

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Janaína Carla Zingelerski

A (IM) POSSIBILIDADE DO FILHO CONCEBIDO POR MEIO
DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE
ASSISTIDA HETERÓLOGA INVESTIGAR A SUA IDENTIDADE
BIOLÓGICA

Passo Fundo
2010

Janaína Carla Zingelerski

**A (IM) POSSIBILIDADE DO FILHO CONCEBIDO POR MEIO
DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE
ASSISTIDA HETERÓLOGA INVESTIGAR A SUA IDENTIDADE
BIOLÓGICA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação da Professora Mestre Cátia Rejane Liczbinski Sarreta.

Passo Fundo
2010

Dedico este trabalho a meus queridos pais, Francisco e Ilce, por todo amor e carinho que sempre demonstraram ter por mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por todas as preces ouvidas e atendidas.

Aos meus pais, que mesmo distantes sempre estiveram ao meu lado, me incentivando, nunca medindo esforços para me apoiar.

À minha orientadora professora Cátia Rejane Liczbinski Sarreta por todo apoio, dedicação e paciência que teve comigo no decorrer da realização deste trabalho, para que este pudesse obter o maior êxito possível.

RESUMO

A presente monografia jurídica tem por objetivo analisar a possibilidade que o filho gerado por meio das técnicas de reprodução humana assistida (RHA) heteróloga tem de investigar a sua origem biológica ao atingir a maioridade. Este direito possui como fundamentos principais os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade. O direito à identidade biológica é inerente ao ser humano pelo fato dele decorrer de sua dignidade como pessoa humana. Ele é um direito personalíssimo, e como tal não pode ser alvo de nenhum tipo de restrição ou supressão. Mesmo que assente ao doador do material genético utilizado na fecundação, o direito a permanecer no anonimato, tal direito não pode se sobrepor ao direito do filho de conhecer sua origem consanguínea. Mesmo não havendo na legislação brasileira normas específicas que reconheçam à filiação oriunda da reprodução humana assistida (RHA) heteróloga, o direito de conhecer sua origem biológica, este direito é garantido constitucionalmente hoje, constituindo-se num direito fundamental. Como a Constituição Federal Brasileira estabelece a igualdade entre os filhos biológicos e os adotivos, garantindo a ambos os mesmos direitos e vedando qualquer tipo de discriminação referente à filiação, entende-se que se ao filho adotivo é dado o direito de conhecer sua origem consanguínea ao atingir a maioridade, se for esta sua vontade, então, por analogia, deve-se reconhecer igual direito aos filhos gerados por meio da reprodução assistida heteróloga. O método de abordagem utilizado para a realização deste trabalho foi o dedutivo e o método de procedimento foi o histórico.

Palavras-chave: Filiação. Identidade Biológica. Reprodução Humana Heteróloga.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.: Artigo

Arts.: Artigos

CCB/2002: Código Civil Brasileiro de 2002

CF/88: Constituição Federal Brasileira de 1988

ECA: Estatuto da criança e do adolescente

EUA: Estados Unidos da América

FIV: Fertilização *in vitro*

FIVETE: Transferência embrionária

GIFT: Transferência intratubária de gametas

IA: Inseminação artificial

RA: Reprodução artificial

RHA: Reprodução humana assistida

Séc.: Século

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	09
1.1 Evolução histórica da reprodução humana assistida	09
1.2 Conceito de reprodução humana assistida e suas diferentes técnicas	13
1.2.1 A inseminação artificial	14
1.2.2 A fecundação “in vitro”	16
1.2.3 Transferência intratubária de gametas	17
1.2.4 Transferência embrionária	18
1.3 A reprodução humana assistida no Direito Comparado	21
1.4 A Bioética e o Biodireito	28
2 A INSTITUIÇÃO FAMILIAR	36
2.1 Origem, conceito e os diferentes tipos de família	36
2.2 A maternidade e a paternidade no direito civil brasileiro	48
2.3 A maternidade por substituição	51
2.4 A paternidade presumida no Código Civil Brasileiro de 2002	54
2.5 A filiação socioafetiva	60
3 A (IM) POSSIBILIDADE DO FILHO CONCEBIDO POR MEIO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA HETERÓLOGA INVESTIGAR A SUA IDENTIDADE BIOLÓGICA	65
3.1 Princípios constitucionais aplicáveis face à busca pela identidade genética	65
3.1.1 Definição de princípios	66
3.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana	74
3.1.3 Princípio do melhor interesse da criança	82
3.1.4 Princípio jurídico da afetividade	84
3.1.5 Princípio da autonomia da vontade	87
3.2 O consentimento do cônjuge na utilização das técnicas de reprodução humana assistida heteróloga	89
3.3 A (im) possibilidade do filho concebido por meio das técnicas de reprodução humana medicamente assistida heteróloga investigar a sua identidade genética	91
CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIAS	102
ANEXOS	108

INTRODUÇÃO

A presente monografia jurídica tem por objetivo principal, analisar a possibilidade que o filho gerado por meio das técnicas de reprodução humana assistida (RHA) possui de poder investigar a sua identidade biológica ao atingir a maioridade. A escolha deste tema justifica-se principalmente pelo fato de que as técnicas de RHA estão sendo cada vez mais utilizadas por aqueles casais que se vêem impossibilitados de gerar um filho naturalmente, e pelas consequentes celeumas jurídicas decorrentes de tal prática, pois mostram-se uma realidade, que na maioria das vezes, não encontram uma solução imediata.

O método de abordagem utilizado para realização do presente trabalho foi o dedutivo, ou seja, o tema, objeto da pesquisa foi desenvolvido partindo-se da análise de hipóteses, por meio das quais foi possível chegar a uma conclusão lógica em relação à problemática jurídica. O estudo do tema foi realizado pelo método procedimental histórico, o qual se deu por meio, principalmente, de pesquisas bibliográficas, por meio de leitura de diversas doutrinas e artigos científicos e também mediante um estudo interpretativo das normas do ordenamento jurídico brasileiro aplicáveis ao tema proposto.

É inegável que os avanços biotecnológicos trouxeram a possibilidade da concretização de um sonho para muitos casais que, ao se depararem com a dura realidade da esterilidade e da infertilidade respectivamente, acabavam tendo que adiar o desejo de tornarem-se pai e mãe. Mas contrapondo-se a este direito dos pais, surge o dilema do filho que será gerado por um método de reprodução artificial que ocorra na forma heteróloga, pois em algum momento de sua vida ele poderá ter interesse em conhecer sua origem biológica.

O objetivo da presente pesquisa é, portanto, buscar não apenas análises, mas sim apresentar possíveis soluções para o dilema que o filho encontra quando deseja satisfazer o desejo legítimo de querer buscar suas origens, independentemente da vontade de seus pais. Assim, os objetivos específicos deste trabalho são: demonstrar a evolução histórica da RHA, identificando suas diferentes técnicas; analisar a temática da RHA, em especial na forma heteróloga, sob o enfoque do Direito Comparado; verificar a importância da bioética e do biodireito na regulamentação da RHA; explicar sobre os princípios constitucionais aplicáveis à busca pela identidade genética, expondo os conflitos jurídicos decorrentes do uso das técnicas de RHA heteróloga à luz de tais princípios e observar a RHA heteróloga sob a ótica do Código Civil Brasileiro de 2002 (CCB/2002).

O trabalho foi desenvolvido em três capítulos. No primeiro analisa-se o histórico da RHA e suas técnicas, e também o importante papel da bioética e do biodireito. No segundo, apresenta-se a instituição familiar, com a verificação das diferentes formas de sua constituição e a análise dos aspectos relativos à maternidade, paternidade e filiação, no direito brasileiro. E por fim, no terceiro, explanam-se os princípios constitucionais aplicáveis face à busca da origem biológica, sobre o direito à identidade genética e também ao anonimato do doador.

O presente trabalho pretende responder, por fim, à seguinte questão: é possível ou não que o filho gerado por meio das técnicas de RHA na forma heteróloga venha a investigar sua identidade biológica quando atingir a maioridade?

A questão se torna conflituosa pelo fato de que, ao querer conhecer sua origem consanguínea, o direito do filho gerado pela técnica de RHA heteróloga, ou seja, o direito à identidade biológica acaba entrando em conflito com outro direito, o do anonimato do doador do material genético. Tem-se assim um impasse: qual o direito que deve prevalecer?

O que se tem percebido é que o legislador brasileiro não tem dispensado a devida atenção à problemática do uso das técnicas de RHA heteróloga. Na realidade, não está sendo dispensada a devida proteção à pessoa na sua condição humana, em seus aspectos biológico, psicológico e sociocultural. Além disso, a falta de conhecimento e de informação sobre o tema acaba gerando muitas dúvidas, tanto para as pessoas envolvidas na relação (casal, filho, doador), como também para os próprios operadores do direito.

Assim, o estudo e a análise do tema proposto passam a ser de grande valia, não só para os profissionais da área do direito, como para toda sociedade. Traz-se uma oportunidade de conhecer melhor o tema, ou mesmo atualizar os conhecimentos sobre o assunto, de forma a manter um olhar crítico no intuito de ampliar as concepções e percepções relacionadas ao tema.

Espera-se que este trabalho venha a contribuir de alguma forma, em favor dos operadores do direito que eventualmente venham a se deparar com esta problemática jurídica, objeto deste estudo, bem como em favor de quem se interessar pelo tema.

1 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A impossibilidade de gerar um filho naturalmente, em razão dos problemas de infertilidade e de esterilidade, acabou levando os cientistas da área da biomedicina a desenvolverem avançados métodos de reprodução artificial, os quais passaram por intensas pesquisas e por inúmeros experimentos.

Com o desenvolvimento das pesquisas, houve significativos avanços biotecnológicos, o que fez com que ao longo dos tempos fossem surgindo diversas técnicas de reprodução humana assistida (RHA), dentre as quais ganham destaque: a inseminação artificial, a fecundação *in vitro*, a transferência intratubária e a transferência embrionária.

Em decorrência dos grandes avanços biomédicos, no que concerne às manipulações biológicas, e das conseqüências que as mesmas podem trazer, é que se mostra de extrema importância o papel da bioética e do biodireito, que surgem com o intuito de discutir os problemas advindos do desenfreado desenvolvimento tecnológico, de forma a lhes dar um suporte, uma regulamentação, buscando normatizar as práticas de RHA.

1.1 Evolução histórica da reprodução humana assistida

Não há, segundo entendimentos doutrinários, um momento histórico exato que tenha determinado o surgimento da RHA¹, bem como das diferentes técnicas que a compõem. O que existem são datas que marcam experimentos realizados ao longo dos anos, referentes ao assunto. A única certeza que se tem, é que o seu surgimento se deu como uma resposta aos problemas oriundos da infertilidade² (feminina) e da esterilidade (masculina).

Em relação à esterilidade, até o início do século (séc.) VI, não se admitia que ela pudesse ocorrer. Os povos da Idade Média faziam o uso de chás, ervas, metais e pedras

¹ É possível encontrar o emprego da expressão *procriação assistida*, *procriação artificial*, *procriação medicamente assistida*, *reprodução medicamente assistida*, *reprodução assistida*, *reprodução humana artificial* e *reprodução humana assistida*, todas sinônimas (MARINHO, 2010, p. 25).

² Segundo Piva, a infertilidade é definida mundialmente como “a incapacidade para conseguir a gravidez ou o parto de um bebê vivo após um ano de relações sexuais regulares”. Ela aparece em todas as populações e é vista como uma condição médica e psicossocial que afeta de 8,5 a 20% dos casais em idade de procriação (2002, p. 16-21).

preciosas, bem como de invocações religiosas, rituais, etc., como formas ou meios de afastar o mal. No final do séc. VI, com a invenção do microscópio é que passou-se a estudar a esterilidade³, mas somente no séc. XVII é que sua existência foi realmente admitida.

O autor Tycho Brahe Fernandes, citado por Marinho⁴, afirma que:

[...] é possível encontrar referências da utilização de meios reprodutivos artificiais em animais no século XIV; os árabes usaram meios artificiais para a reprodução de cavalos de raça, sendo referida técnica utilizada como artifício de guerra, seja pela inseminação de éguas dos inimigos com sêmen de cavalos velhos ou doentes, seja por furto de sêmen dos bons cavalos dos adversários. Entretanto, não há registros comprovando essas experiências (2010, p. 21).

