositado no organismo da mulher o sêmen de seu marido ou companheiro. A possibilidade de gravidez, neste caso, se dá por dois parâmetros fundamentais: o sêmen adequado para a fertilização e a anatomia pélvica que assegure a integridade funcional das trompas de falópio⁴³.

⁴¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM n°1.957/2010. **Estabelece as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.** Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm Acesso em: 02 ago. 2011.

⁴² VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade.** São Paulo: Malheiros, 1997. p. 150.

⁴³ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito:** investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002. p. 56.

O Código Civil traz referência à fecundação artificial homóloga em seu artigo 1.597, inciso III, no qual afirma que “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”⁴⁴.

Lôbo se refere à inseminação artificial homóloga da seguinte maneira:

A inseminação artificial homóloga é a que manipula gametas da mulher (óvulo) e do marido (sêmen). A manipulação, que permite a fecundação, substitui a concepção natural, havida na cópula. O meio artificial resulta da impossibilidade ou deficiência para gerar de um ou de ambos os cônjuges⁴⁵.

Assim, sinteticamente, a referida técnica se caracteriza, primeiramente, pelo fato de haver entre o homem e a mulher vínculo jurídico de natureza familiar, sendo que sua utilização poderá ocorrer em decorrência da impossibilidade ou deficiência de um ou de ambos.

1.3.3 Fecundação *in vitro*

Em decorrência da expressiva utilização da fecundação *in vitro*, faz-se necessário que sejam analisadas suas principais particularidades.

Segundo Leite:

A fertilização “*in vitro*” é uma técnica capaz de reproduzir artificialmente o ambiente da trompa de Falópio, onde a Fertilização ocorre naturalmente e a clivagem prossegue até o estágio em que o embrião é transferido para o útero⁴⁶.

A fertilização *in vitro* consiste na possibilidade de o óvulo ir ao encontro do espermatozóide, mas fora do organismo da mulher, em uma placa de cultura ou em um tubo de ensaio. Ainda que aplicada em cerca de 15% dos casos, quando as

⁴⁴ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 ago. 2011.

⁴⁵ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 201.

⁴⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 41.

causas são de infertilidade masculina, é empregada com mais frequência para contornar a infertilidade feminina ⁴⁷.

Para Sérgio Ferraz:

Trata-se de uma técnica mediante a qual se promove o encontro do óvulo da mãe biológica, fora de seu corpo, com o esperma do pai (o marido ou companheiro); ou terceiro, se estes forem estéreis ⁴⁸.

Portanto, sua principal característica está no fato de que a fecundação ocorre fora do organismo humano, ou seja, em laboratório, local em que haverá o encontro do gameta feminino com o masculino, possibilitando, assim, a concepção de um novo ser.

1.3.4 As mães de substituição

As denominadas “barrigas de aluguel”, objeto de inúmeras reportagens atualmente, não se constituem, propriamente, em uma técnica científica de reprodução humana. Porém, tendo em vista a quantidade de casos em que tal método vem ocorrendo, e o fato de suscitar opiniões bastante divergentes acerca de sua utilização, faz-se necessário conhecê-lo.

Nessa, a mulher deseja ter um filho, mas seu útero não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou a gravidez lhe apresenta risco; assim, a solução que se apresenta é a interferência de uma terceira pessoa para assegurar a gestação ⁴⁹.

Para Leite:

- a mãe de substituição – além de emprestar seu útero, dá igualmente seus óvulos. Trata-se de uma mulher fértil que será inseminada com o esperma do marido da mulher que não pode conceber. Se ela engravidar, ela garantirá a gravidez de uma criança que é geneticamente sua e, após o

⁴⁷ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002. p. 60.

⁴⁸ FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: S. A. Frabris, 1991. p. 55.

⁴⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 66.

parto, a dará ao casal. Ou seja, no caso da mãe de substituição, a mãe é, ao mesmo tempo, genitora e gestante⁵⁰.

Assim, a chamada mãe de substituição empresta seu útero, sendo utilizado seu próprio óvulo, que será inseminado com o esperma do marido daquela que naturalmente não consegue ter um filho. Ao nascer a criança, deverá entregá-la ao casal. Analisando esta situação, é notório que se instala uma situação complexa no mundo jurídico, e em diversos campos das relações humanas.

A gestação de substituição encontra-se expressa na Resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina:

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 comercial⁵¹.

Neste contexto, após o exame das técnicas de reprodução humana assistida, torna-se notório que as mesmas trazem consigo grande carga de problemas éticos, para os quais o ordenamento jurídico brasileiro ainda não oferece soluções adequadas. Alguns chegam a afirmar que o progresso científico e técnico, no campo da procriação humana, pode traduzir-se na revolução mais profunda que o Direito já sofreu, isso porque institutos e conceitos jurídicos, como paternidade, maternidade e personalidade serão relativizados, assim como a própria concepção de família. No Brasil, assim como nos países europeus, as práticas de ciências biomédicas, na área da procriação humana, ainda são resolvidas de maneira casuística, entre

⁵⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 68.

⁵¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM n°1.957/2010. **Estabelece as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida**. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm Acesso em: 02 ago. 2011.

combinações administrativas, regras de ética, de deontologia médica e de soluções jurisprudenciais ⁵².

Salienta-se, de maneira até mesmo insistente, na necessidade de elaboração de uma norma jurídica específica que regule as técnicas de reprodução humana assistida, uma vez que, em meio a tantas situações não pacificadas pelo Direito, encontra-se a entidade familiar, que merece e deve receber a devida tutela.

⁵² GONÇALVES, Denise Wilhelm. Reprodução assistida, clonagem terapêutica e o direito. **Revista Consulex**, Brasília: Consulex, ano VII, nº 152, maio, 2003. p. 42.

2 A FAMÍLIA MONOPARENTAL ORIGINÁRIA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A utilização da inseminação artificial heteróloga indiscutivelmente vem a provocar diversas repercussões no núcleo familiar. Por isso, em seguida serão abordadas as principais transformações ocorridas na entidade familiar ao longo do tempo.

2.1 A transformação da entidade familiar

A entidade familiar, assim como a maioria das instituições pertencentes ao universo humano sofreu, ao longo do tempo, e ainda sofre, diversas transformações. Muitas dessas podem ser atribuídas à maneira como o próprio indivíduo e o Estado passaram a encarar determinadas situações. Não se pode, é claro, deixar de atribuir tais mudanças, também, à evolução científica, que ocorre com espantosa velocidade nos dias atuais, fazendo com que o homem acabe por quebrar determinados tabus antes estabelecidos como concretos e até mesmo inabaláveis.

Para Soares:

Escrever sobre família é, antes de tudo, um exercício incomparável de memória, isto porque trata-se de uma das instituições mais antigas da humanidade, senão a mais antiga. Fundamento da agregação dos indivíduos em torno da propriedade agrária, a história da família se confunde com a própria história e, juntamente ao pólo econômico, é ela quem estrutura o desenvolvimento das diversas civilizações. Diretamente vinculada às transformações da sociedade, a família evolui como evoluiu a sociedade⁵³.

O núcleo familiar sofreu profundas mudanças em sua função, natureza, composição e concepção, principalmente após o advento do estado social, ao longo do século XX. Em relação ao plano constitucional, o Estado passou a ter interesse pelas relações familiares, havendo, conseqüentemente, o aumento da tutela

⁵³ SOARES, Sônia Barroso Brandão. Famílias Monoparentais: Aspectos polêmicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 547, 548.

constitucional. A família patriarcal, em que se legitimava o exercício dos poderes masculinos sobre o feminino, tomada como modelo pela legislação brasileira desde a Colônia, durante o Império e boa parte do século XX, acabou entrando em crise, sendo posteriormente extinta devido aos valores introduzidos pela Constituição Federal de 1988, com a qual a família passa a ser a base da sociedade, não podendo, desta forma, ser impunemente violada pelo Estado ⁵⁴.

A passagem da economia agrária para a economia industrial, inevitavelmente veio a atingir a estrutura familiar, uma vez que, em decorrência da industrialização, modificou-se a composição da família, restringindo-se o número de nascimentos nos países mais desenvolvidos ⁵⁵.

A função econômica exercida através do expressivo número de membros, principalmente filhos, com o passar do tempo desaparece, fazendo com que a família não seja mais encarada como uma unidade produtiva, ou seguro contra a velhice, atribuição hoje transferida à previdência social. Isso ocorreu devido à progressiva emancipação econômica, social e jurídica feminina e a redução do número de filhos, nas entidades familiares. Assim, chegando-se aos dias atuais, a família passa a ser baseada na afetividade, ou seja, enquanto existir afeto, haverá o estabelecimento de uma entidade familiar ⁵⁶.

Dias sintetiza perfeitamente o momento de transição entre a família patriarcal e a atual, em que há a predominância do vínculo afetivo:

[...] a **revolução industrial**, que fez aumentar a necessidade de mão de obra, principalmente nas atividades terciárias. Assim, a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família, que se tornou **nuclear**, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do carácter produtivo e reprodutivo da família, que migrou para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou a aproximação de seus membros, sendo mais prestigiado o **vínculo afetivo** que envolve seus integrantes ⁵⁷.

Desta maneira, a família vista como um núcleo, em que se prestigiava predominantemente o aspecto reprodutivo como meio econômico, acaba inserindo a

⁵⁴ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1, 5.

⁵⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de família**. São Paulo: Editora Atlas S.A. 9 ed. 2009. p. 5.

⁵⁶ LÔBO, Paulo. **Famílias**, p. 1, 3.

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

afetividade nas relações entre seus integrantes, sendo o afeto um valor primordial e indispensável para a sua constituição.

Lôbo se manifesta quanto à família nos dias atuais:

Fundada em bases aparentemente tão frágeis, a família atual passou a ter a proteção do Estado, constituindo essa proteção um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e a sociedade. A proteção da família é, hoje, princípio universalmente aceito e adotado nas constituições da maioria dos países, independentemente do sistema político ou ideológico⁵⁸.

Assim, a família, felizmente, passa a receber um tratamento diferenciado e especial por parte do Estado, reconhecendo-se sua importância dentro da sociedade e, ao mesmo tempo, a necessidade de que a mesma receba a devida proteção.

Para Lôbo, a proteção dirigida pelo Estado à família, através da Constituição Federal de 1988, promoveu a maior transformação que se tem notícia entre as constituições mais recentes de outros países, possuindo aspectos que merecem ser destacados:

- a) a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições;
- b) a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direito e obrigações ;
- c) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimonializantes;
- d) a natureza socioafetiva da filiação torna-se gênero, abrangente das espécies biológica e não biológica;
- e) consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos;
- f) reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir a entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal;
- g) a família configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros⁵⁹.

Nesta seara, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 preocupou-se em oferecer tratamento igualitário entre a diversidade de espécies familiares atualmente existentes. Oportuniza a ampla liberdade para que seus membros possam se organizar dentro do núcleo familiar e, além disso, defende a presença da

⁵⁸ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 1.

⁵⁹ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6.

dignidade da pessoa humana, do bem-estar e do afeto nas relações ocorridas entre seus integrantes.

Para Chanan:

Parece inegável a vontade do legislador constitucional em assegurar esta tutela a todas as unidades familiares existentes, uma vez que o Estado Democrático consagra como seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, a liberdade, suas manifestações e a igualdade de todos perante a lei⁶⁰.

A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família moderna. Suas antigas funções, a econômica, a política, a religiosa e a procracional desapareceram e, em alguns casos, exercem apenas um papel secundário. A repersonalização das relações jurídicas familiares é um processo que avança em todos os povos ocidentais, revalorizando a dignidade humana e tendo a pessoa como centro da tutela jurídica, antes obscurecida pela primazia dos interesses patrimoniais⁶¹.

Para Gama:

As relações familiares, portanto, passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo aprimorado para seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional, constante do texto brasileiro de 1988, dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção a família, independentemente de sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas⁶².

⁶⁰ CHANAN, Guilherme Giacomelli. As Entidades Familiares na Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister; v.9, jun./jul, 2007. p. 49.

⁶¹ LÔBO, Paulo. **Famílias**, p. 15,16.

⁶² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob perspectiva do direito comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, ano 89, v.776, jun.2000. p. 65.

Assim nota-se que, em poucas décadas, os paradigmas do direito de família são absolutamente modificados, fazendo com que o jurista se depare com um novo direito, repleto de surpresas e desafios trazidos pela ciência ⁶³.

Segundo Pereira:

É interessante observar que o estudo da família, em Direito, esteve sempre estritamente ligado ao casamento, que a tornava legítima ou ilegítima, segundo os vínculos da oficialidade dados pelo Estado, ou mesmo pela religião. Grande parte dos juristas confunde o conceito de família com o de casamento. E por incrível que isso possa parecer, em nossa sociedade, mesmo no terceiro milênio, quando se fala em formar uma família, pensa-se que ela só pode constituir-se por meio do casamento. Mas como a realidade aponta outra direção, nos vemos obrigados a vê-la, sob o ponto de vista da ciência, como algo mais abrangente ⁶⁴.