Além disso, pode-se afirmar que foi nas civilizações babilônicas e árabes que se obteve registro sobre os primeiros estudos relacionados com reprodução artificial (RA), em razão de que estes povos polinizavam palmeiras para que seus frutos passassem a produzir mais e com melhor qualidade.

Conforme aponta Marinho, no (séc.) XVIII⁵, mais especificamente no ano de 1767, o alemão Ludwig Jacobi praticou as primeiras experiências de inseminação artificial no mundo animal. E após ele vieram outros, como por exemplo, Brackett, que em 1912 conseguiu cultivar embriões mamíferos pela primeira vez. Chang realizou a primeira transferência de ovo fertilizado e congelado no ano de 1947 (2010, p. 21).

Uma década depois, Chang comprovou o sucesso da fertilização *in vitro*, aplicando essa técnica em coelhos. E ainda, em 1953, Smith conseguiu congelar embriões em fase de pré-implantação, provando que o resfriamento em baixas temperaturas é compatível com o desenvolvimento normal dos ovos de mamíferos (MARINHO, 2010, p. 21).

³ Precisou esperar quase um século para que, em 1677, Johann Ham afirmasse que a esterilidade, muitas vezes, ocorria por ausência ou escassez de espermatozoides (LEITE, 1995, p. 18).

⁴ A autora faz referência à obra: *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito de sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p.49 (MARINHO, 2010, p.21).

⁵ Na mesma época, conforme analisa Cláudia Aparecida Colucci, em sua dissertação de Mestrado em História da Ciência, “o abade italiano Lazzaro Spallanzani realizava estudos sobre a fecundação artificial com sêmen de diversos animais (rãs, sapos, salamandras), obtendo no ano de 1776, a fecundação de uma cadela da raça Barbetes por meio artificial e o posterior nascimento de três crias, com características da fêmea e do pai ausente. E prosseguindo com a inseminação artificial em animais de outros gêneros, estudou os efeitos do congelamento sobre os espermatozoides (MARINHO, 2010, p. 22).

Quanto à RA em seres humanos, existem relatos do séc. XV, de que teria sido realizada a inseminação artificial em D. Joana de Portugal, casada com Henrique IV de Castelo, conhecido como o *Impotente*, conforme relata Marinho, mas há divergências doutrinárias sobre este fato, sendo que há autores que confirmam o referido acontecimento, enquanto outros o negam, ou acreditam que ele tenha mesmo ocorrido, mas que se deu de forma infrutífera (2010, p. 22).

Ainda, conforme aponta Marinho, em 1785, Thouret, decano⁶ da Faculdade de Medicina de Paris, fecundou sua mulher infértil, aplicando-lhe uma injeção intravaginal de seu esperma. Mas salienta-se que apenas em 1883, com a descoberta feita por Dogues, obteve-se a confirmação de que os ovários têm participação no processo de fecundação. Mas somente em 1890 é que os pesquisadores convenceram-se de que a fecundação se dá com a união de um espermatozóide com um óvulo (2010, p. 22).

A IA na forma homóloga, ou seja, a inseminação que ocorre com a utilização do material genético do casal que irá se submeter ao procedimento, foi realizada pela primeira vez em 1838, por Girauld. Já a primeira inseminação na forma heteróloga (aquela que envolve material genético de uma terceira pessoa) foi realizada em 1884, por Pascoast, nos Estados Unidos da América (EUA), em uma mulher cujo marido sofria de uma doença conhecida como azoospermia⁷ (MARINHO, 2010, p. 24).

Quanto à fertilização *in vitro*, assevera Marinho, que assim como a inseminação artificial (homóloga ou heteróloga), também consiste em uma técnica de Reprodução Assistida, começou a ser estudada no ano de 1878, por Schenk, o qual realizou uma tentativa de fertilizar óvulos de cobaias, incubando oócitos⁸ foliculares com espermatozóides, mas acabou não obtendo sucesso em seu experimento (2010, p. 24).

Porém, face às descobertas feitas no início do séc. XX referentes à conservação do sêmen fora do organismo, ou seja, por resfriamento, é que, em 1940, surgiram os primeiros bancos de sêmen nos EUA. Dessa forma várias crianças norte-americanas foram geradas mediante a utilização do sêmen de soldados que lutaram durante a Segunda Guerra Mundial, tendo inclusive, a Suprema Corte de Nova Iorque, declarada a legitimidade dessas crianças (MARINHO, 2010, p.23).

⁶ *Decano* (significado): membro mais antigo de um grupo (LUFT, 2000, verbete *decano*).

⁷ Para Marinho, a *azoospermia* consiste na ausência de gametas do esperma (MARINHO, 2010, p. 22-23). Em outras palavras, é uma desordem orgânica em que o homem não tem um nível mensurável de esperma no seu sêmen. Associados a níveis baixos de infertilidade.

⁸ Os *oócitos* ou *ovócitos* são células germinativas femininas ou células sexuais produzidas nos ovários dos animais. Resultam de um processo fisiológico denominado oogênese.

Segundo Monica Sartori Scarparo, citada por Marinho:

Em 1944, dois biólogos – Rocke e Menkin - por meio de técnicas artificiais, obtiveram, quatro embriões normais a partir de óvulos humanos colocados na presença de espermatozóides e, a partir de 1947, a técnica ganhou credibilidade e eficiência diante da descoberta da possibilidade de congelamento⁹ de pré-embriões em fase de pré-implantação, compatível com o desenvolvimento normal de ovos de mamíferos (2010, p. 23).

Tanto as técnicas de fertilização *in vitro* como os embriões em fase de pré-implantação, congelados ou mesmo com sêmen congelado passaram a ser amplamente utilizados no ano de 1960¹⁰. Este fato acabou dando início a vários debates jurídicos e também éticos, referentes à utilização destes embriões e de bancos de sêmen.

Constata-se que nos anos de 1970 a 1975: foram realizadas experiências e estudos sobre a fertilização *in vitro* com óvulos humanos, formação de embriões com transferência para o útero e coleta de óvulos por cientistas/pesquisadores americanos, ingleses, suecos e australianos, tendo em 1978, ocorrido verdadeira efetivação da fertilização *in vitro*, com o nascimento do primeiro bebê de proveta (MARINHO, 2010, p. 24).

Leite nos lembra que:

Em 20 de julho de 1978 nascia Louise Joy Brown, no General Hospital, na cidade de Oldham (Inglaterra), graças ao trabalho infatigável dos Drs. Steptoe e Edwards, que vinham se dedicando com afinco à pesquisa há mais de quinze anos. No mesmo ano nascia o segundo bebê de proveta do mundo, na Índia, pelo Dr. Saroj Kanti Bhattacharya, professor de ginecologia e obstetrícia da Universidade de Calcutá. Em 14 de janeiro de 1979 nascia o terceiro bebê de proveta, Alastair Montgomery, em Edimbourg (na Escócia), igualmente fruto do trabalho persistente da dupla Steptoe e Edwards (1995, p. 19-20).

⁹ Já no ano de 1866, Paolo Mategazza propôs a criação de bancos para o congelamento de sêmen (MARINHO, 2010, p.23).

¹⁰ Até então, tanto as pesquisas como as fecundações artificiais realizadas eram tão somente as chamadas *in vivo*, vez que consistia na implantação do material genético contido no esperma que era introduzido na mulher submetida em tratamento, ocorrendo a fecundação *intra corpórea*, ou seja, no organismo da própria mulher (MARINHO, 2010, p. 24).

No Brasil, o primeiro nascimento decorrente de fecundação *in vitro*, foi o da menina Ana Paula Caldeira, ocorrido no dia 07 de outubro de 1984, cujo procedimento fora realizado pela equipe de Milton Nakamura. Neste mesmo ano, ainda, os pesquisadores Randolph W. Seed e Richard W. Seed obtiveram sucesso no uso da técnica que por eles foi desenvolvida, qual seja a de transferência de um embrião de uma mulher para outra (MARINHO, 2010, p. 24).

Constata-se, assim, que todas as investigações, pesquisas e experimentos na área da reprodução artificial foram de suma importância para encontrar respostas e soluções para o problema da infertilidade conjugal, o que se comprova com o nascimento de crianças concebidas por meios artificiais, e que a partir dos anos 80, deixou de ser um fato não habitual, passando a fazer parte do cotidiano da humanidade.

1.2 Conceito de reprodução humana assistida e suas diferentes técnicas

Pode-se dizer que a RHA representa, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, tendo como objetivo possibilitar que pessoas ou casais com problemas de esterilidade ou de infertilidade, consigam satisfazer o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.

Para Rodrigues, a reprodução¹¹ artificial ou assistida¹², pode ser entendida como os meios científicos para realizar a fecundação humana, que se distinguem dos meios naturais. É a reprodução realizada mediante a intervenção direta de técnicas científicas, substituindo os meios naturais de fecundação. Nesses procedimentos, os futuros genitores possuem algum tipo de impedimento para a concepção natural, sendo assim, submetidos à intervenção médica para proceder à fecundação e à conseqüente geração de filhos (2005, p. 27).

¹¹ Os substantivos *reprodução* e *procriação* significam dar origem, nascimento a, gerar, perpetuar-se pela geração (LUFT, 2000, verbetes *reprodução* e *procriação*).

¹² O adjetivo *artificial* deriva do latim *artificialis* e significa feito com arte, designando atividades entendidas como arte, técnica, habilidade e outras no mesmo sentido.

O adjetivo *assistida* deriva do latim *adsistentia* e está empregado no sentido de proteção, amparo, intervenção de terceiros em um determinado ato, processo ou procedimento (MARINHO, 2010, p. 25).

No tocante à reprodução humana, tem-se que a origem de um novo ser se dá sempre pela união do óvulo com o espermatozóide. Como observa Almeida, citando Bronowski:

A raiz do fundamento biológico de um novo ser expressa-se no encontro necessário e vitorioso das células masculinas e femininas, sem o que, não se romperá a teia que envolve os ministérios da vida. O espermatozóide e o óvulo são células incompletas, uma vez que portam metade do número total de genes que um ser humano tem. Quando o óvulo é fertilizado pelo espermatozóide, os genes de cada um deles se juntam em pares, e a totalidade das informações é novamente recuperada. Assim, uma vez fertilizado, o óvulo, que recebe o nome de embrião, é uma célula completa e, portanto, um modelo para qualquer célula do corpo, representando para o ser humano, a partir da fecundação, uma herança para toda a vida (2003, p.24).

Dito isto, cabe analisar as diferentes formas em que ocorre a RA, pois são inúmeras as técnicas utilizadas com a finalidade de se obter a gestação. Nos dias de hoje, as principais técnicas existentes são a inseminação artificial (IA), e a fertilização *in vitro* (FIV), da qual decorrem as técnicas de transferência intratubária de gametas (GIFT), e de transferência embrionária (FIVETE) com suas variantes – doação de óvulos, doação de espermatozoides, doação de embriões e a gestação substituta (LEITE, 1995, p. 31- 69).

1.2.1 A inseminação artificial

A inseminação¹³ artificial (IA) foi a primeira técnica de RHA a ser praticada no mundo, tendo ocorrido ainda na Idade Média¹⁴. Ela corresponde a forma pela qual é feita a introdução de sêmen no órgão genital da mulher, ou mesmo sua inserção no útero, por outros meios que não o ato sexual, propriamente dito.

¹³ A palavra *inseminação* deriva do latim *inseminare*, formado pela preposição *in* (em) mais *seminare*, que significa semente, grão, princípio, origem, fonte, podendo ser também denominada concepção artificial, fertilização artificial, fecundação/fertilização assistida (MARINHO, 2010, p. 25).

¹⁴ Arnaud de Villeneuve, médico de reis e papas, teria obtido sucesso na inseminação artificial com esperma do marido na esposa de Henrique IV de Castela (LEITE, 1995, p. 31).

Segundo Meirelles, a IA é a técnica científica mais antiga e que consiste, basicamente, na introdução do espermatozóide na cavidade uterina ou no canal cervical, por meio de uma cânula¹⁵, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado (2000, p. 18).