Como bem ressalta Maria Berenice Dias, na maioria das vezes, ao se falar em família, imagina-se um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos ⁶⁵. Contudo, em decorrência das diversas e significativas mudanças ocorridas na entidade familiar, a família tradicional, constituída por pai, mãe e filhos, acaba muitas vezes dando lugar a novos modelos familiares, como é o caso da família monoparental, que será abordada a seguir.

2.2 A família monoparental

A família monoparental caracteriza-se por romper a até então conhecida forma de constituição do núcleo familiar, fazendo que com a presença de um único genitor e seu filho venha a ser denominada e reconhecida como uma família.

Conforme Lisboa:

A relação monoparental, que é a entidade familiar constituída por qualquer dos genitores e seus descendentes. A relação entre o ascendente e o

⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de família**. São Paulo: Editora Atlas S.A. 9ed. 2009. p. 6.

⁶⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 6, 7.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 38.

descendente, sem a existência presente do vínculo matrimonial daquele com outrem, é a forma de constituição da *família monoparental*⁶⁶.

Teve sua origem na viuvez, quando ocorria a morte de um dos genitores, ou nos casos de separação ou divórcio dos pais⁶⁷. Entretanto, conforme Soares, esta espécie familiar não se trata de algo novo no Brasil, uma vez que, devido às condições econômicas e sociais do povo brasileiro, o pai de família obrigava-se, muitas vezes, a deixar sua terra natal em busca de melhores oportunidades de trabalho, havendo, conseqüentemente, um elevado número de mulheres que passavam a ser verdadeiras chefes de família⁶⁸.

Entre as principais características da família monoparental compreendem-se: primeiramente, a presença de um só genitor, o que a difere da família biparental (na qual existem dois genitores e a função parental é desempenhada em conjunto, de modo que ambos possam ter lugar na criação, convivência, educação e manutenção da prole); na família monoparental, há apenas um dos genitores para desempenhar os dois papéis. Como segunda principal característica, tem-se a presença da prole, as crianças, que nesse modelo familiar têm de crescer e conviver com situações e problemas diferentes, advindos da monoparentalidade, sendo o primeiro deles a ausência de um dos pais no convívio cotidiano. E, ainda, a situação que originou tal modelo familiar, a qual pode ser fruto de uma decisão voluntária ou involuntária do genitor⁶⁹.

Como mencionado, são diversos os motivos que levam a este modelo de constituição familiar. Há inúmeros casos em que a mesma se forma em decorrência de uma escolha pessoal do genitor, como é o caso da mãe solteira e a adoção por apenas uma pessoa; ainda, em decorrência de situações imprevisíveis, como por exemplo, na viuvez, na separação judicial e no divórcio. Porém, independente da causa, seus efeitos jurídicos são os mesmos em relação ao poder familiar e ao estado de filiação. Na maioria das vezes, há a predominância de mães em tal

⁶⁶ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 35.

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 193.

⁶⁸ SOARES, Sônia Barroso Brandão. Famílias Monoparentais: Aspectos polêmicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 551, 552.

⁶⁹ SANTOS, Jonabio Barbosa dos; SANTOS, Morgana Sales da Costa. **Família monoparental brasileira**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Artigos/PDF/JonabioBarbosa_Rev92.pdf. Acesso em: 17 ago. 2011.

entidade, percebendo-se um declínio na participação dos pais, ao longo dos anos, em sua composição ⁷⁰.

Dias lembra que:

A entidade familiar chefiada por algum parente que não um dos genitores, igualmente, constitui vínculo monoparental. Mesmo as estruturas de convívio constituídas por quem não seja parente, mas que tenha crianças ou adolescentes sob sua guarda, podem receber a mesma denominação. Basta haver diferença de gerações entre um de seus membros e os demais e que não haja relacionamento de ordem sexual entre eles para ser configurada uma família monoparental ⁷¹.

Dessa forma, reconhece-se também como uma família monoparental quando a mesma é chefiada por outro parente ou qualquer outra pessoa que não seja o genitor da criança, desde que haja diferença de idade e não exista nenhum tipo de relacionamento sexual.

A família monoparental recebe tutela Constitucional no artigo 226, § 4º:

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

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes ⁷².

Esse texto reflete uma realidade social, especialmente nos grandes centros urbanos, em que as pessoas solteiras ou descasadas vivem sozinhas com os filhos, sem a permanência do parceiro amoroso ⁷³.

Para Moraes:

A Constituição Federal garantiu ampla proteção à família, definindo três espécies de entidades familiares:

- a constituída pelo casamento civil ou religioso, com efeitos civis (Constituição Federal, art.226, ¶¶ 1º e 2º);

⁷⁰ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 66,67.

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 194.

⁷² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago.2011.

⁷³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p. 53.

- a constituída pela união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (Constituição Federal, art.226,¶3 °)
- a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (Constituição Federal, art.226 ¶ 4 °)⁷⁴.

Inadmissível seria se a Constituição de 88 não elencasse a família monoparental entre as espécies de entidades familiares, uma vez que, ao se observar as famílias brasileiras, inúmeras são as que se constituem apenas de um de seus genitores e descendentes, não havendo, assim, como deixar tal entidade familiar sem receber a devida proteção estatal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece também a família monoparental, dispondo em seu artigo 25 que se entende por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes⁷⁵.

Porém, é necessário ressaltar que família monoparental não possui um estatuto jurídico próprio, com direitos e deveres específicos, ao contrário do casamento e da união estável, sendo aplicadas a ela as regras de direito de família, enquanto composição singular. Nas relações de parentesco, de filiação e do exercício do poder familiar incidem, sem qualquer tipo de discriminação, as mesmas normas de direito de família aplicáveis ao casamento e à união estável, bem como nas relações recíprocas entre pais e filhos, considerando-se a particularidade de a mesma ser integrada por apenas um dos pais. Caso o genitor venha a falecer, a família monoparental desaparece, ainda que seja nomeado tutor para os filhos menores. Outra hipótese em que a mesma poderá desaparecer é quando os filhos constituem novas famílias, ficando apenas o genitor⁷⁶.

Desta maneira, como lembra Serejo:

A ideia de entidade familiar não alcança somente a união estável entre o homem e a mulher. O sentido da expressão é mais amplo e abarca toda a agregação familiar por imposição biopsicológica, por força da vocação social do homem. E hoje, com a opção do Estado moderno pelo social, a proteção da família alcança também essas formas de convivência que

⁷⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo:Atlas,1998.p. 562.

⁷⁵BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 05 ago.2011.

⁷⁶ LÓBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67,68.

ultimamente têm crescido com a disseminação das famílias monoparentais⁷⁷.

Assim, independentemente do motivo pelo qual venha a se constituir uma família monoparental, é indispensável que a mesma seja tratada com a dignidade e a proteção que toda a espécie de entidade familiar é merecedora. O fato de a mesma ser formada por um único genitor e seu descendente não significa que entre eles não exista laços afetivos extremamente fortes e uma base familiar fortalecida e saudável.

2.2.1 Inseminação artificial heteróloga e família monoparental

A família monoparental pode ser consequência de diversas situações, entre elas os casos em que, por iniciativa própria, uma pessoa solteira resolve se submeter às técnicas de reprodução humana assistida para satisfazer o desejo de formar sua própria família. Tal situação, apesar de não parecer comum, vem ocorrendo com números significativos em todo o mundo, inclusive em nosso país.

Segundo Ramos:

A escolha de uma produção independente no Brasil de hoje é basicamente feminina. Os homens por enquanto não estão interessados em ter filhos fora de uma relação. Quando a mulher faz esta escolha pensa no filho como um valor. Busca desenvolver a maternidade, função conhecida e desempenhada com eficiência no transcurso dos séculos. A diferença é que as condições, neste caso, são outras: quando ela tinha filhos dentro do casamento tradicional, o homem era o provedor do lar e ela educava os filhos. Mais recentemente, quando os casais se separam, também o pai tem que colaborar com as despesas do filho, embora saibamos que em muitos casos esta obrigação não se cumpre. No caso da produção independente, a mulher não contará com a ajuda do parceiro. O importante a ressaltar é que, mesmo com estas dificuldades, está aumentando o número de mulheres que fazem esta escolha, desvinculando assim o casamento da maternidade. Pensam que não poder ou não querer ter um companheiro não exclui o desejo de querer ter um filho⁷⁸.

⁷⁷ SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. 2 ed. rev.atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 47, 48.

⁷⁸ RAMOS, Magdalena. Modificações da instituição família: Famílias uniparentais-produção independente. In GROENINGA, Giselle Câmara; PÉREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 293.

Desse modo destaca-se, na utilização de inseminação artificial, a predominância do sexo feminino, que mesmo com a presença de diversas dificuldades em conceber e criar uma criança absolutamente sozinha, arcando com todas as despesas, no que tange à educação, vestuário e alimentos, além das obrigações de ordem moral, não desiste de uma produção independente.

De acordo com Lisboa, estão entre os principais deveres do ascendente:

- a) *a guarda do descendente incapaz;*
- b) *o dever de assistência imaterial ao descendente incapaz, para fins de seu desenvolvimento biopsíquico, satisfazendo-se os direitos da personalidade dele;*
- c) *o dever de assistência material ao descendente incapaz, que compreende a percepção de alimentos, impondo-o tal dever sobre aquele que tem pelo menos a guarda do outro;*
- d) *o poder de correção do comportamento do descendente incapaz, e de castigo, desde que de forma moderada*⁷⁹.

Conforme a análise feita anteriormente, no primeiro capítulo, para que as mulheres solteiras possam realizar o desejo de ter seu próprio filho biológico, resta a elas se submeterem a técnica de inseminação artificial heteróloga, ou seja, com a interferência de um doador de sêmen. É neste cenário ainda não regulamentado pelo ordenamento jurídico brasileiro que se encontram inúmeras indagações ainda sem soluções efetivas.

Apesar de algumas alterações introduzidas pela Resolução 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, a possibilidade da utilização das técnicas de reprodução humana por pessoas solteiras continua sendo igualmente permitida, conforme disposto no item 2, que se refere aos pacientes das técnicas de reprodução assistida:

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

⁷⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 220.

devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente ⁸⁰.

Portanto, de acordo com o previsto no item 2 da Resolução do Conselho Federal de Medicina, torna-se claro que “todas as pessoas capazes” poderão se submeter às técnicas de reprodução artificial humana, isto é, pessoas solteiras, casadas, que vivem em união estável e, até mesmo, os casais homossexuais.

Para Brauner:

A aceitação de famílias formadas pela contribuição genética de terceiros é uma realidade que deve ser incluída nas diversas formas de constituir vínculos familiares, tendo em vista que a família deste novo século não se define mais exclusivamente pela existência da triangulação clássica: pai, mãe e filho ⁸¹.

A utilização da técnica por pessoas solteiras faz suscitar a questão do planejamento familiar, o qual que se encontra constitucionalmente assegurado no artigo 226, ¶ 7 ° da Constituição Federal de 1988:

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

¶ 7 ° 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 ⁸².

Nesta seara, o planejamento familiar se constitui como algo livre, desde que respeitados os princípios da dignidade da pessoa humana. Entretanto, é de se ressaltar que a obrigação do Estado em propiciar recursos educacionais e científicos não significa que a constituição de uma entidade familiar deva ocorrer de forma irresponsável, contando-se unicamente com o patrocínio estatal para sua manutenção,

⁸⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM n°1.957/2010. **Estabelece as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.** Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm Acesso em: 02 ago. 2011.

⁸¹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 83.

⁸² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago.2011.

uma vez que é notório que o Estado não teria condições de arcar com todas as despesas provenientes de uma família.

Segundo Gama, a Lei n. 9.263/96 passou a regular, em nível infraconstitucional, o planejamento familiar não mais restrito ao casal, mas também ao homem e a mulher considerados individualmente, conforme o referido autor:

De acordo com o tratamento normativo fornecido por esta Lei, pode-se depreender o reconhecimento da existência do direito de qualquer pessoa (homem ou mulher) ao planejamento familiar, incluindo a adoção de técnicas de fertilização para que haja reprodução humana, o que conduz a constatação de que lei autoriza a monoparentalidade obtida via procriação assistida. [...] desse modo, o Estado não pode interferir na vida sexual e reprodutiva da pessoa, inadmitindo-se coerção, discriminação e violência na opção individual⁸³.

Ou seja, a partir do momento que um homem ou uma mulher solteira decide recorrer às técnicas de reprodução humana assistida para ter seu próprio filho, estabelecendo-se conseqüentemente uma família monoparental, não será admitida a interferência estatal de forma violenta e discriminatória, garantindo-se ampla liberdade.

O referido autor acrescenta ainda:

As únicas limitações quanto à liberdade no planejamento familiar são a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável, o que implica a assertiva de que o direito à reprodução assistida não pode ser considerado senão dentro do contexto acentuadamente solidarista e humanista do Direito de Família, devendo ser avaliado previamente⁸⁴.

Novamente, evidencia-se que o fato de haver ampla liberdade para a formação de uma entidade familiar, permitindo-se conseqüentemente que mulheres solteiras submetam-se à técnica de inseminação artificial, não significa que as mesmas devam constituir uma família de modo impensado, sem pesar se realmente possuem condições para isto.