A IA pode ser praticada das seguintes maneiras:

- a) inseminação intra-uterina: os espermatozóides são depositados diretamente dentro da cavidade uterina;
- b) inseminação artificial intravaginal: o espermatozóide fresco é injetado no fundo da vagina através de uma seringa plástica;
- c) inseminação intracervical: consiste no depósito de pequena quantidade de espermatozóide em um capilar, no interior do colo do útero;
- d) inseminação intraperitoneal¹⁶: os espermatozóides são introduzidos diretamente no líquido intraperitoneal através de uma injeção aplicada na cavidade abdominal para que as próprias trompas capturem os espermatozóides, fazendo-os seguirem um caminho inverso ao natural, chegando às trompas de Falópio diretamente (MARINHO, 2010, p. 29-30).

A IA se divide em duas categorias: a inseminação homóloga, que é aquela em que é utilizado o sêmen do marido ou companheiro da mulher que é infértil; e a inseminação heteróloga, que é realizada com o material genético de um terceiro (doador).

Na definição simplificada de Sílvia de Salvo Venosa: “Denomina-se homóloga a inseminação proveniente do sêmen do marido ou do companheiro; heteróloga, quando proveniente de um estranho” (2003, p.227).

A IA homóloga pode ser denominada também de IA intraconjugal, vez que utiliza material genético somente do casal que irá se submeter ao procedimento. E a heteróloga também pode ser definida com sendo a IA com espermatozóides de doadores, cabendo ressaltar que a primeira inseminação artificial com doador se deu no ano de 1844, por Pancoast (MARINHO, 2010, p. 30-31).

Destarte, indica-se sempre a realização da IA homóloga, uma vez que esta não encontra maiores objeções, pois não há a intervenção de um terceiro na intimidade do casal.

¹⁵ Cânula é um tubo de vidro ou metal que, adaptado ou não a uma seringa, se introduz em um orifício ou órgão (LUFT, 2000, verbete *cânula*).

¹⁶ Dentre as técnicas de IA, a intraperitoneal é a menos utilizada em face de sua recente descoberta. Ademais, ela se dá com a injeção do sêmen dentro da cavidade abdominal da mulher, necessitando-se, aproximadamente, de 500.000 espermatozóides para se conseguir a fertilização do óvulo (MARINHO, 2010, p. 30).

Enquanto que a IA heteróloga¹⁷ tem, desde sua descoberta, provocado dúvidas e interrogações de diversas ordens e que necessitam de uma solução, a ser encontrada não só pela ética, como pelas demais ciências, em especial pelo direito (LEITE, 1995. p. 32-40).

Nota-se que o uso da IA na forma homóloga não gera implicações jurídicas, pelo fato de que utiliza-se apenas o material genético do casal que se submeteu a técnica, diferentemente do que ocorre com o uso da IA na forma heteróloga, pois o material genético utilizado é de um terceiro, estranho à relação, o que pode gerar consequências no âmbito jurídico.

1.2.2 A fecundação “in vitro”

A fertilização *in vitro* (FIV)¹⁸ é a técnica pela qual é feita uma transferência de óvulos fecundados em laboratório, fora do corpo humano, diferentemente da técnica de inseminação artificial, e que se utiliza para sua realização, tanto de gametas femininos como de gametas masculinos, sendo também conhecida como “bebê de proveta”.

As técnicas de FIV são consideradas um processo mais elaborado, no qual os gametas (femininos e masculinos) são retirados dos respectivos organismos, ocorrendo a fecundação extra-uterina e, conseqüentemente, extra-corpórea (MARINHO, 2010, p. 32).

¹⁷ Deve-se recorrer à IA heteróloga quando a esterilidade do homem for indiscutível, ou seja, quando ela for absoluta, (nos casos de hipogonadismo hipergonadotrópico e azoospermia resistente à terapia), bem como nos casos de infertilidade em casais nos quais qualquer grau de oligozoospermia, teratospermia ou astenospermia do sêmen do marido permanece resistente à terapia (LEITE, 1995, p. 39).

¹⁸ A FIV humana começou em 1944, quando dois biólogos, Rock e Menkin, obtiveram quatro embriões normais a partir de mais de uma centena de óvulos humanos colhidos nos ovários e colocados em presença dos espermatozoides. No Brasil, os primeiros resultados da FIVETE (fertilização “in vitro” e transferência de embriões) foram discutidos, em maio de 1984, pela equipe do Dr. Nilson Donadio, no Simpósio Nacional de Reprodução Humana, da FEBRASGO. O relatório do Centro Biológico de Reprodução Humana da Santa Casa – Santa Isabel (CBRH) continha os trabalhos iniciais de 14 casos de transferência de embriões (LEITE, 1995, p. 41-43).

Assim como na inseminação, a fertilização *in vitro* pode ser:

homóloga¹⁹: ocorre quando são retirados os óvulos do ovário da mulher, os quais posteriormente são fertilizados em laboratório com os espermatozóides do marido ou companheiro, sendo recolocados no útero os embriões resultantes, dando-se início a uma gravidez considerada normal.

heteróloga: ocorre a fecundação com o sêmen colhido de uma terceira pessoa, que não o marido, isto é, um doador anônimo, que normalmente encontra-se armazenado em um banco de sêmen (MENDES, 2007, p. 40).

Conforme assevera Leite:

A fertilização *in vitro* heteróloga admite duas situações: a) de uma criança nascida após a fertilização *in vitro* pelo esperma do marido e de um óvulo doado e implantado no útero da mulher; b) de uma criança nascida após fertilização *in vitro* de um óvulo doado ao casal e de um espermatozóide igualmente estranho, que só fica vinculado ao casal pela gestação (1995, p. 401).

Nota-se que o mesmo que ocorre na inseminação artificial heteróloga, acaba se repetindo na fertilização *in vitro*, ou seja, ainda que a mulher casada conceba um filho que não é do seu marido (biologicamente falando), ambos assumem a presunção de paternidade, como forma de se estabelecer um vínculo afetivo, o vínculo da filiação.

1.2.3 Transferência intratubária de gametas

A transferência intratubária de gametas (GIFT – *Gamete Intra-Fallopian Transfer*), consiste na coleta de gametas masculinos e femininos do casal, que são injetados numa das trompas de Falópio, onde irá ocorrer a fecundação. Este método surgiu em 1984, tendo sido

¹⁹ Tratando-se de FIV homóloga, isto é, criança nascida dos gametas do casal, após a fecundação *in vitro*, e transferida no útero materno, aplica-se a presunção da paternidade, cabível na IA homóloga (LEITE, 1995, p. 392).

proposto pelo argentino Ricardo Asch, como uma alternativa à FIV como um meio de tratamento para esterilidades inexplicadas (LEITE, 1995, p. 47-48).

A GIFT²⁰ é oriunda da FIV, mas com esta não se confunde, uma vez que a fecundação não ocorre *in vitro* mas *in vivo*, ou seja, ela é feita no corpo humano e não fora dele, em condições semelhantes às encontradas na fertilização natural. Além disso, a GIFT oferece ao embrião melhores condições de desenvolvimento, de migração e de nidação²¹ mais fisiológicas (LEITE, 1995, p. 48-49).

Assim, a transferência intratubária de gametas pode ser considerada uma espécie da fecundação *in vitro*, sendo que a única diferença entre elas é que na primeira a técnica se desenvolve dentro do corpo da mulher, enquanto que na FIV, o procedimento se dá fora do corpo humano.

1.2.4 Transferência embrionária

A FIV com transferência de embriões (FIVETE) é de suma importância em razão das diferentes formas com que ela pode ser utilizada. Podem ocorrer na utilização da FIVETE, a doação de óvulos, a doação de espermatozoides, a doação de embriões, bem como a chamada “barriga de aluguel” (mãe de substituição).

A doação de óvulos consiste numa opção para os casos de mulheres inférteis pela ausência e/ou anomalia em suas células reprodutivas (óvulos) que inviabilizam uma gestação. Impossibilitada de gerar um novo ser, a mulher, submetida a tratamento de fertilização, poderá se socorrer da doação de óvulos de outras mulheres. Ressalta-se que esta técnica é de difícil aplicação face às peculiaridades que exige²² (MARINHO, 2010, p. 35-36).

²⁰ Segundo Mandelbaum e Plachot, a técnica começa como para a realização de uma fecundação “*in vitro*”, ou seja, estimulação da ovulação, coleta e preparação do esperma. Assim que os óvulos estiverem recolhidos, eles são introduzidos em um fino cateter com o esperma do cônjuge que imediatamente é transferido em uma ou nas duas trompas (geralmente um ou dois óvulos, com aproximadamente, cem mil espermatozoides por trompa). Os eventuais óvulos excedentes serão fecundados “*in vitro*” e os embriões obtidos poderão ser congelados e conservados a fim de serem recolocados posteriormente, em caso de fracasso da tentativa, ou para uma segunda ou até terceira criança (LEITE, 1995, p. 48-49).

²¹ *Nidação* significa implantação do óvulo dentro da cavidade uterina (LUFT, 2000, verbete *nidação*).

²² O maior inconveniente desta adoção é o anonimato da doadora, que desaparece; a criança terá duas mães, aquela que a carregou em seu ventre e aquela que lhe deu o seu patrimônio genético. A filiação será conhecida das duas mulheres, bem como de seus cônjuges e, quase sempre, da família inteira e dos amigos (LEITE, 1995, p. 58).

Já a doação de espermatozoides ocorre quando a célula reprodutiva do homem seja naturalmente capaz de viabilizar a fertilização e consequente gestação. O sêmen ao contrário do óvulo suporta temperaturas baixas, podendo ser congelado para uma posterior utilização (MARINHO, 2010, p. 36-37).

Segundo Leite, a doação de espermatozoides se dá de um casal para o outro, sendo que desta afirmação decorrem três princípios básicos da doação: de um casal a outro casal, gratuidade e anonimato²³, sendo estes princípios fixados a fim de valorizar e moralizar a doação (1995, p. 50).

Há ainda a possibilidade de doação de embriões²⁴ que ocorre de casal para casal, e que, decorre da fertilização do maior número possível de óvulos que são obtidos com a praticada da FIVETE, eis que esta técnica realiza a transferência de embriões para o útero da mulher. Esta doação é facilmente realizada, pois consiste na transferência de um embrião já congelado²⁵ (LEITE, 1995, p. 51).

Na doação embrionária, recomenda-se que sejam transferidos, no máximo, quatro embriões, dispensando os demais excedentes (que sobram). Face estas circunstâncias existem quatro possibilidades: a criopreservação dos embriões excedentes, podendo o casal em tratamento, utilizá-los depois; a doação; utilização em pesquisa ou o descarte (MARINHO, 2010, p. 38).

Surgem, com estas distintas possibilidades, polêmicas de diferentes naturezas as quais são analisadas por Marinho:

²³ Há, ainda, a possibilidade do uso de mistura de sêmen de vários doadores a fim de dificultar a identificação do real doador, sendo referida tática questionável pela possibilidade de surgimento de anomalias genéticas.

A doação de espermatozoides gera tantas polêmicas como a doação de óvulos, pois em ambas as técnicas é possível verificar a interferência de estranhos no procedimento, fato que pode gerar impactos psicológicos e jurídicos; a questão da paternidade, das mulheres viúvas ou solteiras, dos homossexuais que podem se submeter ao tratamento de fertilização, entre outras (MARINHO, 2010, p. 36-37).

²⁴ Foi a equipe australiana de Trounson e Mohr quem obteve o primeiro nascimento de uma criança após fecundação “in vitro”, congelamento-descongelamento e recolocação do embrião. A partir da experiência levada a efeito na Austrália, outros nascimentos ocorreram nos Países Baixos e na Inglaterra (LEITE, 1995, p. 64).

²⁵ Enquanto que a doação de óvulos é unipessoal, de uma mulher (doadora) a outra (receptora), a doação de embriões é bilateral, de casal para casal. Ela resulta da incapacidade científica de dominar completamente as técnicas de procriação artificial. Hipoteticamente, para cada óvulo recolhido e implantado deveria corresponder um novo ser. A prática demonstrou o oposto, obrigando as equipes médicas a coletarem diversos óvulos (o que provoca, normalmente, a obtenção de vários embriões que são implantados ao mesmo tempo, na expectativa de se conseguir a criança desejada (LEITE, 1995, p. 63).

Se a opção for a pela criopreservação, surgirá o problema do tempo que esses embriões ficarão congelados e de quem será a responsabilidade em caso de despesas e deterioração. Ademais, não há respostas conclusivas se o tempo de congelamento pode afetar ou não o desenvolvimento e a carga genética deste embrião.

Se a opção for pela doação, esbarraríamos na questão da identidade genética, porque os conceitos de maternidade e paternidade, necessariamente, sofreriam alterações. Se a escolha recair na destinação dos embriões excedentes para a pesquisa científica ou mesmo para utilização na indústria cosmética, bem como pelo seu descarte, poderia haver afronta aos preceitos e princípios ético-morais, porque há o entendimento de que o embrião representa um ser humano em potencial e, assim, entende-se que há vida e, pelas opções apontadas, haveria afronta ao direito maior constitucionalizado que é o direito à vida (2010, p.38-39).

E ainda, caso a esterilidade se dê por uma impossibilidade da mulher de carregar o embrião, tem-se o recurso da mãe de substituição²⁶, mais conhecido como “barriga de aluguel”, também como variante das técnicas de FIV, e que não se confunde com a técnica da fertilização *in vitro* heteróloga, apesar da semelhança.

Na fertilização *in vitro* heteróloga a mãe concebe e carrega em seu ventre uma criança que, na ótica maternal, é inteiramente sua, sem que se possa falar de maternidade dividida ou dissociada: ela é a mãe integral de uma criança, concebida após inseminação natural ou artificial, bebê de proveta ou mãe gestadora de um embrião doado, mas ainda mãe pelo parto (LEITE, 1995, p. 402).

No que tange à técnica da mãe de substituição muitos doutrinadores entendem ser a mãe substituta, a mulher que cede o seu útero para gestar e gerar um filho, concebido por meio de doação de material genético de terceiros, devendo a criança ser entregue após o seu nascimento à fornecedora do óvulo, que assumirá então, a condição de mãe. Esta técnica de reprodução é buscada quando o estado do útero da mulher não permite o desenvolvimento do óvulo fecundado ou quando constatado que a gravidez apresentará um risco para a mãe.

Enfim, a maternidade de substituição, que não é uma técnica biológica, corresponde à utilização de mulheres férteis que estão dispostas a carregar um embrião, com gametas (masculino e feminino) de terceiros, durante todo o período de gestação ante uma impossibilidade física da mulher de não suportar uma gravidez (MENDES, 2007, p. 41).

²⁶ O primeiro caso clínico apresentado por J.L Yovich (na Austrália) se refere a uma jovem paciente de 26 anos portadora da síndrome de Rokistanky-Kuster-Hauser, cuja irmã, já mãe de 3 crianças, desejava uma esterilização. Cinco embriões foram transferidos para a irmã e esta deu a luz a trigêmeos, após 34 semanas de gestação (1988) (LEITE, 1995, p. 67).

Constata-se que atualmente no Brasil, existem sessenta clínicas especializadas em reprodução humana, sendo que uma delas é considerada a maior da América Latina. São praticados nestas clínicas brasileiras todos os métodos de fertilização assistidas conhecidas e praticadas pela biomedicina em nível internacional (Bélgica, Austrália, Estados Unidos) (MARINHO, 2010, p. 41).

Em relação ao recurso ou à técnica da mãe de substituição, este deve ser visto com bastante cautela, pois referida técnica pode gerar conflitos em relação a quem deverá ser atribuída a maternidade. O uso de tal procedimento não é recomendado, justamente pelo conflito que pode gerar em relação à maternidade. No Brasil, por exemplo, a maternidade é determinada pelo parto. Assim, se tal técnica fosse realizada, como ficaria a situação da mulher que doou o seu material genético, eis que o desejo, pelo menos inicial de ter um filho, era dela. Esta técnica será analisada de forma mais detalhada no próximo capítulo.

1.3 A reprodução humana assistida no Direito Comparado

Direito Comparado é a análise realizada sobre determinado tema ou assunto sob a óptica dos diferentes sistemas jurídicos que existem no mundo. E para que se torne possível uma comparação do sistema jurídico nacional com os sistemas jurídicos estrangeiros, é necessário que se conheçam os mesmos, de forma a conseguir interpretar adequadamente as suas normas.

Conforme salienta Gama:

No campo específico da reprodução assistida, dentro da noção dos benefícios que o Direito comparado pode proporcionar, mormente em matéria envolvendo as recentes descobertas biotecnológicas, importante destacar a relevância do Direito Comparado como instrumento de auxílio do intérprete para a solução das controvérsias e, ao mesmo tempo, como fundamento para a construção das regras que devem vigorar com a nuance de se considerar o caráter nacional, fundado na cultura, na história, na sociedade, e na tradição dos destinatários das normas (2000, p. 2).

Nesta perspectiva, o Direito Comparado²⁷ ganha importância no que se refere ao Direito de Família, mais especificamente no que diz respeito à filiação advinda da utilização de técnicas de reprodução humana medicamente assistida. Ele se torna necessário pelo fato de que, não só no Brasil, mas em todo o mundo, aquele tradicional e exclusivo modelo de família (pai, mãe e filhos, concebidos estes de forma natural), acabou cedendo lugar a outras formas de constituição familiar.

Nos dias de hoje encontramos diferentes estruturas familiares, mas que não deixam de ser entendidas como família²⁸. E que, segundo Gama: “[...] continua sendo imprescindível como célula básica da sociedade, fundamental para a sobrevivência desta e do Estado, mas que se funda em valores e princípios diversos daqueles que alicerçavam a família tradicional” (2000, p. 4).

Pode-se dizer que hoje, as relações familiares estão pautadas no princípio mor (maior) da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/1988), qual seja o da dignidade da pessoa humana. É com base nesse princípio que cabe às entidades familiares o dever de propiciar e desenvolver em seu núcleo valores como: o respeito, a confiança, o afeto, a união, e o amor incondicional, acima de tudo.

Conforme entendimento de Gama, em razão das grandes descobertas e conseqüentes avanços da biotecnologia, a questão da filiação resultante da adoção de uma técnica de reprodução assistida, deve ser analisada a partir dos princípios constitucionais. E acerca deste tema, mostra-se importante o papel do Direito Comparado, ante a carência de tratamento jurídico-normativo no direito brasileiro (2000, p. 6).

Assim, cabe analisar algumas questões polêmicas sobre a reprodução humana medicamente assistida, quando esta se dá na forma heteróloga, de forma a observar os diferentes posicionamentos nas legislações estrangeiras, bem como o amparo legal que é dado pelo Direito Comparado em relação a esse método de reprodução.

²⁷ Caio Mário da Silva Pereira, citado por Gama, aponta que: "o aproveitamento da experiência alheia contribui para o desenvolvimento do direito nacional através de uma boa crítica, que saberá escoimar o produto importado daquilo que não é adaptável às condições estranhas ao meio próprio e originário" (2000, p. 01).

²⁸ A família nesse contexto, é formação social, lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes; de maneira que exprime uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes. Não há mais lugar, no mundo atual, para o Direito de Família aristocrático, ou seja, aquele que objetivava tutelar a família "legítima", detentora de patrimônio e da paz doméstica, como valores absolutos, sem qualquer conteúdo ético e humanista nas relações travadas entre os partícipes de tal organismo familiar (GAMA, 2000, p. 04).

Segundo Leite:

Mesmo nos locais onde as técnicas de RHA foram difundidas, como Estados Unidos (EUA) e em alguns países da Europa, as preocupações éticas e também jurídicas são distintas face às celeumas oriundas das procriações artificiais. Sendo que a diversidade de posturas deriva de influências decorrentes de tradições, usos, costumes, aspectos religiosos (1995, p. 267).

No direito americano, no que diz respeito às condições de realização das técnicas, o princípio fundamental continua sendo o consentimento inequívoco do casal. Dos 28 Estados que adotaram uma legislação regulamentando as consequências da inseminação heteróloga sobre a filiação, 15 prevêm que o consentimento do marido deve ser dado diante de um médico e supõem que a inseminação seja praticada sob seu controle, sendo assim, a responsabilidade civil do médico absoluta (LEITE, 1995, p. 270).

Quanto à paternidade no caso da inseminação heteróloga, observa Leite, a lei em 28 Estados americanos dispõe que o marido que consentiu na inseminação de sua mulher, é o pai legal e por isso não pode negar a paternidade em decorrência de consentimento. Nos demais Estados, a presunção legal de paternidade, existe em favor do marido (1995, p. 273).

É importante observar que nos EUA não há que se falar em uma legislação nacional regulamentadora do tema, eis que a organização judiciária varia de Estado para Estado. Assim, não há um controle nacional em decorrência da falta de uma lei federal precisa sobre o assunto, sendo aplicadas, portanto, as normas estabelecidas pelos Estados.

Já o direito europeu é bastante diverso do norte-americano. As nações européias foram sempre centralizadas, especialmente quanto à administração da justiça. Além disso, as tradições, a filiação religiosa, o nível de vida, as aspirações e sentimento acabam desempenhando um papel decisivo na esfera jurídica. E essa diferença de conduta faz com que surjam regras de Direito diversas substancialmente das expectativas norte-americanas (LEITE, 1995, p. 275).

Na Alemanha, o mais importante documento sobre a reprodução é o Relatório de Benda, o qual se divide em duas partes: regras relativas à procriação medicamente assistida e

regras relativas à pesquisa sobre embriões²⁹. Mas Tanto o Relatório quanto a Associação de Médicos Alemães limitaram a reprodução artificial aos casais casados, sendo que aos casais (não casados) o recurso a esta técnica só podia ser admitido excepcionalmente (LEITE, 1995, p. 278).

Quanto à inseminação heteróloga, Leite observa que o princípio dominante é o de que a inseminação com doador não deve ser proibida, podendo ser autorizada em condições restritas. Ela só pode ser autorizada em caso de perturbação duradoura de fecundidade do marido. A inseminação heteróloga só pode ser realizada pelo médico após o consentimento escrito do marido, consentimento formalizado diante do notário (2000, p. 283).

Ainda, segundo entendimento doutrinário:

O esperma do doador, se a inseminação for bem sucedida, não poderá ser utilizado por outros casais. É obrigatória a conservação dos dados relativos aos doadores e a criança tem total possibilidade de conhecer sua origem genética, a partir dos 16 anos, com base nas informações guardadas nos Centros de Reprodução. É proibida a remuneração dos doadores de esperma e a conservação deste não poderá durar mais de dois anos, sendo proibido ao médico utilizar esperma de um doador já falecido. Ainda, fica vedada a procriação artificial para as mulheres solteiras, e para os casais não casados a vedação se dá quanto a RAH, com o esperma de um doador (LEITE, 1995, p. 283).

Na Suécia, segundo Leite existe uma lei³⁰ que entrou em vigor em 1º de março de 1985 que trata da inseminação artificial. Por esta lei, os pais da criança gerada pela inseminação heteróloga são colocados em situação paralela àquela desfrutada pelos pais adotivos. Em ambos os casos, ao menos um dos pais não é progenitor biológico da criança, o que justifica a similaridade estabelecida. A RAH é permitida tanto às mulheres casadas como às que coabitam com um homem em condições similares ao matrimônio, mas é proibido às mulheres que mantenham relação homoafetiva (1995, p. 288-289).

²⁹ Segundo Brauner, além do Relatório Benda, existe na Alemanha uma Lei sobre a proteção de embriões, de 13 de dezembro de 1990, segundo a qual, “aquele que realizar algum procedimento de reprodução artificial humana sem o consentimento da mulher ou do homem, será punido com pena privativa de liberdade de até 3 anos ou sanção pecuniária; na mesma pena incorrerá quem implantar embrião em uma mulher sem a sua autorização” (2003, p. 96-97).

³⁰ Esta lei previu a necessidade do consentimento escrito do marido, ou companheiro, sendo que até o momento da realização da inseminação, o marido pode revogar esse consentimento. Mas após a inseminação, ele será o responsável legal de forma irrevogável pela criança nascida, não podendo declinar dessa responsabilidade. Já o doador, por sua vez, fica isento de qualquer responsabilidade em relação à criança (LEITE, 1995, p. 289).

No que se refere ao direito da criança em conhecer a sua origem biológica, as opiniões se dividem. Os legisladores consideram o bem estar da criança, e se considera como regra geral, que esta deva poder averiguar que foi gerada por um método artificial de reprodução, então a maioria dos argumentos falam a favor de que não se excluam os dados sobre a identidade do doador. Se é estabelecido um paralelismo com os filhos adotivos, nada impede que aquelas tenham o direito de obter os dados anotados no hospital sobre o doador. Importante ressaltar, que pela lei, em atenção ao doador, os dados sobre ele que ficam anotados no hospital, não poderão ser entregues aos pais da criança e nem a nenhuma pessoa estranha (LEITE, 1995, p. 291).