⁸³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob perspectiva do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, ano 89, v. 776, jun. 2000. p. 69.

⁸⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob perspectiva do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, 2000.p. 70.

Outro importante aspecto a ser observado, na utilização das técnicas de reprodução humana assistida, é o poder aquisitivo do usuário, uma vez que, apesar do aprimoramento e de sua utilização em quantidades cada vez mais expressivas, o valor de tais técnicas continua sendo alto.

Nesse sentido, afirma Soares:

Evidentemente que não é ao grupo de mulheres “desassistidas” ou “hipossuficientes” que se referem os casos de monoparentalidade por opção. Ou seja, aquela que se dará pela adoção ou pela inseminação artificial. Até porque tanto na adoção quanto na reprodução assistida a situação econômica de quem dispõe a desses meios se utilizar é levada em conta, embora na adoção não seja fator determinante na sua consecução. Isto porque a técnica de reprodução assistida é cara, para os padrões médios brasileiros ⁸⁵.

Entretanto, deve-se ressaltar que a condição econômica de qualquer ser humano está sujeita a percalços e mudanças ao longo do tempo, ou seja, uma pessoa que hoje se encontra em uma posição econômica bastante tranquila e favorável, poderá daqui a algum tempo estar em uma condição absolutamente oposta. Além disso, nada impede que, levada pelo desejo de ter seu próprio filho de modo independente, a mulher venha a economizar durante significativo período, para poder se submeter à técnica de reprodução assistida.

Para Ramos:

[...] quando as mulheres assumem a responsabilidade da educação dos filhos, sentem-se, e com razão, muito sobrecarregadas. Têm que ganhar o sustento familiar, têm que cuidar da casa e dos filhos. O peso e o custo desta empreitada é muito alto [...] Frequentemente a mulher pensa poder sustentar uma produção totalmente independente quando o filho ainda é um projeto, mas quando realidade, se torna muito mais complexa do que o previsto ⁸⁶.

Logicamente, é inevitável que, em alguns casos, após o nascimento da criança, fruto de uma produção independente, a mulher que anteriormente se sentia

⁸⁵ SOARES, Sônia Barroso Brandão. Famílias Monoparentais: Aspectos polêmicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 553.

⁸⁶ RAMOS, Magdalena. Modificações da instituição família: Famílias uniparentais-produção independente. In GROENINGA, Giselle Câmara; PÉREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de família e psicanálise: rumo à uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 292, 295.

absolutamente preparada, se sinta, no decorrer de sua criação, sobrecarregada em meio a tantas tarefas e, até mesmo, arrependida. Contudo, independente da situação em que se encontre, o fato é que a criança gerada tem direito a uma vida saudável, devendo receber, além de afeto e compreensão, tudo que atenda às suas necessidades básicas.

2.2.2 A inseminação artificial heteróloga e o uso por mulheres solteiras

Como não poderia deixar de ser, a utilização das técnicas de reprodução humana assistida por mulheres solteiras, ou seja, futuras famílias monoparentais, têm provocado opiniões controversas na doutrina, fazendo com que alguns doutrinadores entendam ser absolutamente inadmissível sua utilização; outros a defendem, alegando não existirem motivos suficientes para se negá-la.

Leite filia-se à corrente a qual se opõe a utilização da inseminação artificial por famílias monoparentais, afirmando ser este um ato egoísta:

Equívocou-se a Resolução, pois a inseminação artificial não foi desenvolvida para atender interesses egoísticos de particulares, muito menos de grupos ou segmentos de conduta excepcional na sociedade; a legitimidade deste recurso repousa na natural intenção de ter prole, própria dos casais, como decorrência natural da relação matrimonial, ou da entidade familiar⁸⁷.

O referido autor acrescenta ainda:

Se considerado direito fundamental, não há como negar o acesso das mulheres solteiras à inseminação artificial. Se considerado como direito privado e da esfera familiar, não há dúvida que o recurso fica restrito ao casal heterossexual⁸⁸.

A posição de Leite, mesmo contendo um aspecto até mesmo preconceituoso, não deve deixar de ser considerada, uma vez que, de maneira alguma, deverá

⁸⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 336.

⁸⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 355.

ocorrer a utilização de inseminação artificial para atender um sentimento puramente egoísta, sem preocupação com o bem estar e com o futuro da criança gerada; porém, parece equivocada restringir de modo absoluto sua viabilidade às mulheres solteiras.

Junges posiciona-se no mesmo sentido:

Quanto aos usuários das técnicas, é preciso ressaltar negativamente o fato de que o procedimento está facultado a toda mulher, casada e solteira. O direito natural da mulher solteira ter um bebê biológico (não adotivo) é nulo, face ao direito da criança de ter uma mãe e um pai. O máximo de liberalismo que a legislação pode conceder é exigir uma união estável entre homem e mulher⁸⁹.

Ramos também acredita que o fato de a criança já nascer sem pai é um ponto negativo na utilização da inseminação artificial por mulheres solteiras. Para o autor, não ter pai significa perder cinquenta por cento do apoio que uma criança deveria ter direito, perdendo-se, igualmente, o importante equilíbrio que um casal exercita na educação de um filho. Os pais passam por muitos momentos em que se sentem inseguros ou até desinformados para orientar uma criança, porém, estando juntos, podem refletir, conversar e trocar ideias, permitindo-se chegar a uma tomada de posição que, conseqüentemente, oferecerá ao filho uma postura mais consistente. Quando algum dos pais toma uma atitude muito radical e autoritária, o outro pode alertá-lo a esse respeito conquistando, assim, um clima mais harmônico dentro da família, o que beneficiará a criança⁹⁰.

Para Soares:

Claro está que tanto a jurisprudência quanto as leis caminham no sentido de limitar a inseminação em mulher solteira para coibir os abusos. Por outro lado, também há que se preservar o melhor interesse da criança a um convívio sadio, à educação, ao afeto e ao nome. Caracterizariam os abusos já referidos o caso de mulheres que procuram a gravidez como meio futuro de sustento, valendo-se da criança para verdadeiramente explorar uma

⁸⁹ JUNGES José Roque. **Bioética**: perspectivas e desafios. São Leopoldo: Ed. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 1999. p. 168.

⁹⁰ RAMOS, Magdalena. Modificações da instituição família: Famílias uniparentais-produção independente. In GROENINGA, Giselle Câmara; PÉREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de família e psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 293.

relação de parentesco imposta exclusivamente pela lei; caso haja a quebra do anonimato e a declaração de paternidade ⁹¹.

Sob este aspecto, o que não deve deixar de ser considerado é que a utilização da técnica de inseminação artificial por famílias monoparentais não poderá, em hipótese alguma, estar baseado no interesse de futuramente vir a se estabelecer um modo de extrair-se sustento do doador de sêmen, pois, antes de tudo, tem-se que analisar a verdadeira intenção de quem opta por tal solução. O melhor interesse da criança não deve sofrer limitações, devendo ser preservado de forma primordial.

Todavia, outra parte da doutrina, como Maria Berenice Dias, entende serem preconceituosos os posicionamentos que negam o direito das famílias monoparentais às técnicas de reprodução assistida:

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. 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 a uma mulher o uso de técnicas de procriação assistida somente pelo fato de ser solteira ⁹².

Realmente, se analisado sob o ponto de vista de que toda a mulher solteira tem direito a adotar uma criança, o que a impediria de submeter-se a inseminação artificial? Considere-se que em ambos os casos a situação fática é a mesma: a criança faz parte de uma família monoparental, em que não há a figura paterna.

Neste mesmo trilhar afirma Gama que, diante da viabilidade da realização de adoção por apenas uma pessoa, não há razoabilidade em se negar a adoção de técnica de reprodução humana assistida, inexistindo elemento discriminador razoável a justificar tal proibição ⁹³.

⁹¹ SOARES, Sônia Barroso Brandão. Famílias Monoparentais: Aspectos polêmicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 573.

⁹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 195,196.

⁹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob perspectiva do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Editora Revista do Tribunais Ltda, ano 89, v.776, jun, 2000, p. 77.

Lôbo acrescenta ainda que é admitida a reprodução assistida para mulheres solteiras, pois a Constituição não apenas protege a família monoparental já constituída, mas também a que se pretende constituir⁹⁴.

Para Maria Claudia Crespo Brauner:

De fato, se o interesse da criança deve ser preponderante, isso não implica concluir que seu interesse se contrapõe, de forma reiterada, ao recurso às técnicas de procriação artificial e que ela não possa vir a integrar uma família monoparental, desde que o genitor isolado forneça todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto. É de se ressaltar que não há, necessariamente, uma incompatibilidade entre os direitos da criança e o direito da mãe que opta pela utilização de contribuição genética de doador para gerar e que, portanto, em virtude do critério do anonimato e segredo da identidade do doador, esta não poderá desvendar jamais à criança o nome de seu genitor, embora deva lhe informar o quanto ela foi desejada e as condições de seu nascimento⁹⁵.

Claro está que o que realmente deve ser fundamental na concepção de um novo ser, bem como durante seu desenvolvimento, é que este tenha acesso a tudo que lhe é necessário. Por isso, caso uma mulher, mesmo sozinha, consiga lhe proporcionar uma vida digna, não existiriam motivos para negar-lhe uma produção independente.

Neste sentido sugere Brauner:

Deste modo, é recomendável que se proceda a um estudo antecipado do perfil da pessoa que recorre aos centros de reprodução artificial, conheçam-se as motivações que impulsionam a realizar o projeto parental. Como nos processos adotivos, é preciso uma etapa de preparação e de certeza quanto ao ato, para que o consentimento seja esclarecido e maduro⁹⁶.

Saliente-se que, em meio a tantas indagações, torna-se imprescindível, com a evolução do Direito de Família e suas novas formas de entidades familiares, como é o caso das famílias monoparentais, em decorrência da utilização da inseminação artificial, que exista o devido amparo legal, sem que ocorra qualquer tipo de discriminação pela sociedade. Pois como bem alerta Dias, apesar da aparente

⁹⁴ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67,68.

⁹⁵ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 81,82.

⁹⁶ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

limitação constitucional, ao elencar as entidades familiares, não dá para deixar de reconhecer como merecedora de especial atenção do Estado toda e qualquer estrutura de convívio que forme uma unidade afetiva da qual se irradiam efeitos que merecem ser tutelados pelo direito⁹⁷.

Nesta seara, após a análise das posições doutrinárias a respeito da viabilidade da utilização de inseminação artificial por mulheres solteiras, faz-se necessário ressaltar que, apesar de divergentes todos os posicionamentos, sem exclusão, possuem características que merecem ser levadas em conta; afinal, a concepção de um novo ser jamais deverá deixar de ser tratado com a máxima tutela e atenção.

Além disso, certo ou errado, o fato é que não há nada que impeça o acesso dessa parcela de mulheres sozinhas à inseminação artificial, mesmo que algumas não apresentem plenas condições, já que, até o momento, não existe em nosso ordenamento jurídico previsão legal acerca das técnicas de reprodução humana assistida. A Resolução 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, é a única previsão existente, mas, infelizmente, se apresenta insuficiente para regulamentar tal seara.

É perante essa realidade que surgem inúmeras questões passíveis de discussão, como é o caso do direito a alimentos da criança nascida de inseminação artificial heteróloga. Trata-se de hipótese que, apesar ainda de não se ter conhecimento da ocorrência na jurisprudência brasileira, provavelmente não tardará a acontecer, tendo-se em vista as relações familiares, ou melhor, as relações humanas, pois nada se constitui como exato e imutável.

2.2.3 A família monoparental e o direito a alimentos da pessoa nascida por inseminação artificial heteróloga frente ao doador de sêmen

Conforme já afirmado, opiniões divergentes à parte, a utilização de inseminação artificial heteróloga por mulheres solteiras é possível em nosso país, fato este que não provoca maiores indagações quando a mesma consegue prover

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 194.

sozinha todas as necessidades da criança gerada. Contudo, nem sempre isto poderá vir a ocorrer, ou seja, nada impede que, durante o desenvolvimento do nascido do banco de sêmen, sua mãe encontre dificuldades financeiras para mantê-lo.

É diante desta situação, ainda não prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro, que se pretende desvendar se o doador de sêmen, o pai biológico da criança, poderá vir a ser demandado em ação de alimentos.

Inicialmente, é necessário salientar que, na inseminação artificial heteróloga, a presunção de paternidade é exclusivamente baseada na verdade afetiva, sendo reconhecida a filiação, mesmo diante da certeza da inexistência de filiação biológica. Pelo fato de ser utilizado material genético de doador anônimo, a verdade genética deixou de ser pressuposto para o estabelecimento da presunção de paternidade⁹⁸.

Para Lôbo:

Por linhas invertidas, a tutela legal desse tipo de concepção vem a fortalecer a natureza fundamentalmente socioafetiva, e não biológica, da filiação e da paternidade. Se o marido autorizou a inseminação artificial heteróloga, não poderá negar a paternidade, em razão da origem genética, nem poderá ser admitida investigação de paternidade⁹⁹.

Assim, na utilização de inseminação artificial heteróloga por casais que não conseguem conceber naturalmente seu próprio filho, a paternidade afetiva, indiscutivelmente, sobrepõe-se sobre à paternidade biológica, fazendo com que a criança venha a reconhecer como pai o marido ou o companheiro de sua mãe que consentiu com o procedimento, não estabelecendo, desta forma, qualquer tipo de ligação com o pai biológico, o doador de sêmen, que permanece em anonimato.

Todavia, segundo o entendimento de Santosuosso:

[...] embora não se possa afirmar sempre de modo absoluto a existência da relação entre pai e filho, o legislador procura, sempre que possível, estabelecer a correspondência entre o *status* jurídico e a realidade biológica. [...] pai deve ser o doador, não se podendo atribuir ao consentimento do marido força para estabelecer uma paternidade que ele

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 325.

⁹⁹ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 204.

entenda desconhecer, porque o vínculo biológico é que deve prevalecer, uma vez que tenha sido convenientemente provado ¹⁰⁰.

Entretanto, a doutrina tem afirmado que à inseminação artificial heteróloga deva ser dado tratamento similar ao da adoção. Neste sentido afirma Dias:

Algumas regras sobre a **adoção** cabem ser estendidas à procriação assistida heteróloga. Comporta interpretação extensiva à atribuição da condição de filho, desligando-o de qualquer vínculo com os parentes consanguíneos, exceto quanto aos impedimentos patrimoniais e também no que diz com o estabelecimento dos vínculos de parentesco ¹⁰¹.

Ocorre que, na presente hipótese, em que a utilização da técnica de inseminação artificial se deu por uma mulher solteira, a criança não possui nem mesmo pai afetivo. Ou seja, a criança não desfruta da posse do estado de filho, que não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, sedimentado no terreno da afetividade. Além disso, quer nas ações em que é buscada a identificação do vínculo de filiação, quer na sua desconstituição, ao autor não basta provar que o réu é o seu pai biológico, para ser reconhecido o estado de filiação, é necessário comprovar que não há posse de estado de filho de alguém ¹⁰².

No tocante ao conhecimento da ascendência biológica, assunto exaustivamente discutido nos dias de hoje, parece pacífico o entendimento de que a criança tem o direito de saber quem é seu pai biológico. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 27, afirma ser o reconhecimento do estado de filiação direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça ¹⁰³.

Ninguém pode ser obrigado a conhecer sua ascendência biológica, mas todos os filhos têm o direito de conhecê-la caso o queiram, pouco importando a natureza de seus vínculos familiares. Por isso, há quem defenda a graduação da paternidade, dela excluindo, todavia, qualquer

¹⁰⁰ SANTOSUOSSO, Fernando. La fecondazione artificiale nella donna, apud BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 59.

¹⁰¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 332.

¹⁰² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 326.

¹⁰³ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 05 ago. 2011.

sequela jurídica quando revelada a verdade biológica apenas para o conhecimento. O filho, gerado por inseminação artificial heteróloga, tem o direito de saber quem é o seu pai biológico, devendo ser rompido o sigilo que envolve a doação de esperma. Pela legislação vigente, todo cidadão tem o direito de saber quem é o seu pai ¹⁰⁴.

Porém, no que se refere a possíveis direitos patrimoniais exercidos pela criança, em relação ao doador de sêmen, a questão apresenta-se significativamente mais complexa e até mesmo distante de pacificação. A instigante situação da criança proveniente de família monoparental, e concebida através de inseminação artificial heteróloga, no caso de vir a necessitar alimentos, não encontra atualmente, em nosso país, qualquer posição jurisprudencial, ou mesmo doutrinária, sendo que a maioria dos doutrinadores apenas menciona a inexistência de vínculo jurídico entre a criança e o doador, sem, contudo, nenhum deles dar-se conta da existência de conflito entre direitos humanos fundamentais: o direito a alimentos do nascido, contido no direito fundamental à vida, e o direito ao anonimato do doador, contido no direito fundamental à privacidade.

Todavia, outros países já se pronunciaram em relação ao direito de alimentos na inseminação artificial heteróloga, como é o caso da justiça sueca. Um sueco, após doar seu sêmen a um casal de lésbicas, foi condenado a pagar pensão às três crianças geradas, por ter confirmado ser o doador e para explicar a origem dos menores.

Justiça sueca obriga doador de esperma a pagar pensão a filhos - da Reuters, em Estocolmo. Um sueco de 36 anos teve negada a sua apelação contra a decisão de que deveria pagar pensão a três crianças geradas com a doação de seus espermatozoides a um casal de lésbicas, anunciou um tribunal hoje. O casal de lésbicas se separou e a mulher que deu à luz a três filhos, agora com dez, oito e seis anos de idade, pediu ajuda financeira ao escritório de assistência social. O escritório garantiu a ela uma ajuda de US\$ 265 mensais e pediu ao doador do esperma, Igor Lehnberg, que pagasse a conta, por ser o pai biológico das crianças. Lehnberg apelou da decisão, já que, segundo a legislação sueca, um doador de esperma não é considerado legalmente o pai da criança concebida com a ajuda de seu sêmen, e nunca manteve relações sexuais com a mãe dos três filhos. O tribunal de apelações decidiu que Lehnberg deve pagar a pensão, por ele ter confirmado ser o doador, para explicar às crianças a origem delas.

¹⁰⁴ MOREIRA, Fernanda de Souza. O Direito a Alimentos do Nascido do Banco de Sêmen e a Legitimação Passiva do Doador na Inseminação Artificial Heteróloga: uma Colisão de Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister. vol.15. abr./mai., 2010. p. 40, 41.

Geralmente, os doadores de esperma na Suécia permanecem no anonimato. Agora, o sueco pode apelar da decisão na Suprema Corte¹⁰⁵.

Outro caso envolvendo o pagamento de pensão alimentícia por parte do doador de sêmen encontra-se em uma decisão do Juizado de Proteção à Criança do Reino Unido, no ano de 2007. A questão fática é similar a do caso acima narrado: um bombeiro britânico, ao doar seu material genético a um casal de lésbicas, não o fez através de banco de sêmen, sendo condenado a pagar pensão alimentícia às duas crianças concebidas, uma vez que, pela lei britânica, apenas doadores anônimos, que doaram esperma através de clínicas de fertilidade licenciadas, estão isentos de responsabilidades legais com os filhos. Conforme a notícia divulgada no site Espaço Vital:

Um bombeiro britânico que doou esperma para um casal de lésbicas foi forçado, pelo Juizado de Proteção à Criança do Reino Unido (CSA, na sigla em inglês) a pagar pensão para duas crianças concebidas através de inseminação artificial. Segundo a lei britânica, apenas doadores anônimos, que doaram esperma através de clínicas de fertilidade licenciadas, estão isentos de responsabilidades legais com os filhos. Andy Bathie, 37, foi contatado pelo casal para se tornar doador há cinco anos. Segundo ele, o casal garantiu ao doador que este não teria nenhuma responsabilidade pessoal ou financeira com a criança. Mas, em novembro, a CSA entrou em contato com Bathie, forçou-o a fazer um teste de paternidade e determinou-lhe o pagamento de pensão porque o casal havia se separado. Conforme a decisão, *"Bathie, por ser o pai biológico das duas crianças, um menino e uma menina, é considerado legalmente responsável pela manutenção dos filhos"*. Bathie diz que ficou surpreso. *"A reação foi de choque, nervosismo e desespero"*, afirmou. *"Não entendo até agora porque tenho que pagar pelos filhos de um outro casal"*, disse. De acordo com um porta-voz da Autoridade de Fertilização Humana e Embriologia do Reino Unido (HFEA, na sigla em inglês), *"homens que doam esperma através de outros meios que não em clínicas de fertilização licenciadas -- como pela internet, por exemplo -- são legalmente considerados os pais das crianças, com todas as responsabilidades legais"*. Um projeto de lei em discussão na Câmara dos Lordes prevê a aplicação de direitos e deveres iguais - inclusive responsabilidade financeira - para os dois membros do casal de mesmo sexo que têm filhos. Se for aprovada pela Câmara Baixa do Parlamento, a lei garante que o casal será considerado como os pais legais da criança concebida através de doação de esperma¹⁰⁶.

Nesse contexto, Azevedo nos traz uma ressalva de uma forma até mesmo irônica, afirmando que, sendo assim, o doador que tenha doado sêmens a duzentas

¹⁰⁵ Justiça sueca obriga doador de esperma a pagar pensão a filhos. **Folha On Line**, São Paulo, 20 jun 2002. Disponível em: www.folha.com.br. Acesso em 8 ago.2011.

¹⁰⁶ Doador de esperma é condenado a pagar pensão alimentícia a duas crianças. **Espaço Vital**, Porto Alegre, 05 dez 2007. Disponível em: espacovital.com.br. Acesso em 12 set. 2011.

mães será pai de duzentos filhos, tendo reciprocamente, pai e filhos, direito a alimentos, “O pai, com duzentas ações de alimentos contra ele, chegaria, facilmente, à insolvência” ¹⁰⁷.

Apesar de aparentemente exagerada a colocação do autor, o mesmo não deixa de ter razão; porém, neste aspecto, a Resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina se precaveu, estabelecendo que:

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

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 ¹⁰⁸.

Sendo assim, no que se refere ao problema de identificação do doador, o problema seria facilmente eliminado, devido ao registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e amostra de material celular dos doadores, que devem ser mantidas pelas instituições que empregam doação de material genético. Já no que tange à maneira de como evitar que um doador venha a contribuir, de forma desgovernada, foi estabelecido que o registro de nascimentos evite que o mesmo venha a produzir mais do que uma gestação de sexo diferente, numa área de um milhão de habitantes.

Saliente-se, porém, que o direito a alimentos do nascido do banco de sêmen não é uma questão tão simples de ser resolvida, pois, como já mencionado anteriormente, além da escassez de regulamentação jurídica e, até mesmo jurisprudencial e doutrinária, neste caso acabam colidindo, inevitavelmente, dois direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988: o direito à vida da criança e o direito à privacidade do doador.

¹⁰⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ética, direito e reprodução humana assistida. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**. Brasília: Conselho Federal da OAB, ano XXIV, n.58, abr./ago.1994.p. 51.

¹⁰⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM nº1.957/2010. **Estabelece as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida**. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm Acesso em: 02 ago. 2011.

Além disso, apesar de a Resolução 1.957/2010 estabelecer que deva ser mantido sigilo quanto à identidade do doador, há de se ressaltar que esta, frente à Constituição Federal, a qual disciplina os dois direitos fundamentais em jogo, torna-se até mesmo sem efeito, tendo-se em vista a supremacia da Carta Magna sobre a Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Conforme assevera Moreira:

O direito da criança nascida da inseminação artificial heteróloga em pleitear alimentos contra o homem que doou o esperma é uma das instigantes situações trazidas pelas modernas técnicas de Reprodução Artificial Humana. Nessa hipótese, ainda não regulamentada pelo legislador brasileiro, entram em choque dois direitos fundamentais de igual hierarquia, expressos em nossa Constituição Federal de 1988: o direito a alimentos da criança, contido no direito à vida, e o direito ao anonimato do doador, inserido no direito à privacidade¹⁰⁹.

Consoante ao exposto, para que venha a se estabelecer ou não o doador de sêmen como parte passiva da ação de alimentos, é indispensável que, primeiramente, sejam analisadas as particularidades dos dois direitos fundamentais conflitantes, para que, então, finalmente venha a ser solucionado, de forma justa e equilibrada, o presente litígio. Necessário, porém, salientar que o presente trabalho não tem como escopo abordar o aspecto processual, ou seja, as condições da ação de alimentos entre o doador e a criança concebida, restringindo-se apenas a solucioná-lo no plano constitucional.

¹⁰⁹ MOREIRA, Fernanda de Souza. O Direito a Alimentos do Nascido do Banco de Sêmen e a Legitimação Passiva do Doador na Inseminação Artificial Heteróloga: uma Colisão de Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister. vol. 15. abr./mai, 2010. p. 30.

3 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA E A COLISÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Antes de se explorar, efetivamente, os direitos fundamentais colidentes, ou seja, o direito ao anonimato do doador de sêmen, contido no direito fundamental à privacidade, e o direito a alimentos do ser gerado por inseminação artificial previamente se compreenda, de forma genérica, os chamados direitos fundamentais do homem.

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, pode ser definido como direitos humanos fundamentais ¹¹⁰.

Saliente-se que as constituições democráticas contemporâneas, entre as quais figura a brasileira de 1988, consagram um extenso catálogo de direitos fundamentais. Abstratamente, esses direitos mantêm, entre si e com outros bens, constitucionalmente protegidos, uma relação de harmonia, porque são atribuídos por normas constitucionais, não havendo, entre eles, ordenação hierárquica e nem exclusão *a priori* ¹¹¹.

Para José Afonso da Silva:

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo *fundamental* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do *homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do

¹¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 20.