Na Espanha, aponta Leite, em 22 de novembro de 1988, foi votada a Lei sobre técnicas de reprodução assistida. Segundo a lei, as técnicas só podem se realizar quando há possibilidade de êxito e não ponham em risco grave a saúde da mulher e sua possível descendência; e em mulheres maiores, com bom estado de saúde psicofísico, isto tanto para as mulheres solteiras³¹ como para as viúvas, não ficando restrita a sua aplicação exclusivamente às mulheres casadas (1995, p. 296).

Quanto aos doadores, na RAH, aponta a lei que a doação deve se dar por contrato gratuito, formal e secreto, firmado entre o doador e o Centro autorizado. A doação será anônima, mas garante-se aos filhos o direito de obter informação geral sobre os doadores, desde que não inclua a sua identidade. Apenas em caráter excepcional em circunstâncias extraordinárias³², que comportem um comprovado perigo para a vida da criança, é que a lei permite que se possa revelar a identidade do doador. Estabelece ainda, que apenas as mulheres maiores de 18 anos podem recorrer a estas técnicas de reprodução (LEITE, 1995, p. 296).

E por fim, na França, a lei nº 94-654 de 29 de julho de 1994 sobre a reprodução assistida estabelece que as técnicas de reprodução artificial humana são indicadas nos casos de infertilidade de caráter patológico, medicamente diagnosticados. Preceitua a lei que para a utilização das técnicas deve haver o consentimento do casal e atribui, a título de punição, uma pena de 5 anos de prisão e 500.000 francos de multa para aquele que obtiver gametas de uma pessoa sem o seu consentimento (BRAUNER, 2003, p. 102).

³¹ Pela lei espanhola, “se a mulher for solteira, basta o seu consentimento. Se estiver casada, é necessário o consentimento do marido, que deverá ser consciente e formal. (art. 6º, itens 1 e 3)” (BRAUNER, 2003, p. 100).

³² As circunstâncias extraordinárias estão previstas no artigo 5º, item 5, da lei espanhola (BRAUNER, 2003, p. 100).

Em relação ao doador, na RAH, deverá ser mantida em sigilo a sua identidade e nos casos em que haja necessidade terapêutica concernente à criança concebida, o médico poderá ter acesso às informações médicas que não identifiquem o doador. A quebra do sigilo constitui crime, punido com uma pena de 2 anos de prisão e multa de 200.000 francos. E a doação deve ser gratuita (BRAUNER, 2003, p. 103).

Cabe ainda destacar, que no âmbito internacional, há o relatório sobre inseminação artificial humana aprovado em 1981 pela Comissão da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa que, na exposição de motivos, aponta "as repercussões negativas para a criança, especialmente sobre o seu equilíbrio psíquico, que o desconhecimento da paternidade pode causar e propugna-se o abandono da inseminação medicamente assistida fora do casamento, que se considera fonte de uma esclarecida humanidade" (GAMA, 2000, p. 7).

No direito brasileiro, explica Gama, há uma norma constitucional que trata do planejamento familiar, estabelecendo liberdade de decisão do casal acerca deste assunto, desde que respeitados os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e impondo o dever estatal de fornecer recursos educacionais e científicos para o exercício de tal direito. É o que preceitua o art. 226, § 7º da CF/1998 (2000, p. 7).

A referida norma constitucional reconhece o direito, tanto para o homem quanto para mulher, ao planejamento familiar, não havendo qualquer vedação pela mesma quanto a utilização pelo casal, de técnicas artificiais de reprodução humana, muito menos proibição à monoparentalidade³³ decorrente da reprodução assistida.

As únicas limitações quanto a este direito são a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável. E é com base nestas limitações que a pessoa que optar por utilizar qualquer das técnicas de procriação artificial, não poderá fazê-lo para satisfazer interesses que sejam meramente pessoais, ou seja, a pessoa não pode se utilizar dos métodos de reprodução assistida com o intuito de poder, por exemplo, escolher o sexo do filho ou o seu perfil físico.

Conforme acentua Gama: "Para eliminação da desigualdade entre os filhos, a paternidade e a maternidade passam por uma releitura. Hoje "ter pai" e "ter mãe" representam direitos resultantes dos princípios da paternidade responsável, da isonomia entre os filhos e da garantia à convivência familiar" (2000, p. 9).

³³ Art. 226, § 4º da CF de 1988: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes". Assim, família monoparental pode ser entendida como aquela formada por qualquer dos pais e o(os) filho(s).

Outro ponto relevante e que deve ser levado em consideração no que diz respeito à RHA, é quanto ao sigilo das informações relativas tanto ao doador quanto ao casal, quando a reprodução se der na forma heteróloga, ou seja, quando há a utilização do material genético de uma terceira pessoa.

Gama nos lembra que, no que diz respeito à reprodução assistida, “[...] os efeitos jurídicos em relação aos pais biológicos (doadores do material fecundante) devem existir tão somente para impor restrições, principalmente em relação aos próprios doadores, como por exemplo, o reconhecimento, seja ele voluntário ou mesmo forçado, para fins de criação de direitos e deveres recíprocos”. E que, em relação ao sigilo do doador, este poderá ser afastado, cedendo lugar à proteção de interesses de maior relevância (2000, p. 11 -13).

Disso, denota-se que, mesmo se reconhecendo e preservando a condição de genitor biológico, o doador não resguarda nenhum direito em relação à criança que será gerada, e também não se impõe a ele nenhum dever, pois no momento em que ele optou por doar o seu material genético, conseqüentemente renunciou aos direitos inerentes à criança que será concebida.

Assim também, o casal que se dispôs a perpetuar a família através de método de RHA, utilizando-se de material fecundante alheio, tendo manifestado expresso consentimento, não poderá esquivar-se dos efeitos jurídicos decorrentes do vínculo parental constituído (GAMA, 2000, p. 12).

Para o autor, o instituto da adoção, como atualmente é concebido pela Lei nº 8.069/90 (ECA), a qual teve dispositivos acrescentados pela Lei da Adoção (Lei nº 12.010/09), pode ter perfeita aplicação aos casos envolvendo as técnicas de reprodução humana medicamente assistida sob a modalidade heteróloga ou mesmo em relação às pessoas desimpedidas, inclusive para o fim de preservar efeitos jurídicos como o relacionado aos impedimentos matrimoniais entre genitor e filho biológicos, entre outros (2000, p.15).

Segundo observa Gama:

Há, na legislação brasileira, a previsão a respeito da possibilidade de uma criança ter dois pais, o biológico e o socioafetivo, o que vem a excepcionar o princípio da unicidade do vínculo paterno e, conseqüentemente, do vínculo materno. Do mesmo modo, há a exclusão de quaisquer efeitos pessoais e patrimoniais entre pai e filho biológicos, em caso de adoção deste, salvo para efeito de impedimento matrimonial de parentesco, mantendo-se o sigilo acerca da informação da natureza da relação e, conseqüentemente, da ascendência genética (2000, p. 13).

E é dentro desse contexto, que a CF/1988 é tida como fonte nacional atual e extremamente relevante do Direito de Família, inclusive em matéria de reprodução assistida, norteando os rumos a seguir pelos seus destinatários, na perspectiva de buscar atingir os objetivos do Estado Brasileiro, em especial a construção de uma sociedade fundada na liberdade, justiça e solidariedade, e a promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação de origem, raça, sexo, cor, idade, família, parentalidade e filiação (GAMA, 2000, p. 17).

É importante destacar que no momento em que um casal opta por se submeter a uma das técnicas de RHA, em especial na forma heteróloga, não basta que haja por parte do casal apenas a necessidade de tal submissão, mas deve existir principalmente o ânimo, a vontade externada de ambos, sendo que no caso da RHA heteróloga é preciso que haja o consentimento expreso por parte do marido ou companheiro da mulher que será fecundada.

1.4 A Bioética e o Biodireito

O termo “bioética”³⁴ surgiu na década de 70 e tinha por objetivo discutir os novos problemas que surgiam acerca do desenvolvimento tecnológico, com o intuito de dar um suporte às novas mudanças biomédicas que fosse pautado pelo humanismo. A biossegurança, a biotecnologia e a intervenção genética em seres humanos necessitavam de respostas, que só poderiam ser dadas por meio de uma ciência transdisciplinar.

Em 2005, a Conferência Geral da Unesco adotou a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Todos os Estados-membros e a comunidade internacional comprometeram-se a respeitar e aplicar os princípios fundamentais da bioética condensados num texto único. A Declaração consagra a bioética entre os direitos humanos internacionais e reconhece a interface que existe entre a ética e direitos humanos no domínio específico da bioética (SOUZA; SOCZEK, 2009, p. 400-401).

³⁴ O termo “bioética foi usado pela primeira vez, pelo médico americano Van Ronselaer Potter, em 1971, em seu livro *Bioethics: bridge to the future* (Bioética: ponte para o futuro). Ele defendeu a idéia de que a ciência e a tecnologia estavam destruindo as condições de existência da vida, principalmente o meio ambiente (DALL’AGNOL, 2005, p. 10-11).

Souza e Soczek observam que:

Desde a metade do século XX, a humanidade passou a defrontar-se com uma série de questionamentos éticos suscitados pelas atrocidades da 2ª guerra mundial. Em consequência dos crimes praticados pelos nazistas durante o conflito foi instaurado o julgamento de Nuremberg, em 1947. Este resultou no Código de Nuremberg que passou a regulamentar a conduta científica neste período, sendo aceito pela maioria das nações mundiais.

Em 1964 o Código de Nuremberg foi revisto pela Organização Mundial de Saúde (OMS), reunida em Helsinque, na Finlândia. Esta revisão deu origem à Declaração de Helsinque³⁵, que incorporou vários princípios do Código de Nuremberg.

A promulgação da Declaração de Helsinque pela Associação Médica Mundial (AMM), em 1964, representou a entrada definitiva de princípios éticos dos direitos humanos na medicina (2009, p. 398-399).

No decorrer dos anos foram sendo propostas inúmeras definições para a bioética, sendo que poucas delas são universais. Elas são muito parciais ou muito generalizantes, não se obtendo um meio termo para definir aquilo que realmente ela significa. Assim, segundo Durant, têm-se as definições mais comuns:

- A bioética é a pesquisa ética aplicada às questões colocadas pelo progresso biomédico.
- A bioética é o estudo interdisciplinar do conjunto das condições exigidas por uma administração responsável da vida humana (ou da pessoa humana), tendo em vista os progressos rápidos e complexos do saber e das tecnologias biomédicas.
- A bioética é a pesquisa de soluções para os conflitos de valores no mundo da intervenção biomédica (1995, p.22).

Carlin entende ser a bioética uma maneira de regulamentação das novas práticas biomédicas (procriação por IA, por FIV, mães de aluguel), atingindo três categorias de

³⁵ Como desdobramento da Declaração de Helsinque, de suas revisões posteriores e do nascimento do conceito de bioética, em 1996, o Conselho nacional de Saúde do Brasil aprovou a Resolução 196, incorporando os princípios básicos da bioética. Esta resolução ressalta alguns princípios básicos da bioética, quais sejam: o da autonomia, o da beneficência, o da não-maleficência e o da justiça. Fruto desta resolução foram criados no Brasil a Conep, Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, que articula o trabalho realizado pelos CEPs – Comitês de Ética em Pesquisa, que tem por finalidade analisar todos os protocolos de pesquisa que envolvam seres humanos (SOUZA; SOCZEK, 2009, p. 400).

normas: deontológicas³⁶, jurídicas e éticas, as quais exigem um comportamento ético nas relações da biologia com a medicina (1997, p. 31).

Destarte, a bioética³⁷ pode ser considerada como o estudo que ocorre entre as ciências humanas da medicina, da biologia, da filosofia (ética) e do direito (biodireito), consistindo, assim, em uma análise transdisciplinar. Sua função é investigar as condições necessárias para uma administração responsável da vida animal, ambiental e principalmente da vida humana.