¹¹¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 20.

homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana¹¹².

Desse modo, os direitos fundamentais encontram-se absolutamente interligados com a dignidade da pessoa humana, configurando-se, assim, como indispensáveis para a sua sobrevivência. Portanto, não é à toa que a Constituição Federal, reconhecendo a importância dos direitos fundamentais do homem, lhes atribuiu uma posição diferenciada perante os demais.

3.1 O direito fundamental à privacidade do doador de sêmen

A inseminação artificial heteróloga, inegavelmente, apresenta-se como a técnica de reprodução humana assistida que suscita maiores indagações, principalmente no âmbito do Direito de Família. Isto se atribui ao fato de que, na mesma, é indispensável a participação de um doador de sêmen que, previamente, tem garantido o anonimato de sua identidade. No que tange ao vocábulo anonimato, o Dicionário de Língua Portuguesa nos traz a seguinte definição “entende-se por anonimato o estado do que não tem nome ou que o esconde”¹¹³.

Neste diapasão, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 1.957/2010, em seu item IV, como já citado anteriormente, expressamente estabelece que os doadores não devam conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, além de obrigatoriamente exigir que se deva manter sigilo sobre a identidade dos doadores de células reprodutivas¹¹⁴.

Ressalta Moreira:

O anonimato dos doadores é correlato ao direito fundamental à privacidade e, por assim ser identificado, é um direito subjetivo fundamental. Como direito subjetivo fundamental, este possui um objeto e conteúdo próprio. O objeto, o bem protegido, é a liberdade de omitir a sua identificação civil;

¹¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.178.

¹¹³ BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, 1996. p. 55.

¹¹⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM nº1.957/2010. **Estabelece as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida**. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em: 02 ago. 2011.

este, correlato ao da privacidade. O conteúdo é a faculdade de manter sigilo de seu nome. Esta distinção é importante. O anonimato não é o bem protegido, não é o objeto do direito fundamental. Seria um equívoco falar em *direito ao anonimato*, tomando o conteúdo do bem protegido (objeto), como se tratasse em si de um único direito fundamental. É preciso reconhecer que o anonimato, nesse aspecto, diz respeito à privacidade ¹¹⁵.

O direito fundamental à privacidade tem como característica a exigência de isolamento mental ínsita no psiquismo humano, que leva a pessoa a não desejar que certos aspectos de sua personalidade e de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros, limitando-se o quanto possível a inserção de estranhos na esfera privada ou íntima da pessoa. Tal direito reveste-se das conotações fundamentais dos direitos da personalidade, devendo-se enfatizar a sua condição de direito negativo, ou seja, expresso exatamente pela não exposição a conhecimento de terceiro de elementos particulares da esfera reservada do titular, consistindo no direito de impedir o acesso de terceiros aos domínios da confidencialidade ¹¹⁶.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos fundamentais, dispõe de forma expressa em seu artigo 5º, inciso X:

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação ¹¹⁷.

Desse modo, além de constituir-se como um direito fundamental do homem, o direito à privacidade também se caracteriza por ser um direito da personalidade. Como afirma Canotilho:

Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos direitos fundamentais são de personalidade. **Os direitos de personalidade** abarcam certamente os direitos de estado (por ex. direito de

¹¹⁵ MOREIRA, Fernanda de Souza. O Direito a Alimentos do Nascido do Banco de Sêmen e a Legitimação Passiva do Doador na Inseminação Artificial Heteróloga: uma Colisão de Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister. vol.15. abr./mai., 2010. p. 36.

¹¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 107,108.

¹¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2011.

cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade) [...]¹¹⁸.

Sendo assim, tanto o direito fundamental à privacidade do doador de sêmen, quanto o direito fundamental à vida do ser gerado, constituem-se como direitos da personalidade, que são reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para defesa de valores inatos do homem. São eles dotados de caracteres especiais, para uma projeção eficaz da pessoa humana, em função de possuir como objeto os bens mais elevados do homem. Logo, constituem-se em direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários, e oponíveis *erga omnes*, como tem assentado a melhor doutrina¹¹⁹.

Saliente-se, ainda, que os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim, o conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.¹²⁰.

Neste sentido, leciona Ferraz Júnior:

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade. Mas é possível exemplificá-lo: o diário íntimo, o segredo sob

¹¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional: e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003. p. 396.

¹¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 1,11.

¹²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 1991 apud MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 138.

juramento, [...]. Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de *convivência*¹²¹.

Desta forma, garante-se ao titular a prerrogativa de manter determinados dados em segredo, ficando estes retidos apenas em sua esfera mais íntima; o mesmo detém um poder de escolha, cabendo a ele permitir ou não a revelação de determinados atos e fatos de sua vida.

Para Maurício Benevides Filho:

Assim, podemos definir esfera íntima como sendo aquela que compreende os gestos, fatos e informações que o cidadão tem o direito de subtrair ao conhecimento de todos; a esfera ou vida privada como sendo aquela que engloba os acontecimentos que cada indivíduo compartilha com um número muito restrito de pessoas [...]¹²².

Além disso, a invasão da intimidade, a ofensa à honra ou a utilização não autorizada da imagem de alguém conferem ao prejudicado a prerrogativa de pleitear que cesse o ato abusivo ou ilegal e que o dano, material ou moral, porventura experimentado pela vítima, seja reparado por quem causou¹²³. Ou seja, caso o sujeito venha a ter certos aspectos de sua vida íntima revelados ou invadidos por terceiros, de forma irregular, nasce para o mesmo o direito de fazer cessar tal intromissão, nem que para isso tenha até mesmo que acionar o Poder Judiciário.

Alerta Moraes:

Os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas. No restrito âmbito familiar, os direitos à intimidade e a vida privada devem ser interpretados de uma forma mais ampla, levando em conta as delicadas, sentimentais e

¹²¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: O direito à privacidade e os limites a função do Estado. **Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez.1992.p. 143.

¹²² FILHO, Maurício Benevides. Direito à intimidade e o processo de investigação de paternidade: direito à recusa ao exame hematológico. In. PEREIRA, Ana Cláudia Távora; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 163, 164.

¹²³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 95.

importantes relações familiares, devendo haver maior cuidado em qualquer intromissão externa¹²⁴.

Aplaudível o posicionamento de Moraes, visto que o direito à privacidade, já merecedor de tratamento diferenciado, por se encontrar elencado entre os direitos fundamentais do homem, na Constituição Federal, deve ganhar uma dimensão ainda maior ao se encontrar interligado com o Direito de Família, um dos ramos, senão o ramo mais fascinante e merecedor de cuidados do mundo jurídico, uma vez que é através dele que o futuro de milhares de seres humanos é decidido diariamente.

No que se refere especialmente ao direito ao anonimato dos doadores de sêmen, na inseminação artificial heteróloga, contido no direito fundamental à privacidade, este se constitui, atualmente, objeto de intermináveis debates nos mais diversos campos da ciência humana, o que não poderia ser diferente, visto que, apesar do Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 1.957/2010, vedar a divulgação da identidade dos mesmos, não há na legislação brasileira nenhum dispositivo que, efetivamente, venha a lhes assegurar o anonimato, o que torna toda indagação em relação à privacidade dos doadores passível de discussão, como é o caso do direito a alimentos do concebido por inseminação artificial heteróloga.

3.2 O direito fundamental à vida do nascido por inseminação artificial heteróloga

Todo ser humano, independentemente de sua raça, cor, origem e até mesmo religião, tem seu direito à vida assegurado desde sua concepção. Deste modo, talvez se possa afirmar que o primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver¹²⁵. Porém, não basta que se garanta unicamente de forma teórica o direito à sobrevivência, sendo necessário também que se efetivem outros inúmeros direitos a ela atrelados, para que o homem possa se desenvolver de forma digna.

Antes de qualquer coisa, é necessário ressaltar que o direito à vida, assim como o direito à privacidade, pertence aos direitos fundamentais da primeira

¹²⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 138.

¹²⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 373.

geração, também designados de direitos da liberdade. O titular é o indivíduo, e são oponíveis ao Estado, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa; ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico, enfim, são os direitos de resistência ou oposição perante o Estado ¹²⁶.

No entendimento de Moraes:

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal assegura, portanto, o *direito à vida*, cabendo ao Estado assegurá-lo em dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência ¹²⁷.

E acrescenta:

O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como *direito a um nível de vida adequado com a condição humana*, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse *direito a um nível de vida adequado com a condição humana*, respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais ¹²⁸.

Desta maneira, o direito à vida, dentre os direitos de ordem física, ocupa posição de primazia, como bem maior na esfera natural e também na jurídica, já que, em seu torno, e como consequência de sua existência, todos os demais gravitam. Manifestando-se desde a concepção, sob condição do nascimento do ser com vida, permanece integrado à pessoa até sua morte. Este direito estende-se a qualquer ente trazido à lume pela espécie humana, independentemente do modo de nascimento, da condição do ser, de seu estado físico ou estado psíquico. Basta que se trate de forma humana, concebida ou nascida natural ou artificialmente. Trata-se

¹²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 563, 564.

¹²⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 80.

¹²⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, p. 80.

de direito que se reveste, em sua plenitude, de todas as características gerais dos direitos à personalidade, ressaltando seu aspecto de indisponibilidade, já que se caracteriza, neste campo, um direito à vida, e não um direito sobre a vida, constituindo-se um direito de caráter negativo que se impõe pelo respeito, que a todos os componentes da coletividade se exige ¹²⁹.

O direito fundamental à vida encontra-se expressamente assegurado no caput no artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

Art.5 º 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 ¹³⁰.

Porém, ao mesmo passo em que se verifica a importância de compreender a vida, constata-se a dificuldade de defini-la, talvez por se tratar de algo tão abrangente e inauferível.

Para José Afonso da Silva:

A Vida, no texto constitucional (art.5º, *caput*), não será considerada apenas no sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraia a vida ¹³¹.

Consciente da dimensão do direito fundamental à vida, Sérgio Ferraz afirma que, acima de tudo, na procriação, o que vale não é o simples e eventual direito à

¹²⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 66, 67.

¹³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2011.

¹³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.196.

vida, mas sim a uma vida saudável, importando precipuamente o interesse da criança a gerar, e não a satisfação dos pais em porem alguém no mundo ¹³².

Realmente, parece não ser justo sacrificar a vida de uma criança que é posta ao mundo sem escolha. Afinal, as técnicas de reprodução artificial humana, ao serem colocadas à disposição do homem, deveriam efetivamente contar com o bom senso de seus usuários, já que, infelizmente, o Estado não possui mecanismos eficazes de controle nesta seara. Cabe, desta forma, aos mesmos, verificarem de forma responsável se possuem ou não condições de utilizá-las, tendo consciência do que realmente significa uma nova vida.

3.2.1 O direito a alimentos

O direito a alimentos encontra-se absolutamente inserido no direito à vida, já que sem o mesmo não há que sem falar em sobrevivência. Entretanto, é necessário lembrar que, embora sugestione o direito a alimentos, não compreende apenas o direito à comida, mas também a outros inúmeros direitos dele decorrentes como, por exemplo, o direito a vestuário, moradia, higiene e educação, os quais são indispensáveis a todo ser humano.

Neste sentido leciona Carlos Roberto Gonçalves:

O vocábulo “alimentos” tem, todavia, conotação muito mais ampla do que na linguagem comum, não se limitando ao necessário para o sustento de uma pessoa. Nele se compreende não só a obrigação de prestá-los, como também o conteúdo da obrigação a ser prestada. A aludida expressão tem, no campo do direito, uma acepção técnica de larga abrangência, compreendendo não só o indispensável ao sustento, como também o necessário à manutenção da condição social e moral do alimentando. Quanto ao *conteúdo*, os alimentos abrangem, assim, o indispensável ao sustento, vestuário, habitação, assistência médica, instrução e educação ¹³³.

O direito a alimentos constitui-se na forma pela qual o sujeito, incapaz de prover-se sozinho, socorre-se. Além disso, faz-se necessário ressaltar que o referido auxílio não precisa, necessariamente, ser alcançado em dinheiro, podendo também

¹³² FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: S. A. Frabris, 1991. p. 45.

¹³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, vol. VI, 2005. p. 440.

ocorrer através do pagamento de aluguel destinado à moradia, do pagamento de medicamentos, vestuário, alimentação e outras diversas formas, desde que venha a suprir as necessidades básicas do destinatário.

Conforme Lôbo:

Alimentos, em direito de família, tem o significado de valores, bens ou serviços destinados às necessidades existenciais da pessoa, em virtude de relações de parentesco (direito parental), quando ela própria não pode prover, com seu trabalho ou rendimentos, a própria manutenção. Também são considerados alimentos os que decorrem dos deveres de assistência, em razão da ruptura de relações matrimoniais ou de união estável, ou dos deveres de amparo para idosos (direito assistencial). Os alimentos podem ser em dinheiro, também denominados pensão alimentícia, e *in natura*, ou naturais, como a entrega de imóvel para moradia e de coisas para consumo humano. O adimplemento da obrigação pode ser direto (quantia em dinheiro) ou indireto (pagamento de mensalidades escolares)¹³⁴.