Clotet ressalta que a bioética ocupa-se, principalmente, dos problemas éticos referentes ao início e fim da vida humana, dos novos métodos de fecundação, da engenharia genética, da maternidade substitutiva, entre outros temas atuais. Salienta que ela não possui novos princípios éticos fundamentais, tratando-se da ética já conhecida e estudada ao longo da história da filosofia, mas que é aplicada à novas situações, causadas pelo progresso das ciências biomédicas (2003, p. 22).

Segundo Dall’Agnol, na década de 70 o Congresso americano criou uma comissão para identificar os princípios morais básicos³⁸ que deveriam nortear a experimentação com seres humanos. Na época já existiam algumas normas que foram estabelecidas pelo Código de Nuremberg, mas que precisavam ser aperfeiçoadas (2005, p. 11-12).

Ainda observa o autor, que em 1978 a Comissão divulga o chamado Relatório Belmont, segundo o qual, os princípios morais³⁹ que devem ser considerados pela bioética são: o respeito pelas pessoas; a beneficência; a não-maleficência⁴⁰ e a justiça (2005, p. 11-12).

³⁶ Deontologia vem de dois vocábulos gregos e significa, etimologicamente, *deontas*, o que é obrigatório, aquilo que é preciso fazer (são os deveres de uma profissão) e *logos* é o conhecimento transmitido mediante provas, é o discurso prático sobre uma matéria. Ela designa o conjunto de regras e princípios que ordenam a conduta de um profissional (CARLIN, 1997, p. 32-33).

³⁷ Para Oliveira: Bioética é um neologismo derivado das palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética) (2000, p. 63).

³⁸ Os “princípios éticos básicos” deram para os estudiosos da ética algo que sua própria tradição acadêmico-disciplinar não lhes forneceu: *um esquema claro para uma ética normativa que tinha de ser prática e produtiva* (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2002, p. 48).

³⁹ Há, na ética, atualmente, uma tentativa salutar de superar a dicotomia entre modelos teleológicos (que sustentam que o bem é aquilo para o qual todas as ações, escolhas, etc., tendem) e os deontológicos (mantêm que o “correto” ou o “obrigatório” são as categorias mais importantes da ética. Existe, assim, a necessidade de buscar-se uma nova base para a reflexão bioética. O principialismo não deixa de representar um esforço nesse sentido. Nele assume-se que os problemas específicos da bioética devem ser discutidos a partir tanto de princípios teleológicos (beneficência) quanto de princípios deontológicos (justiça) (DALL’AGNOL, 2004, p. 20-21).

⁴⁰ O princípio da não-maleficência foi desmembrado do da beneficência porque há situações em que um profissional da saúde não pode fazer o bem, por exemplo, curar o paciente, mas deve, ao menos, não lhe causar danos (DALL’AGNOL, 2005p. 12).

A bioética, conforme entendimento de Pessini e Barchifontaine tornou-se principialista por várias razões, das quais podem ser destacadas, entre outras:

- O Relatório Belmont foi o documento fundamental que respondeu à necessidade dos responsáveis da elaboração de normas públicas, de uma declaração simples e clara, de bases éticas para regulamentar a pesquisa.
- A nova audiência, composta por médicos e estudantes de medicina, entre outros profissionais da área da saúde, foi introduzida nos dilemas éticos da época por meio da linguagem dos princípios, que mais do que complexificar, ajudou a entender, esclarecer e chegar a acordos de procedimento em questões extremamente difíceis e polêmicas trazidas pela tecnociência.
- O sucesso do modelo principialista é devido à sua adoção pelos clínicos. Os princípios deram a eles um vocabulário, categorias lógicas para percepções e sentimentos morais não verbalizados anteriormente, bem como meios para resolver os dilemas morais em determinado caso, no processo de compreensão das razões e da tomada de decisão (2002, p. 48).

Para Oliveira, os princípios da bioética, bem como a própria noção de ética fundada em um humanismo concreto fornecem bases para que se interpretem as leis garantindo-se a opção pela reprodução ou não para homens e mulheres, com a utilização da engenharia genética se necessário, mas preservando a dignidade humana, que se estende para o embrião (2000, p. 73).

São, portanto, princípios básicos da bioética:

1. A Beneficência: que implica fazer o bem ao paciente, considerado o critério mais antigo da ética médica, enunciado no princípio hipocrático⁴¹ da medicina, onde o compromisso do médico é fazer o bem ao paciente, restabelecendo a sua saúde.
2. A Autonomia: por este princípio o paciente e o médico devem compartilhar as decisões, ou seja, no gozo pleno de seus direitos deve o paciente decidir o que é melhor para si e buscar a concordância de seu médico.
3. A Justiça: considerado o princípio que garante a todos a distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios da ciência, oferecida amplamente pelos serviços de saúde (BRAUNER, 2003, p. 159).

⁴¹ Hipócrates, ao redor do ano 430 a.C, propôs aos médicos, no parágrafo 12 do primeiro livro da sua obra Epidemia: "*Pratique duas coisas ao lidar com as doenças; auxilie ou não prejudique o paciente*". O Juramento Hipocrático insere obrigações de Não-Maleficência e Beneficência: "*Usarei meu poder para ajudar os doentes com o melhor de minha habilidade e julgamento; abster-me-ei de causar danos ou de enganar a qualquer homem com ele*" (BELLINO, 1999, p. 197).

Há ainda o princípio da não-maleficência⁴²: que segundo Francesco Bellino, prescreve, como o preceito hipocrático, não prejudicar (*neminem laeder, primum non nocere*) e não fazer aos outros um mal ao qual o indivíduo não se opõe e presumivelmente consente, para evitar danos e para justificar a necessidade de controlar a imposição de riscos (1999, p. 198-199).

Além destes princípios basilares da bioética, verifica-se que há os princípios da qualidade de vida e da alteridade que vêm para complementar a finalidade da bioética, qual seja, a de aplicar a ética no campo das biociências. Oliveira elenca estes dois princípios que regem a bioética:

- Qualidade de vida, que defende que a pessoa tem que ter capacidade de viver autonomamente e com dignidade, condições que assegurem uma qualidade de vida, como o próprio nome já indica. Por este princípio, é defensável que alguém decida-se por não continuar vivendo se não pode mais ter uma vida plena.
- Alteridade, que significa o respeito pela outra pessoa, consistindo, em termos bioéticos, na capacidade e, de certa forma, no dever de se entender e respeitar a pluralidade, de aprender a conviver em harmonia com as diferenças e divergências, ou seja, de buscar o consenso em um mundo plural, respeitar um outro ponto de vista, à visão que a pessoa tem das coisas e da vida a partir de um determinado lugar no qual ela se encontra (1997, p. 56).

Mas estes não são os únicos princípios que regem a bioética, uma vez que esta está presente em diversas áreas do conhecimento, em várias esferas da vida humana. Marinho traz ainda: os princípios da bioética religiosa, que compreendem os princípios da sacralidade da vida e do respeito à totalidade. Estes princípios consideram inquestionável que a vida é um dom divino, portanto, sagrada (2010, p. 148-149).

Há ainda, segundo a autora, os princípios éticos gerais, que correspondem ao princípio da autoconsciência e do consentimento informado; e os princípios éticos específicos, que consistem nos princípios da defesa da vida física, da liberdade e da responsabilidade, da totalidade ou princípio terapêutico e também da solidariedade e da subsidiariedade (2010, p. 148-150).

⁴² Este princípio foi acrescentado por Tom L. Beauchamp e James F. Childress, em uma obra publicada em 1979. O referencial teórico, proposto por eles, serviu de base para o que se denominou de *principlism* (principlismo, ou seja, escola bioética baseada no uso dos princípios como modelo explicativo. Tais princípios são racionalizações abstratas de valores que decorrem da interpretação da natureza humana e das necessidades individuais (RODRIGUES, 2005, p. 34-35).

Dessa madeira é possível identificar que a bioética possui várias visões, sofrendo influências significativas⁴³, conforme a realidade cultural de cada povo ou pessoa, o que demonstra que os princípios⁴⁴ da bioética não são imutáveis, estão em constante debate em processo de reelaboração.

O direito, assim como a medicina, a biologia, a filosofia, contribuem para o debate bioético, uma vez que os seus operadores são considerados os principais defensores dos direitos da sociedade, mais especificamente das pessoas ditas vulneráveis. Cabe a eles denunciar os abusos destes direitos, a acima de tudo defender o bem maior que é a dignidade da pessoa humana.

Existe, conforme assevera Junges, uma interdependência necessária entre a ética e o direito, pois ambos estudam o agir humano. O enfoque e a metodologia são divergentes, mas o objeto é o mesmo. Um vê a ação humana referida à intencionalidade da consciência moral e o outro toma em consideração os resultados externos de uma ação avaliados por um ordenamento legal (1999, p. 123).

Para Vieira em muitos casos relatados pelos debates bioéticos, a lei poderá não estar presente, mas o direito sim. Vale a máxima: *ubi societas, ibi ius* (onde há sociedade, há direito), pois não há sociedade sem direito, o que pode ser o ponto de partida para a criação de novas normas jurídicas (2006, p. 10).

Foi diante dos avanços das biotecnociências⁴⁵, os quais acabaram repercutindo na sociedade como um todo, acarretando problemas muitas vezes de difícil solução e gerando diversas polêmicas, que surgiu a necessidade de se buscar uma normatização destas práticas biotecnológicas, de forma a regulamentar e atender às novas necessidades que vão surgindo, procurando buscar sempre e acima de tudo a defesa da pessoa humana.

⁴³ Portanto, a bioética, entendida como ética nas ciências da vida envolve inúmeras questões relacionadas à biologia, psicologia, medicina, direito, ecologia, sociologia, dentre outras, uma vez que a atividade e o desenvolvimento científico precisam ser acompanhados, compreendidos, incentivados e, quando necessário, controlados a fim de não se colocar em risco a própria vida humana (MARINHO, 2010, p. 151).

⁴⁴ Tais princípios passaram a constituir o ponto de partida obrigatório para qualquer discussão a propósito do emprego das técnicas de reprodução humana assistida, da experimentação em humanos, dos transplantes de órgãos e de todas as demais questões que se possam enquadrar dentro do amplíssimo campo que tem sido reconhecido à bioética, desde a codificação do genoma humano até o equilíbrio ambiental (RODRIGUES, 2005, p. 35).

⁴⁵ Diante dos avanços biotecnológicos, especificamente no âmbito da reprodução humana artificial, em face das várias consequências que podem advir – e já estão – denota-se a importância da presença da bioética e seus princípios para aqueles que estejam praticando as inúmeras técnicas como meio de superação dos problemas de infertilidade conjugal, bem como da necessidade de se buscar regulamentação para adoção de referidas técnicas para que os direitos do casal e da criança sejam respeitados, principalmente o direito da dignidade da pessoa humana (MARINHO, 2010, p. 154).

Face a isto é que surge o que a doutrina de modo geral vem denominando de biodireito⁴⁶. Para Diniz o biodireito constitui:

O estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, tem a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade (2006, p 08).

Biodireito seria, então, o conjunto de leis positivas que objetivam estabelecer a obrigatoriedade de observância dos mandamentos bioéticos no desenvolvimento biocientífico, visando o equilíbrio e o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo (SOUZA; SOCZEK, 2009, p. 403).

O papel do biodireito é promover uma compatibilização entre os avanços biotecnológicos e o reconhecimento da pessoa humana como portadora de uma série de valores que necessitam ser assegurados e acima de tudo, respeitados.

E o seu desafio será criar normas capazes de colocar à disposição da humanidade, os avanços da ciência, reduzindo os seus riscos e ao mesmo tempo aumentando as suas potencialidades de produzirem bem-estar humano⁴⁷ (SOUZA; SOCZEK, 2009, p 404).

Assim como a Bioética⁴⁸ significou uma dinamização teórica e prática da ética em geral, também o direito, desafiado pela bioética, será impulsionado a uma reformulação teórica e prática dos seus pressupostos e procedimentos jurídicos para poder chegar a configurar um biodireito (JUNGES, 1999, p. 128).

⁴⁶ A bioética, para ser eficaz e incidir nos procedimentos que implicam a vida humana, necessita de um biodireito. Aos poucos, acorda-se para esta necessidade e surge uma nova área nas ciências jurídicas. É compreensível e necessário que o direito intervenha depois da ocorrência dos fatos e sua análise ética (JUNGES, 1999, p. 124).

⁴⁷ Sendo a concepção humana a maior preocupação do biodireito, já que quase todos os dilemas da reflexão bioética a ela correspondem, Silva entende que a alusão democrática aos direitos do homem implica não apenas a efetiva garantia do direito de nascer (a todos os seres humanos, sem distinção), como também o reconhecimento e a promoção do direito à existência e do direito aos recursos correspondentes a um digno padrão de vida, envolvendo o alimento, o vestuário, a moradia, o repouso, o trabalho, a assistência sanitária e os serviços sociais indispensáveis (2002, p. 245-246).

⁴⁸ A bioética deverá ser um estudo que proporcione diretrizes morais para o agir humano diante dos dilemas levantados pela biociência que giram em torno de direitos entre a vida e a morte, da liberdade de doar ou dispor do próprio corpo, da investigação científica, etc. Enquanto que o biodireito deverá proporcionar diretrizes legais para tais dilemas. O desafio do biodireito será criar normas capazes de colocar a serviço da humanidade, os avanços do conhecimento científico, minimizando seus riscos e ampliando o máximo possível as suas potencialidades de produzir bem-estar humano (SOUZA; SOCZEK, 2009, p. 403-404).

Segundo entendimento de Paiano e Rocha, a bioética e o biodireito devem se unir, cada vez mais, buscando dar um sentido melhor para a vida; aumentar a qualidade de vida das pessoas, ou seja, dar-lhes uma vida repleta de dignidade, no sentido mais amplo que essa palavra possa assumir (2007, p. 138).

Destarte, nota-se que existe uma interdependência entre a bioética e o biodireito, pois ambos tratam do conhecimento sobre o agir humano, e, portanto, possuem o mesmo objeto, mas com um enfoque e uma metodologia diferente. Eles são, por fim, instrumentos que procuram entender o significado e alcance dos avanços biocientíficos criando regras que auxiliem no uso dessas novas descobertas.

Assim, após análise da evolução histórica da RHA, de mostrar de forma sucinta as principais técnicas utilizadas em sede de concepção artificial, bem como de verificar alguns aspectos civis referentes a RHA na forma heteróloga sob a óptica do Direito Comparado e de demonstrar a importância do papel da bioética e do biodireito face às manipulações biológicas, será analisada no capítulo que segue, a instituição familiar, a qual, em decorrência da utilização das técnicas de RHA, em especial na sua forma heteróloga, também acabou passando por profundas transformações.

2 A INSTITUIÇÃO FAMILIAR

Em tempos mais remotos só havia um único tipo de família, a qual era formada apenas pelas figuras do pai, da mãe e do(s) filho(s). Em razão da interferência estatal nas relações familiares, o casamento passou a ser uma exigência na hora de constituir uma família. Porém, face ao grande avanço social, em especial com a eclosão da Revolução Industrial, acabaram ocorrendo intensas transformações na estrutura familiar.

Em decorrência das transformações sociais, acabou havendo uma ampliação do conceito de família, bem como uma repersonalização das relações familiares. Assim, ao longo dos séculos foram surgindo diversos modelos de entidade familiar, de forma a atender aos anseios e às necessidades sociais, e de adaptar-se a cada nova realidade que surge. Mas independente do tipo família, o que se busca hoje dentro de um grupo familiar é a afetividade. O elemento referencial da família hoje é, sem dúvida, o vínculo afetivo.

O desejo de gerar um filho é inerente à natureza humana, e constitui um direito de todo e qualquer casal. Porém muitos deles, por um problema fisiológico, ficam impossibilitados de conceber um filho naturalmente. Mas hoje, em decorrência dos avanços na área da biotecnologia, homem e mulher têm a possibilidade de recorrer às técnicas de RHA para gerar um filho, além da hipótese de adoção.

Ocorre que o desenvolvimento e a utilização das técnicas de RHA também acabam trazendo profundas modificações no âmbito familiar. Hoje a maternidade, a paternidade e consequentemente a filiação não se estabelecem única e exclusivamente com base no aspecto biológico. Eis que tanto na adoção como nas técnicas de RHA, em especial na modalidade heteróloga, a verdade que se mostra presente não é a biológica, mas sim a socioafetiva, que é predominante.

2.1 Origem, conceito e os diferentes tipos de família

Até meados do séc. XX, só havia um único modelo de família, conhecida como família patriarcal, composta exclusivamente pelo pai (chefe da família), a mãe e os filhos, os quais se uniam unicamente por laços de sangue. É o chamado modelo tradicional de família, a

qual somente se constituía por meio do casamento. Porém com a intensa revolução social ocorrida ao longo dos anos, esta concepção de família acabou dando espaço para a instituição de outras entidades familiares.

A família, segundo Lôbo, sofreu intensas mudanças, tanto de função, quanto de natureza, composição e conseqüentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado social, ao longo do séc. XX⁴⁹. O Estado passou a intervir nas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais, dando tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos, que nem sempre são acompanhados pela intensa evolução social (2010, p. 17).

O intervencionismo estatal levou à instituição do casamento: convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A sociedade⁵⁰ em determinado momento histórico, instituiu o casamento como regra de conduta. É por isso que o desenvolvimento da civilização impõe restrições à total liberdade, e a lei jurídica exige que ninguém fuja dessas restrições (DIAS, 2009, p. 27-28).

Porém, este quadro não resistiu com a chegada da Revolução Industrial, a qual fez aumentar a necessidade de mão-de-obra, principalmente nas atividades terciárias. Assim a mulher ingressou no mercado de trabalho, fazendo com que o homem deixasse de ser a única fonte de subsistência da família, a qual se tornou nuclear, restrita ao casal e a sua prole. A família passou a migrar para as cidades e a conviver em espaços menores, fato este que levou à aproximação dos seus membros e sendo mais prestigiado o vínculo afetivo⁵¹ (DIAS, 2009, p. 28).

A interferência estatal nas relações familiares foi o que levou o legislador a dedicar um ramo do direito à família⁵², uma vez que ela deixou de ser uma célula do Estado, passando a ser encarada hoje, como uma célula da sociedade. É tida hoje tanto como uma estrutura

⁴⁹ A própria Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, em seu art. XVI, 3, já estabelecia: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado (PEREIRA, 2003, p. 7).

⁵⁰ Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Sendo entidade patrimonializada, seus membros eram força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal (DIAS, 2009, p. 28).

⁵¹ A valorização do afeto nas relações familiares não se cinge apenas ao momento de celebração do casamento, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo é o único modo de garantir a dignidade da pessoa (DIAS, 2009, p. 28).

⁵² Assim, a expressão *direito das famílias* melhor atende à necessidade de passar-se, cada vez mais, a enlaçar, no âmbito de proteção as famílias, todas as famílias, sem discriminação, sem preconceitos (DIAS, 2009, p. 28).

pública como relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social⁵³ (DIAS, 2009, p. 28-29).

A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do séc. XX acabou entrando em crise⁵⁴, culminando com a sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição Federal Brasileira de 1988 (LÔBO, 2010, p. 17).

Com o advento da CF/1988⁵⁵, acabou a era de hipocrisias e de preconceitos. Conforme aponta Dias:

A Constituição Federal de 1988 instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações⁵⁶ (2009, p. 31).

Assim, a CF/1988 acabou ampliando o conceito de família, o que representou uma evolução no Direito Brasileiro, o qual até então, entendia que a família era constituída apenas pelos pais e filhos mediante a união do casal pelo casamento que deveria ser regularizado, e tendo a regulamentação do Estado.

⁵³ A evolução pela qual passou a família acabou forçando sucessivas alterações legislativas. A mais expressiva foi o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), que devolveu a plena capacidade à mulher casada e deferiu-lhe bens reservados que asseguravam a ela a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho (DIAS, 2009, p. 30).

⁵⁴ Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matrizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver afeto haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida (LÔBO, 2010, p. 17).

⁵⁵ A CF/88 viu a necessidade de reconhecer a existência de outras entidades familiares, além das constituídas pelo casamento. Assim, enlaçou no conceito de família e emprestou especial proteção à união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (art. 226, § 4º). No entanto, os tipos de entidades familiares explicitados são meramente exemplificativos. Não se pode, por exemplo, deixar de ver como família a universalidade dos filhos que não contam com a presença dos pais, bem como não cabe excluir os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, que mantêm entre si uma relação pontificada pelo afeto (DIAS, 2009, p. 41).

⁵⁶ A interpretação mais aceita da igualdade constitucional foi, e continua sendo, no sentido de que ela deve ser tomada na plenitude e com eficácia imediata, não mera igualdade perante a lei, mas total igualdade em direitos e obrigações, já não se admitindo, efetivamente, a respeito qualquer discriminação (COMEL, 2003, p. 45).

Dispondo a família de várias formatações, também o direito das famílias precisa ter espectro cada vez mais abrangente. Como esse ramo do direito disciplina a organização da família, conceitua-se o direito de família como o próprio objeto a definir. Assim, mais do que uma definição, acaba sendo feita a enumeração dos vários institutos que regulam não só as relações entre pais e filhos, mas também a relação das pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, afinidade ou afetividade (DIAS, 2009. p. 33-34).

Assim, pode-se dizer que a entidade familiar é o resultado das transformações sociais e que houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos valores de afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor. Ao Estado, inclusive nas suas funções legislativas e jurisdicionais, foi imposto o dever jurídico constitucional de implementar medidas necessárias e indispensáveis para a constituição e o desenvolvimento das famílias (DIAS, 2009, p. 34).

Para Dias, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito. Ela é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento e que dispõe de estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar⁵⁷, possuem uma função, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente⁵⁸ (2009, p. 27).

É difícil encontrar uma definição de família de forma a dimensionar o que, no contexto social atual⁵⁹, se insere nesse conceito. Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita alcançar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação (DIAS, 2009, p. 42-43).

⁵⁷ Como diz Giselda Hironaka, citada por Dias: “não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de agrupamento familiar a que ele pertence – o que importa é pertencer ao seu âmago. É estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade” (2009, p. 27).

⁵⁸ É essa estrutura familiar que interessa investigar e trazer para o direito. É a preservação do lar no seu aspecto mais significativo: lugar de afeto e de respeito (DIAS, 2009, p. 27).

⁵⁹ O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que permita nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identificado na afetividade. Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a vontade, enquanto o traço diferenciador do direito de família é o afeto (DIAS, 2009, p. 43).

O novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo⁶⁰, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Está ocorrendo uma verdadeira democratização de sentimentos, na qual o respeito mútuo e a liberdade individual são preservados⁶¹ (DIAS, 2009, p. 43-44).

Destarte, o que identifica a família hoje, não é a celebração do casamento, nem a diferença de sexo entre o casal ou companheiros. O elemento referencial da família, que faz com que ela receba proteção jurídica, é sem dúvida a presença de um vínculo afetivo, que tem o condão de unir as pessoas que possuem propósitos, projetos de vida em comum.

Pelo fato de a família acompanhar a evolução dos costumes, ela acaba adaptando-se a cada nova realidade que surge de forma a atender as necessidades humanas de cada época. Assim, a evolução social fez com que ao longo dos séculos fossem surgindo diversos modelos de estrutura ou entidade familiar. Hoje a família pode ser segundo entendimento doutrinário: a) matrimonial; b) informal; c) homoafetiva; d) monoparental; e) anaparental; f) pluriparental; g) paralela e/ou h) eudemonista.

a) Família matrimonial

A família matrimonial é o modelo mais tradicional de família e que resultou da concepção de família patriarcal, na qual o pai era o chefe da família e sobre as ordens do qual, mulher e filhos deviam submeter-se. Como exercia as funções de pai e de marido, o homem era a figura principal, e por isso, dotado de poder e autoridade e nesse modelo de família o casamento era obrigatório.

Segundo Dias, tanto o Estado como a Igreja interferiam na vida das pessoas, sob a justificativa de manter a ordem social. Para tentar regular as relações afetivas, eles assumiam

⁶⁰ O eudemonismo é um sistema ou teoria filosófico-moral segundo a qual o fim e o bem supremo da vida humana é a felicidade. Em outras palavras, o eudemonismo (do grego eudaimonia, "felicidade") é uma doutrina segundo a qual a felicidade é o objetivo da vida humana. A felicidade não se opõe à razão mas é a sua finalidade natural. O eudemonismo era a posição sustentada por todos os filósofos da Antiguidade, apesar das diferenças acerca da concepção de felicidade de cada um deles (Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Eudemonismo>).