Saliente-se que parentesco e família não se confundem, ainda que as relações de parentesco sempre sejam identificadas como vínculos decorrentes da consanguinidade, ligando as pessoas a determinado grupo familiar. Não existe coincidência entre o conceito de família e o de parentesco, uma vez que, na ideia de família, está contido o parentesco mais importante, que é a filiação. Além de um vínculo natural, o parentesco também é um vínculo jurídico estabelecido por lei, que assegura direitos e deveres recíprocos, tratando-se de elos que não se constituem nem mesmo se desfazem por ato de vontade. Assim, como os vínculos familiares possuem diversas origens, o parentesco admite variadas classificações e decorre das relações conjugais, de companheirismo e de filiação, podendo ser natural, biológico ou consanguíneo, civil, adotivo, por afinidade, em linha reta ou colateral, maternal ou paternal¹³⁵.

Consoante a isso, impossível negar-se que entre o doador de células reprodutivas e a criança gerada exista uma relação de parentesco, classificando-se como um parentesco natural, consanguíneo, em linha reta, paternal.

Saliente-se que entre pais e filhos menores, cônjuges e companheiros, não existe, propriamente, obrigação alimentar, mas dever familiar, respectivamente de

¹³⁴ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 347.

¹³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 308, 309.

sustento e de mútua assistência (CC, arts.1.566,III e IV, e 1.724). A obrigação alimentar também decorre de lei, mas é fundada no parentesco (art.1.694), ficando circunscrita aos ascendentes, descendentes e colaterais até o segundo grau, com reciprocidade, tendo por fundamento o princípio da solidariedade familiar ¹³⁶.

Afirma Dias em relação ao referido princípio:

Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de **conteúdo ético**, pois contém, em suas entranhas, o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende **fraternidade** e a **reciprocidade**. Os integrantes da família são, em regra, reciprocamente credores e devedores de **alimentos**. A imposição do dever alimentar entre parentes representa concretização do princípio da solidariedade familiar ¹³⁷.

Nesse aspecto, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a 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 e à dignidade ¹³⁸. Porém, como afirma Rodrigues:

A tendência moderna é a de impor ao Estado o dever de socorro dos necessitados, tarefa que ele se desincumbe, ou deve desincumbir-se, por meio de sua atividade assistencial. Mas, no intuito de aliviar-se desse encargo, ou na inviabilidade de cumprí-lo, o Estado o transfere, por determinação legal, aos parentes, cônjuge ou companheiro do necessitado, cada vez que aqueles possam atender a tal incumbência ¹³⁹.

Ou seja, o Estado, não tendo condições de prover todas as necessidades peculiares de uma entidade familiar, o que é presumível, transfere tal encargo aos parentes do necessitado. Dessa forma, o direito a alimentos funciona como uma espécie de cooperação entre os indivíduos do núcleo familiar, em que aquele que possui condições tem um dever moral de auxiliar o que não consegue prover-se sozinho; é neste cenário que o princípio da solidariedade familiar se apresenta como fundamento da obrigação alimentar.

¹³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, vol. VI, 2005. p. 447.

¹³⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, p. 63,64.

¹³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago.2011.

¹³⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo:Saraiva, 2004. p. 373.

Ainda em relação à obrigação alimentar, é indispensável que se ressalte a existência do binômio necessidade/possibilidade, ou seja, exige-se a comprovação da necessidade de quem o reclama, não basta ser titular do direito. Em contrapartida, a necessidade de alimentos de um depende da possibilidade do outro de provê-los ¹⁴⁰.

O referido binômio encontra-se disposto no artigo 1.694, ¶1º, do 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 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 ¹⁴¹.

Assim, a necessidade é pautada na comprovação da queda desarrazoada das condições de vida do titular do direito ou da sua real dificuldade de obter os rendimentos necessários, por inexistência de patrimônio, de renda ou de incapacidade para o trabalho; a necessidade independe de prova quando se tratar de filhos e de outros parentes menores, pois, neste caso, é legalmente presumida. Já no que se refere às possibilidades do devedor, devem ser constatadas nos rendimentos reais, que possam servir de lastro ao pagamento dos alimentos. Por outro lado, não se pode exigir em nível tal que comprometa as condições de sua manutenção, o que redundaria em prejuízo, tanto para o devedor quanto para o credor de alimentos. A dívida alimentária é relativa aos rendimentos, e não ao valor dos bens do devedor, os quais podem ser grandes, e pequenos os rendimentos ¹⁴².

Ainda no que tange ao binômio necessidade/possibilidade, a doutrina e diversas decisões dos tribunais acrescentaram um terceiro requisito para que se estabeleça um balanceamento equilibrado entre os dois requisitos tradicionais, o da razoabilidade. É o procedimental, uma vez que se submetem ao seu crivo os outros dois; assim, cabe ao juiz, não apenas verificar se há efetiva necessidade do titular, máxime quando desaparecida a convivência familiar, e possibilidade do devedor,

¹⁴⁰ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 353.

¹⁴¹ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 ago.2011.

¹⁴² LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 353,354.

mas se o montante exigido é razoável e o grau de razoabilidade está no limite posto a este ¹⁴³.

Além disso, no que tange ao direito de alimentos, é importante alertar quanto à existência de lei específica:

A Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, conhecida como “Lei de Alimentos”, estabelece procedimento especial, concentrado e mais célere, para a ação de alimentos. Só pode valer-se, todavia, desse rito quem puder apresentar prova pré-constituída do parentesco (certidão de nascimento) ou do dever alimentar (certidão de casamento ou comprovante do companheirismo). Quem não puder fazê-lo, terá de ajuizar ação ordinária ¹⁴⁴.

Conduto, como visto, nem todos poderão socorrer-se de tal procedimento, já que para o mesmo é necessário que se tenha prova pré-constituída do parentesco ou do dever alimentar. Desta maneira, vislumbra-se que a criança nascida do banco de sêmen, ao pleitear alimentos do doador, inevitavelmente teria que percorrer um caminho mais longo, ajuizando ação pelo procedimento ordinário, uma vez que não se encontra registrada em nome de seu pai biológico.

Saliente-se que os alimentos classificam-se em diversas espécies, entre eles destacam-se: quanto à natureza, podem ser naturais ou civis. Os naturais compreendem aquilo que é estritamente necessário para a manutenção da vida de uma pessoa, compreendendo tão somente a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação. Os civis abrangem as outras necessidades, intelectuais e morais ¹⁴⁵.

Quanto à causa jurídica, os alimentos dividem-se em legais ou legítimos, voluntários e indenizatórios. Os legítimos são os devidos em virtude de uma obrigação legal, que pode decorrer de parentesco (*ius sanguinis*), como é o caso do doador em relação à criança nascida do banco de sêmen, e ainda do casamento ou do companheirismo. Os voluntários emanam de uma declaração de vontade *inter vivos*, como na obrigação assumida contratualmente por quem não tinha obrigação legal de pagar alimentos, ou *causas mortis*, manifestada em testamento, em geral sob forma de legado de alimentos (art.1.920, CC). E os indenizatórios ou

¹⁴³ LÔBO, Paulo. **Famílias**, p. 354.

¹⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, vol. VI, 2005. p. 489.

¹⁴⁵ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 19.

ressarcitórios resultam da prática de um ato ilícito e constituem forma de indenização do dano ¹⁴⁶.

Quanto à finalidade, os alimentos classificam-se em definitivos ou regulares, provisórios e provisionais. Definitivos são os de caráter permanente, estabelecidos pelo juiz na sentença ou em acordo das partes, devidamente homologado, e podem ser revistos (art.1.699, CC). Provisórios são os fixados liminarmente no despacho inicial proferido na ação de alimentos, de rito especial estabelecido pela Lei 5.478/68. Provisionais são os determinados em medida cautelar, preparatória ou incidental, de ação de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação de casamento ou de alimentos e destinam-se a manter o suplicante (geralmente a mulher) e a prole, durante a tramitação da lide principal ¹⁴⁷.

E, finalmente, quanto ao momento em que são reclamados, os alimentos classificam-se em pretéritos, atuais e futuros. São pretéritos quando o pedido retroage a período anterior ao ajuizamento da ação. Atuais, os postulados a partir do ajuizamento. E futuros, os alimentos devidos somente a partir da sentença. Entretanto o direito brasileiro admite somente os alimentos atuais e os futuros ¹⁴⁸.

Além dos principais aspectos abordados em relação ao direito de alimentos, faz-se imprescindível referirem-se suas principais características. Primeiramente, tal direito se caracteriza por ser algo pessoal e intransferível, ou seja, sua titularidade não se transfere, nem mesmo se cede a outrem; embora de natureza pública, é um direito personalíssimo, pois visa preservar a vida do necessitado ¹⁴⁹.

Os alimentos são irrenunciáveis; o direito pode deixar de ser exercido, mas não pode ser renunciado, mormente quanto aos direitos derivados do parentesco. Nos alimentos há a impossibilidade de restituição, ou seja, não há direito à repetição dos alimentos pagos, tanto os provisionais como os definitivos ¹⁵⁰.

Os alimentos são incomensuráveis; neste sentido, a lei expressamente ressalva que as obrigações alimentícias não se compensam (art. 373, II, CC), uma vez que a finalidade dos alimentos é a subsistência do necessitado. A eventual

¹⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, vol. VI. 2005. p. 443.

¹⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**, p. 444.

¹⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, vol. VI. 2005.p. 446.

¹⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.p. 359.

¹⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de família**, p. 359, 360.

compensação dos alimentos com outra obrigação anularia este desiderato. São também considerados impenhoráveis, pela mesma razão (art. 649, II, do CPC) ¹⁵¹.

Além disso, na prestação alimentícia há a impossibilidade de transação, assim como não se admite renúncia ao direito a alimentos. Há também a imprescritibilidade: as prestações alimentícias prescrevem em dois anos, conforme o art. 206, §2.º, do CC. O direito a alimentos, contudo, é imprescritível, pois a qualquer momento a pessoa pode vir a necessitar de alimentos. A necessidade do momento rege o instituto e faz nascer o direito à ação. Não se subordina, portanto, ao prazo de propositura. No entanto, uma vez fixado judicialmente o *quantum*, a partir de então se inicia o lapso prescricional ¹⁵².

E, finalmente, como característica dos alimentos, encontra-se a variabilidade, ou seja, a pensão alimentícia é variável segundo as circunstâncias dos envolvidos da época do pagamento. Modificadas as situações econômicas e as necessidades das partes, deve ser alterado o montante da prestação, podendo até mesmo ocorrer sua extinção. Daí porque o artigo 1.699 do CC permite a revisão, redução, majoração ou exoneração do encargo. Há também a peridiocidade, pois o pagamento da obrigação alimentícia deve ser periódico. Geralmente refere-se à prestação mensal, mas podem ser fixados outros períodos. Porém, não se admite que um valor único seja pago, nem mesmo que o período seja longo, anual ou semestral, pois isso não se coaduna com a natureza da obrigação. E a divisibilidade: a obrigação alimentar é divisível com os vários parentes, conforme os artigos 1.696 e 1.697 do CC. Desse modo, vários parentes podem contribuir com uma quota para os alimentos, de acordo com sua capacidade econômica, sem que ocorra solidariedade entre eles ¹⁵³.

Dessa maneira, torna-se claro que, em meio a tantas peculiaridades, o direito de alimentos decorrente do direito fundamental à vida ocupa uma posição de destaque no núcleo familiar. Conduto, mesmo sendo algo indispensável, e tendo sua importância absolutamente presumida, são ainda inúmeros os casos em que não restam alternativas aos necessitados a não ser a propositura de ação judicial, cabendo a partir daí ao Poder Judiciário encarregar-se de sua efetivação.

¹⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo **Direito Civil. Direito de família**, p. 361.

¹⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de família**, p. 361, 362.

¹⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 362.

3.3 A colisão de direitos humanos fundamentais e o princípio da proporcionalidade

Conforme explanado ao longo deste trabalho, a sociedade contemporânea mostra-se muitas vezes despreparada para a inserção das modernas técnicas de reprodução humana assistida, não vislumbrando que o uso das mesmas, em determinadas hipóteses, poderá desencadear conflitos absolutamente complexos, como o que está sendo abordado, no qual, inevitavelmente, acabam por colidir dois direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Para Steinmetz:

O fenômeno da colisão de direitos fundamentais se materializa quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular. Os direitos fundamentais em colisão podem ser idênticos (*e.g.*, direito à liberdade *versus* direito à liberdade) ou diferentes (*e.g.*, direito à liberdade de comunicação *versus* direito à imagem) ¹⁵⁴.

O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser compreendido estrita ou amplamente. Se ele é compreendido estritamente, então são exclusivamente colisões nas quais os direitos fundamentais tomam parte – colisão de direitos fundamentais em sentido estrito. Em uma compreensão ampla são, pelo contrário, também colisões de direitos fundamentais com quaisquer normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos – colisão de direitos fundamentais. Esse é o conceito de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo ¹⁵⁵.

Sendo assim, na situação hipotética trazida neste trabalho se está diante de uma colisão de direitos fundamentais em sentido estrito, pois como ressalva Alexy:

Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito nascem sempre, então, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais. Nos direitos

¹⁵⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 132, 133.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.217, jul./set.1999. p. 68.

fundamentais colidentes pode tratar-se ou dos mesmos ou de direitos fundamentais diversos¹⁵⁶.

Como visto, os princípios constitucionais vida e privacidade, pertencentes nesse cenário a titulares diversos e sem qualquer ordenação hierárquica, conviviam em harmonia e simultaneamente se realizavam. Contudo, quando surge a necessidade de a criança receber os alimentos indispensáveis para a conservação de sua vida, a esfera de proteção da privacidade daquele indivíduo que concordou em contribuir geneticamente para a existência de outrem, coberto pelo manto do anonimato, passa a ser ameaçada. Portanto, o problema é saber qual dos valores será adequado e necessário sacrificar à salvaguarda do outro, questão crucial para se firmar a legitimação passiva do doador de sêmen. Exclui-se o pai biológico porque condicionou a doação de seu esperma ao direito de viver a sua própria vida em isolamento, prescindindo de qualquer explicação ou motivo? Resume-se a sua participação ao gesto voluntário e sem fins lucrativos de contribuir, no caso em análise, com a procriação de uma mulher solteira? Ou sacrifica-se a vida de uma criança, fruto de uma doação anônima de esperma, que não possui pai afetivo nem tão pouco condições de garantir sua própria sobrevivência? A única certeza que se tem é que deve ser afetado o menos possível cada um dos valores em choque¹⁵⁷.

Andrade manifesta-se:

Haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta (real ou hipotética). A esfera de proteção de um direito é constitucionalmente protegida em termos de intersectar a esfera de outro direito ou de colidir com uma outra norma ou princípio constitucional. O problema agora é outro: é o de saber como vai resolver-se esta contradição no caso concreto, como é que se vai dar solução ao conflito de bens, quando ambos (todos) se apresentam efetivamente protegidos como fundamentais¹⁵⁸.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, p. 68,69.

¹⁵⁷ MOREIRA, Fernanda de Souza. O Direito a Alimentos do Nascido do Banco de Sêmen e a Legitimação Passiva do Doador na Inseminação Artificial Heteróloga: uma Colisão de Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister. vol.15. abr./mai., 2010. p. 40.

¹⁵⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 311.

Nesse diapasão, para que defina de maneira justa e equilibrada qual dos direitos fundamentais colidentes deve prevalecer, tendo-se em vista o direito a alimentos da criança nascida e o direito ao anonimato do doador de sêmen, é necessário que seja aplicado o método da ponderação de bens, que se opera através do princípio da proporcionalidade, o qual desempenha função primordial no presente caso.

3.3.1 O método da ponderação de bens

Para solucionar as colisões entre princípios utiliza-se o método de ponderação de bens, que se operacionaliza mediante o princípio da proporcionalidade. O aludido método consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens colidentes, determinando qual o direito ou bem, e em que medida prevalecerá, solucionando, portanto, a colisão ¹⁵⁹.

Para Steinmetz, a realização da ponderação de bens requer a observação de determinadas condições:

(1) a colisão de direitos fundamentais e de bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização ou a otimização de um implica a afetação, a restrição ou até mesmo a não realização do outro; (2) a inexistência de uma hierarquia abstrata, *a priori*, entre os direitos em colisão; isto é, a impossibilidade de construção de uma regra de prevalência definitiva *ex ante*, prescindindo as circunstâncias do caso concreto ¹⁶⁰.

Desta forma, a situação hipotética abordada neste trabalho atende, efetivamente, todas as condições para a aplicabilidade do método da ponderação de bens, pois, além da impossibilidade de realização concomitante, os bens constitucionais em tela são protegidos de forma igualitária, inexistindo qualquer hierarquia entre os mesmos, sendo necessário que sejam analisadas as circunstâncias fáticas em concreto. Diante disto, passar-se a análise do princípio da proporcionalidade.

¹⁵⁹ ANTUNES, Roberta Pacheco. **O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 999, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8153>>. Acesso em: 16 set. 2011.

¹⁶⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 142,143.

3.3.2 O princípio da proporcionalidade

Inicialmente, faz-se conveniente citar Bonavides, o qual nos traz uma advertência de Xavier Philippe, de que há princípios mais fáceis de compreender do que definir ¹⁶¹. O princípio da proporcionalidade, indiscutivelmente, se enquadra nessa observação, porém sua complexidade conceitual em nada diminui sua importância.

Consoante o fato de que a “chave” para a solução do presente conflito opera-se mediante aplicação de um princípio, faz-se necessário que, primeiramente, se compreenda em que consistem os princípios e o que os difere das regras.

Para Canotilho:

A distinção feita atrás entre regras e princípios é particularmente importante em sede de direitos fundamentais. **Regras** – insista-se neste ponto – são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (*direito definitivo*). **Princípios** são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “*reserva do possível*”, fática ou jurídica ¹⁶².

O princípio da proporcionalidade, segundo Bonavides, é, em rigor, antiquíssimo e foi redescoberto nos últimos duzentos anos. O mesmo tem tido aplicação clássica e tradicional no campo do Direito Administrativo, mas a grande novidade do fim do século XX vem sendo, sem dúvida, sua aplicação no domínio do Direito Constitucional. Porém, apesar da força e ímpeto de sua expansão no campo constitucional durante os últimos anos, assim como todos os princípios inovadores, ainda se defronta com alguns obstáculos e resistências doutrinárias ¹⁶³.

A Alemanha é o país que deitou raízes mais profundas, tanto na doutrina como na jurisprudência. Talvez seja aquele que primeiro guardou consciência da importância de sua natureza de princípio constitucional, na metade do século XX,

¹⁶¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 392.

¹⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional: e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003. p.1255.

¹⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 398, 433.

embora a respectiva introdução no Direito Constitucional haja ocorrido, primeiro, na Suíça ¹⁶⁴.

O referido princípio contribui notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material, em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis, caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional. Sua vinculação ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade ¹⁶⁵.

Uma das aplicações mais proveitosas, contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade, é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca, desde aí, solução conciliatória, para qual o princípio é indubitavelmente apropriado ¹⁶⁶.

Manifesta-se Rolim:

Dentre os princípios que iluminam o novo Direito Constitucional, ganha cada vez mais relevo, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade. É possível vislumbrar duas funções distintas desempenhadas pelo referido princípio normativo. Na primeira delas, o princípio da proporcionalidade configura instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos. De outro lado, o princípio em exame também cumpre a relevante missão de funcionar como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto ¹⁶⁷.

Desta maneira, o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras, a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso, concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção ¹⁶⁸.

¹⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 407.

¹⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**, p. 395, 399.

¹⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**, p. 425.

¹⁶⁷ ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2855>>. Acesso em: 17 set. 2011.

¹⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**, p. 426.

Para Rothenburg:

A proporcionalidade é uma ferramenta útil e importante para o Direito, particularmente na solução de problemas que envolvem direitos fundamentais: é um tempero no caldo dos direitos fundamentais [...] – ajuda que fiquem gostosos ¹⁶⁹.

No entendimento de Bonavides, em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais, de tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial. Em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda teoria do constitucionalismo contemporâneo, princípio cuja vocação se move, sobretudo, no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas ¹⁷⁰.

3.3.3 O princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *Strictu Sensu*

O princípio da proporcionalidade é aplicado através de três subprincípios, quais sejam: o da adequação, da necessidade, e da proporcionalidade *strictu sensu*.

O primeiro subprincípio é o da adequação, também chamado de pertinência ou aptidão, que examina a conformidade ou a validade do fim, adequando o meio ao fim que se intenta alcançar. Logo se percebe que esse princípio confina ou até

¹⁶⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da Proporcionalidade. In LOPES, Maria Elizabeth de Castro; NETO, Olavo de Oliveira(Org.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.317

¹⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.p. 434.

mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade ¹⁷¹.

-ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio, a medida) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de examinar se o meio é apto, útil, idôneo ou apropriado para atingir ou promover o fim pretendido ¹⁷².

O segundo subprincípio é o da necessidade, ao qual também alguns autores costumam dar tratamento autônomo e, não raro, identificá-lo com a proporcionalidade propriamente dita. Pelo princípio de necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária ¹⁷³.

-ordena que se examine, entre os meios de restrição disponíveis e igualmente eficazes para atingir ou promover o fim pretendido, o escolhido é o menos restritivo - isto é, menos prejudicial ou gravoso - ao(s) direito(s) fundamental(is) em questão. Assim, uma determinada restrição é necessária se não é possível escolher outra restrição igualmente efetiva que limite menos o(s) direito(s) fundamental (is) em questão ¹⁷⁴.

E, finalmente, o terceiro elemento de concretização do princípio da proporcionalidade, o *strictu sensu*, em que se examina a relação de proporcionalidade e de racionalidade entre a decisão normativa, observando-se os efeitos que ela produz sobre o direito fundamental que restringe ou afeta - e a finalidade perseguida ¹⁷⁵. Ou seja, se perfaz a ideia de justa medida. Em outros termos, para se alcançar o fim perquirido, devem-se sopesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins. Portanto, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de bens ¹⁷⁶ analisada anteriormente.

¹⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 396,397.

¹⁷² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 212.

¹⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**, p. 397.

¹⁷⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, p. 213.

¹⁷⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 152.

¹⁷⁶ ANTUNES, Roberta Pacheco. **O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 999, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8153>>. Acesso em: 16 set. 2011.

Deste modo, pode-se dizer que uma medida é adequada se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens ¹⁷⁷.

3.4 Aplicação do princípio da proporcionalidade face ao direito a alimentos do nascido do banco de sêmen e a legitimação passiva do doador

Neste diapasão, para que finalmente possa se definir, através da aplicação do princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios, se a criança nascida por inseminação artificial heteróloga poderá vir a buscar alimentos do doador de sêmen, é importante que se assente novamente a situação fática abordada.

A presente situação diz respeito ao caso em que uma mulher solteira, tomada pelo desejo de ter seu próprio filho, decide submeter-se a técnica de inseminação artificial heteróloga, vindo conseqüentemente a utilizar sêmen de um doador. Ocorre que, durante o desenvolvimento da criança, surge a necessidade da mesma buscar alimentos, uma vez que sua mãe se encontra sem condições financeiras de mantê-la e, além disso, não tem um pai afetivo para recorrer, visto que se trata de uma família monoparental. Consoante isto é que, partindo do pressuposto de que há uma relação parental entre o doador e a criança gerada, já que o doador de sêmen é seu pai biológico, vem a colidir o direito fundamental à privacidade e o direito fundamental à vida.

Face ao exposto, tendo-se em vista que a compreensão e utilização da proporcionalidade dá-se por intermédio de sua análise em momentos, constituindo-se como etapas sucessivas e prejudiciais que devem ser vencidas pelo intérprete, uma após a outra ¹⁷⁸, passar-se-á à análise e aplicação destes três momentos sucessivos ao caso abordado, para que possamos, enfim, solucionar o referido litígio.

¹⁷⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In. PEREIRA, Ana Cláudia Távora; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 28.

¹⁷⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da Proporcionalidade. In LOPES, Maria Elizabeth de Castro; NETO, Olavo de Oliveira(Org.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 294, 295.

A aplicação da adequação ao caso em que se discute o direito a alimentos do nascido por inseminação artificial heteróloga, e a legitimação passiva do doador de sêmen, permite elencar a quebra do anonimato do doador como meio hábil para que se atinja a presente finalidade: o direito a alimentos do nascido do banco de sêmen.

A medida é adequada porque concreta e individualmente funciona como meio para a promoção do fim. Ademais, as circunstâncias existentes mostram que não há manifesta inadequação na legitimação passiva do doador, principalmente pela inegável relação de parentesco sanguíneo entre este e o autor da ação. Comparativamente com outros casos em que o pai biológico é acionado judicialmente para auxiliar no sustento do filho, a finalidade é alcançada¹⁷⁹.

Já no que tange à aplicação da necessidade, o sacrifício ao direito fundamental de privacidade do doador, em prol do direito à vida da criança, é a única alternativa vislumbrada para que o nascido por inseminação heteróloga venha a receber alimentos, visto que o ser gerado não possui um pai afetivo e sua mãe já não possui condições reais para lhe proporcionar uma vida digna.

[...] considerando a situação fática da criança, sem pai registral e afetivo, outras alternativas não lhe restam, senão a postulação da medida restritiva da privacidade, para assegurar o fim pretendido¹⁸⁰.

E, finalmente, na aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, entende-se que:

Partindo-se do pressuposto que existe um vínculo jurídico (biológico) entre as partes e do reconhecido direito da criança em saber sua ascendência genética, as vantagens trazidas ao autor da ação parecem bastantes proporcionais à desvantagem causada ao doador que terá, por sua vez, a sua identidade civil revelada. A restrição, causada ao direito fundamental à privacidade do doador, como meio adotado para o autor atingir a sua

¹⁷⁹ MOREIRA, Fernanda de Souza. O Direito a Alimentos do Nascido do Banco de Sêmen e a Legitimação Passiva do Doador na Inseminação Artificial Heteróloga: uma Colisão de Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, vol.15. abr./mai., 2010.p. 44.

¹⁸⁰ MOREIRA, Fernanda de Souza. O Direito a Alimentos do Nascido do Banco de Sêmen e a Legitimação Passiva do Doador na Inseminação Artificial Heteróloga: uma Colisão de Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, p. 44.

finalidade, não se mostra excessiva, principalmente considerando o bem que se pretende tutelar com os alimentos pleiteados - à vida ¹⁸¹.

Deste modo, aplicando-se o método da ponderação de bens ao caso concreto, a primazia do direito fundamental à vida mostra-se suportável em relação ao grau de restrição do direito fundamental à privacidade do doador. Acredita-se que a ponderação de bens não se mostra exorbitante, tendo em vista a existência de vínculo jurídico e biológico entre a criança e o doador e a importância do direito fundamental à vida, ao qual se pretende tutelar.

Neste trilhar manifesta-se Junior:

Se os nossos diplomas legislativos mais modernos, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, parecem insistir numa intenção de *transparência* nas relações entre pais e filhos. Se a educação é encarada como uma atividade inter-relacionada em que as crianças figuram como co-partícipes nessa tarefa, se a família passa a ser concebida como um lugar para o desenvolvimento das personalidades e não mais como sede para satisfação de valores institucionais vetustos, então parece não haver mais lugar para opções veladas, ainda que pretensamente justificadas de boas intenções... Queremos dizer que os indicadores parecem apontar no sentido de que a sociedade moderna está fazendo uma opção pela *verdade*, ainda que para tanto se tenha que pagar algum preço por isso. Se é esta a tendência que se revela, não nos parece ser possível trilhar outro caminho ¹⁸².

Assim, enquanto não editadas normas jurídicas específicas, devem os princípios constitucionais ser invocados para a solução de conflitos advindos da evolução acelerada da genética¹⁸³. Conduto, há de se salientar que, apesar de na presente hipótese ter sido defendida a primazia do direito fundamental à vida, sobre o direito fundamental à privacidade, isto de maneira alguma deve significar que o doador de sêmen, no caso de utilização de inseminação heteróloga por mulher solteira, logo por uma família monoparental, deva ser sempre demandado em ação de alimentos, sendo indispensável que sejam analisadas as situações fáticas e jurídicas de cada caso concreto, para que, de maneira equilibrada, se possa, enfim, responsabilizá-lo ou não.

¹⁸¹ MOREIRA, Fernanda de Souza. O Direito a Alimentos do Nascido do Banco de Sêmen e a Legitimação Passiva do Doador na Inseminação Artificial Heteróloga: uma Colisão de Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister. vol. 15. abr./mai., 2010. p. 45.

¹⁸² JUNIOR, Alberto Gosson Jorge. O problema do anonimato do Doador nas Fecundações Artificiais Humanas. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, v.1, n.1, jul. 2009. p. 143.

¹⁸³ GONÇALVES, Denise Willhelm. Reprodução assistida, clonagem terapêutica e o direito. **Revista Consulex**, Brasília: Consulex, ano VII ,nº 152, maio, 2003. p. 45.

CONCLUSÃO

O trabalho monográfico procurou demonstrar que o uso de inseminação artificial heteróloga, com a interferência de um doador de sêmen, poderá provocar situações inimagináveis no âmbito do Direito de Família.

A possibilidade de o nascido do banco de sêmen, proveniente de família monoparental, vir a necessitar de alimentos, apesar de não haver, atualmente, qualquer previsão legislativa, jurisprudencial nem mesmo doutrinária, é uma das instigantes hipóteses trazidas pelo uso da inseminação artificial. Provavelmente, isso não tardará a acontecer, chegando à apreciação dos tribunais brasileiros inúmeros casos, dado o caráter de extrema imprevisibilidade e mutabilidade com que ocorrem as relações humanas.

Desta forma, no decorrer da monografia, salientou-se a necessidade de elaboração de uma norma específica acerca das técnicas de reprodução humana assistida, para que sejam efetivamente traçados limites para sua utilização, bem como enfocados seus efeitos jurídicos.

Como visto, dentre as técnicas de reprodução humana assistida, a inseminação artificial heteróloga é a que, inegavelmente, provoca maiores questionamentos, atribuindo-se isto a interferência do doador de sêmen, o qual tem seu direito ao anonimato previamente assegurado.

Constatou-se, ainda, que mesmo que a utilização de inseminação artificial heteróloga por mulheres solteiras não se apresente como viável, em alguns casos, principalmente no que se refere aos interesses da criança nascida, ela é possível em nosso país, fazendo com que situações, como o caso do direito de alimentos do nascido do banco de sêmen, sejam absolutamente difíceis de serem dirimidas. Isso diante da necessidade presumida do nascido do banco de sêmen receber alimentos, já que a filiação, na inseminação artificial heteróloga, é exclusivamente baseada na verdade afetiva, ou seja, ao tratar-se de uma família monoparental, a hipótese da criança recorrer a seu pai afetivo inexistente. Consoante o exposto é que, levando em consideração que entre o ser concebido e o doador de sêmen há um vínculo genético, uma vez que o mesmo é seu pai biológico, procurou-se demonstrar que,

de acordo com a análise caso do concreto, poderá vir a ser vislumbrado um vínculo jurídico e, então, geradas responsabilidades do doador de sêmen em face da criança.

Aparentemente, o problema jurídico discutido ao longo deste trabalho, para muitos, seria rapidamente solucionado, com a afirmação de que o doador de sêmen jamais poderia estabelecer qualquer tipo de ligação com a criança nascida, uma vez que sua identidade deve ser mantida em anonimato. Entretanto, a resolução desse caso não poderia ser tão simples, uma vez que aqui acabam colidindo dois direitos humanos fundamentais, previstos na Constituição Federal de forma hierárquica igualitária: o direito ao anonimato do doador, contido no direito fundamental à privacidade do doador, e o direito a alimentos do nascido do banco de sêmen, garantido no direito à vida.

No que se refere ao direito de anonimato do doador de sêmen, apesar da Resolução 1.957/2010 estabelecer que deva ser mantido sigilo quanto à sua identidade, há de se ressaltar que esta, frente à Constituição Federal, que disciplina os dois direitos fundamentais em jogo, torna-se até mesmo sem efeito, tendo-se em vista a supremacia da Carta Magna. Além disso, não há na legislação brasileira nenhum dispositivo que, efetivamente, venha a lhes assegurar o anonimato, o que torna sua legitimação passiva em ação de alimentos passível de discussão.

Quanto ao direito a alimentos do nascido do banco de sêmen, impossível negar-se que entre o doador de células reprodutivas e a criança gerada exista uma relação de parentesco, classificando-se como um parentesco natural, consanguíneo, em linha reta e paternal. Desta forma, levando-se em consideração a necessidade da criança nascida por inseminação artificial heteróloga em receber alimentos, e a possibilidades de pagamento do doador de sêmen, há a possibilidade de se configurar ação de alimentos do nascido do banco de sêmen face ao doador.

Isso posto, diante da omissão legislativa, foi necessária a aplicabilidade do Princípio da Proporcionalidade, o qual se constituiu como instrumento inquestionavelmente apropriado para que, de forma equilibrada, se possa estabelecer a possibilidade do nascido do banco de sêmen vir a pleitear alimentos face ao doador de células reprodutivas, dado o caráter conciliatório do referido

princípio nas situações em que ocorre antagonismo de direitos fundamentais, operando como instrumento de apoio às decisões judiciais.

Assim, através da análise das particularidades fáticas e jurídicas do caso concreto e a aplicação do Princípio da Proporcionalidade e seus três subprincípios: adequação, necessidade, e proporcionalidade strictu sensu, estabeleceu-se a primazia do direito fundamental à vida do nascido do banco de sêmen sobre o direito fundamental à privacidade do doador. Se determinando a quebra do anonimato do doador de sêmen, para que a criança tenha assegurado o seu direito a alimentos, uma vez que não lhe resta outra alternativa, visto que não possui um pai afetivo e sua mãe já não possui mais condições reais para lhe proporcionar uma vida digna, recorre-se à inquestionável magnitude do direito para o que se pretende tutelar - a vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. **A reprodução assistida e as relações de parentesco**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3127>>. Acesso em: 15 out. 2010.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n.217, jul./set.1999.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001.

ANTUNES, Roberta Pacheco. **O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 999, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8153>>. Acesso em: 16 set. 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ética, direito e reprodução humana assistida. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília: Conselho Federal da OAB, ano XXIV, n.58, abr./ago.1994.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos Jurídicos da Doação de Semên. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre:Magister,v.7,dez./jan.2009.

BARBOZA, Heloísa Helena Gomes. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Bioética e início da vida: alguns desafios**. Aparecida: Idéias & Letras, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. **Os direitos da personalidade**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 ago.2011.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 05 ago.2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago.2011.

BRASIL. Lei n. 9.263 de 12 de janeiro de 1996. **Dispõe sobre planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm. Acesso em 02 de ago.2011.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD,1996.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional: e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.

CHANAN, Guilherme Giacomelli. As Entidades Familiares na Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; v.9,jun./jul.,2007.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM nº1.957/2010. **Estabelece as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida**. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm Acesso em: 02 ago. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Doador de esperma é condenado a pagar pensão alimentícia a duas crianças. **Espaço Vital**, Porto Alegre, 05 dez 2007. Disponível em: espacovital.com.br. Acesso em 12 set. 2011.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: O direito a privacidade e os limites a função do Estado. **Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez.1992.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: S. A. Frabris, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1988.2. ed. São Paulo:Saraiva,1991 apud MORAES, Alexandre de. **Direitos**

humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo:Atlas,2011.

FILHO, Maurício Benevides. Direito à intimidade e o processo de investigação de paternidade: direito à recusa ao exame hematológico. In. PEREIRA, Ana Cláudia Távora; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob perspectiva do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, ano 89, v.776, jun. 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família.** São Paulo: Saraiva, vol. VI. 2005.

GONÇALVES, Denise Wilhelm. Reprodução assistida, clonagem terapêutica e o direito. **Revista Consulex**, Brasília: Consulex, ano VII, nº 152, maio, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In. PEREIRA, Ana Cláudia Távora; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

Informações obtidas junto ao site da SBIDAE. **Reprodução assistida possibilidades e limites.** Disponível em: <http://www.einstein.br/pagina-einstein/Paginas/reproducao-assistida-possibilidades-e-limites.aspx>. Acesso em 03 ago.2011.

JUNGES José Roque. **Bioética:** perspectivas e desafios. São Leopoldo: Ed. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 1999.

JUNIOR, Alberto Gosson Jorge. O problema do anonimato do Doador nas Fecundações Artificiais Humanas. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, v.1, n.1, jul.2009.

Justiça sueca obriga doador de esperma a pagar pensão a filhos. **Folha On Line**, São Paulo, 20 jun 2002. Disponível em: www.folha.com.br. Acesso em 8 ago.2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito:** aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil:** direito de família e sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. **Famílias.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito Constitucional.**3.ed. São Paulo:Atlas,1998.

MOREIRA, Fernanda de Souza. O Direito a Alimentos do Nascido do Banco de Sêmen e a Legitimação Passiva do Doador na Inseminação Artificial Heteróloga: uma Colisão de Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister. vol. 15. abr./mai., 2010.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida: Um pouco de história. **Rev. SBPH**, Rio de Janeiro, v.12,n.2,dez.2009.Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 02 ago. 2011.

NAKAMURA, S.J. Milton; POMPEO, Antônio Carlos Lima. **O casal estéril**. Conduta diagnóstica e terapêutica. Rio de Janeiro: Atheneu, 1990.

OLIVEIRA, Fátima. **Bioética**: uma face da cidadania. São Paulo: Moderna, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RAMOS, Magdalena. Modificações da instituição família: Famílias uniparentais-produção independente. In GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de família e psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo:Saraiva,2004.

_____. **Direito Civil**. 27 ed .São Paulo: Saraiva, 1997.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2855>>. Acesso em: 17 set. 2011.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da Proporcionalidade. In LOPES, Maria Elizabeth de Castro; NETO, Olavo de Oliveira (Org.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SANTOS, Jonabio Barbosa dos; SANTOS, Morgana Sales da Costa. **Família monoparental brasileira**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Artigos/PDF/JonabioBarbo sa_Rev92.pdf. Acesso em: 17 ago. 2011.

SANTOSUOSSO, Fernando. La fecondazione artificiale nella donna, apud BARBOZA, Heloísa Helena Gomes. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. 2. ed. rev.atual. Belo Horizonte:Del Rey, 2004.

SILVA, José, Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002.

SOARES, Sônia Barroso Brandão. Famílias Monoparentais: Aspectos polêmicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de família**. 9. ed. São Paulo: Atlas,2009.

ANEXO A- Resolução Conselho Federal de Medicina n. °1.957/2010

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.