⁶¹ As novas famílias buscam construir uma história em comum, na qual exista comunhão afetiva. Nessa ótica, cada vez mais as pessoas têm o direito de escolha e podem transitar de uma comunidade de vida para outra que lhe pareça mais atrativa e gratificante. A manutenção da família visa, sobretudo, buscar a felicidade. Não é mais obrigatório manter a família – ela só sobrevive quando vale a pena (DIAS, 2009, p. 44).

uma posição conservadora para preservar um padrão de moralidade. Assim, foram estabelecendo proibições de natureza cultural e os relacionamentos amorosos passaram a ser nominados de família (2009, p. 44).

A Igreja consagrou a união entre o homem e a mulher como sacramento indissolúvel, sendo que essa conservadora cultura, influenciada pelo Estado, acabou levando o legislador, no início do século passado, a reconhecer juridicamente apenas a união matrimonial⁶². E o Estado, por sua vez, solenizou o casamento como uma instituição e o regulamentou exaustivamente (DIAS, 2009, p. 45).

Até a entrada em vigor da atual CF/1988, o casamento era a única forma admissível de formação de família. Somente com o advento desta, é que se passou a dar proteção a outras entidades familiares. E o Código Civil Brasileiro (CCB/2002, art. 1513), também procurou deixar expressa essa proteção, proibindo qualquer pessoa, seja ela de direito público ou privado, de interferir na vida familiar (DIAS, 2009, p. 45-46).

Assim, a CF/1988, promoveu uma importante concessão ao admitir que o casamento não pode ser considerado pressuposto exclusivo para a constituição de uma família, passando a contemplar também a união estável ao lado do matrimônio. Ela reconheceu a existência de outras entidades familiares, bem como a necessidade de lhes dar proteção jurídica.

b) Família informal

Hoje a concepção de família é totalmente diferenciada do conceito tradicional que a ela era anteriormente atribuído, tendo sofrido inúmeras variações. Na atualidade a família pode apresentar-se de inúmeras formas, com inúmeras variações. Muitas pessoas têm buscado formas alternativas de constituir família, as quais são marcadas pela informalidade, por isso são ditas informais, dentre as quais pode ser citado o concubinato.

A lei só reconhecia juridicamente a família constituída pelo casamento, ou seja, a família legítima, e vedava quaisquer direitos às relações nominadas adulterinas ou concubinárias. Além de não regular tais relações, o legislador negava consequências jurídicas

⁶² O legislador civil de 1916 reproduziu o perfil da família então existente: matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual (DIAS, 2009, p. 45).

aos vínculos afetivos fora do casamento. Porém, tal aversão, não pode coibir o surgimento de relacionamentos extramatrimoniais (DIAS, 2009, p. 46).

Estas estruturas familiares, mesmo rejeitadas pela lei, acabaram sendo aceitas pela própria sociedade, fato este que levou o Constituinte de 1988, a abrigar junto ao conceito de entidade familiar a união estável. E quanto à legislação infraconstitucional, ao regular esta nova espécie de família, acabou praticamente copiando o modelo oficial do casamento⁶³ (DIAS, 2009, p. 47).

Destarte, tendo o conceito tradicional de família sofrido intensas transformações em decorrência do surgimento de outras formas de constituição de família, a união estável é também reconhecida como um tipo de família, uma vez que hoje, o que se leva em consideração dentro de um grupo familiar é principalmente a realização afetiva de seus integrantes.

c) Família homoafetiva

As relações homoafetivas representam uma realidade social, sendo cada vez mais constante a união entre pessoas do mesmo sexo. Ao direito cabe o papel de acompanhar as evoluções pelas quais perpassa a sociedade de forma a regular a estas novas relações que surgem.

Segundo Lôbo, as uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas quando preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e tiverem finalidade de constituição de família. A norma de inclusão do art. 226 da CF/1988⁶⁴ apenas poderia ser

⁶³ Igualmente, o CCB/2002 impõe requisitos para o reconhecimento da união estável, gera deveres e cria direitos aos conviventes. Assegura alimentos, estabelece o regime de bens e garante aos conviventes direitos sucessórios. Pode-se afirmar que a união estável transformou-se em um casamento por usucapião, no qual o decurso do prazo confere o estado de casado. Assim, não só em relação ao casamento ocorre a interferência estatal na vida afetiva das pessoas, como também são igualmente regulamentadas as outras formas de relacionamento, que não desejam qualquer interferência (DIAS, 2009, p. 47).

⁶⁴ A ausência de lei que regulamente essas uniões não é impedimento para a sua existência, porque as normas do art. 226 da CF/88 são autoaplicáveis, independentemente de regulamentação. Como a legislação ainda não disciplinou seus efeitos jurídicos, como fez com a união estável, as regras desta podem ser aplicáveis àquelas, por analogia (art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC), em virtude de ser a entidade familiar com maior aproximação de estrutura, nomeadamente quanto às relações pessoais, de lealdade, respeito e assistência, alimentos, filhos, adoção, regime de bens e impedimentos (LÔBO, 2010, p. 84-85).

excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões. Assim, a Constituição não veda o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo (2010, p. 84).

A nenhuma espécie de vínculo afetivo pode-se deixar de considerar como sendo uma família, a qual merece a proteção do Estado, eis que a própria CF/1988 consagra o respeito à dignidade da pessoa humana. É necessário encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade é uma opção e não uma doença. Não obstante a isto, são cada vez mais frequentes as decisões judiciais que atribuem consequências jurídicas a estas relações⁶⁵ (DIAS, 2009, p. 47).

Observa-se que, mesmo a família tendo evoluído no decorrer dos séculos, apresentando-se hoje de várias formas para atender às necessidades humanas, no que diz respeito às relações homossexuais ainda há uma ausência de regulamentação tanto no âmbito constitucional como também infraconstitucional. Torna-se cada vez mais imprescindível que o direito passe a acompanhar as necessidades que estas uniões ensejam.

d) Família monoparental

A monoparentalidade é um fenômeno social que existe a algumas décadas, mas que passou a ganhar maior intensidade na década de 60. Foi nesta época que ocorreu um grande número de divórcios, que representa uma das causas que faz surgir o modelo de família denominado monoparental. Hoje este modelo é reconhecido constitucionalmente como uma entidade familiar.

A CF/1988, em seu art. 226, § 4º, elencou como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes⁶⁶. Tais entidades familiares receberam em sede doutrinária o nome de família monoparental, como forma de ressaltar a presença de

⁶⁵ Admitindo a analogia da união homossexual com a união estável e que “a opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana”, a 3ª Turma do STJ decidiu pela inclusão do parceiro dependente em plano de assistência médica (REsp 238.715-RS, 2006). No Resp 395.904/RS, 2001, o STJ foi incisivo na admissibilidade da união homossexual como entidade familiar, entendendo que a referência na Constituição e na Lei nº 8.213/91, relativamente aos planos de previdência social, não a exclui. E a circular nº 257, de 21 de junho de 2004, da SUSEP, em cumprimento a decisão judicial, assegurou que os companheiros homossexuais têm o mesmo direito dos heterossexuais ao pagamento do seguro de carro DPVAT, em caso de morte do outro (LÔBO, 2010, p. 87-88).

⁶⁶ A tutela constitucional faz sentido, dado o expressivo número dessas entidades na realidade brasileira atual (LÔBO, 2010, p. 82).

somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar. Porém, o legislador, de forma injustificada, omitiu-se em regular os direitos concernentes a esse modelo de estrutura familiar (DIAS, 2009, p. 48).

Conforme observa Lôbo, a família monoparental não possui um estatuto jurídico próprio, com direitos e deveres específicos como ocorre no casamento e também na união estável.

Segundo o autor:

As regras de direito de família que lhe são aplicáveis, enquanto composição singular de um dos pais e seus filhos são as atinentes às relações de parentesco, principalmente da filiação e do exercício do poder familiar, que neste ponto são comuns às das demais entidades familiares. Incidem-lhe sem distinção ou discriminação as mesmas normas de direito de família nas relações recíprocas entre pais e filhos, aplicáveis ao casamento e à união estável, considerado o fato de integrá-la apenas um dos pais. Quando os filhos atingem a maioridade ou são emancipados, deixa de existir o poder familiar, reduzindo-se a entidade monoparental apenas às relações de parentesco, inclusive quanto ao direito aos alimentos, em caso de conflito. Também se lhe aplica, sem restrições, a impenhorabilidade do bem de família, entendido como sua moradia (2010, p. 83).

A família monoparental pode ter causa em um ato de vontade ou mesmo em um desejo pessoal, como é o caso da mãe solteira, do divórcio, da adoção de um filho por apenas uma pessoa, entre outras circunstâncias. Mas independente da causa, os efeitos jurídicos são os mesmos, de maneira especial quanto ao poder familiar e ao estado de filiação (LÔBO, 2010, p. 82).

Nota-se que nem sempre a monoparentalidade surge de uma situação bioparental, como é o caso da separação de fato, do divórcio, mas ela também pode advir de uma escolha pessoal, de uma situação monoparental, hipótese que ocorre na adoção de um filho por uma pessoa solteira, por exemplo. Mas independentemente das circunstâncias em que ela ocorre, o fato é que estes comportamentos são frequentes no cotidiano das pessoas e por esta razão merecem a proteção estatal.

e) Família anaparental

Anaparental foi o termo utilizado para designar aquela entidade familiar que é desprovida da presença das figuras materna e paterna. Esta estrutura familiar baseia-se no afeto para ser constituída. Aliás, nos dias atuais a base de toda e qualquer família é indubitavelmente o afeto, o qual tem o condão de unir as pessoas que dela fazem parte.

Hoje, não é a verticalidade dos vínculos parentais em dois planos que autoriza reconhecer a presença de uma família merecedora de proteção jurídica. A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família anaparental (DIAS, 2009, p. 48).

Portanto a família anaparental representa o convívio entre pessoas que, embora não tendo um vínculo de ascendência ou descendência que as una, convivem juntas pelo fato de possuírem algum grau de parentesco ou mesmo afinidades em comum.

f) Família pluriparental

A família pluriparental surge quando um vínculo familiar é desfeito e acaba por consequência criando-se um novo vínculo. Assim como no modelo de família anaparental, o vínculo afetivo é o elemento indispensável para a subsistência desta estrutura familiar, pelo fato de seus membros terem feito parte anteriormente de outro núcleo familiar.

A expressão famílias pluriparentais ou mosaico, resulta da pluralidade das relações parentais, especialmente estimuladas pelo divórcio, pela separação, seguidos das famílias não matrimoniais e das desuniões. A especificidade desta espécie de família decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou mesmo ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores⁶⁷ (DIAS, 2009, p. 49).

⁶⁷ No entanto, nestas novas famílias, a tendência é considerar, ainda, como monoparental o vínculo do genitor com o seu filho, até porque o novo casamento dos pais não importa em restrições aos direitos e deveres com relação aos filhos (DIAS, 2009, p. 49).

As famílias pluriparentais são caracterizadas pela estrutura complexa decorrente da multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência. A administração de interesses visando equilíbrio assume relevo indispensável à estabilidade das famílias. Mas parece que a lei esqueceu-se delas (DIAS, 2009, p. 50).

Este tipo de grupo ou entidade familiar também representa uma realidade cada vez mais presente na sociedade brasileira, mas assim como as uniões homoafetivas, não possuem por parte do ordenamento jurídico brasileiro, o devido amparo legal.

g) Família paralela ou recomposta

Hoje em dia é cada vez mais comum existirem famílias onde um dos cônjuges ou companheiros não é o pai ou a mãe biológica da criança. A esta estrutura familiar deu-se a denominação de família recomposta ou paralela e nela o vínculo de afeto prevalece sobre os laços de sangue.

Os relacionamentos paralelos são considerados relações desprovidas de efeitos positivos na esfera jurídica, além de receberem denominações pejorativas e de serem condenados à invisibilidade. A doutrina distingue ligações afetivas livres, eventuais, transitórias e adulterinas com o fim de afastar a identificação da união como estável e, assim, negar-lhe consequência jurídica (DIAS, 2009, p. 50).

Segundo Lôbo, existe um vazio legal em torno das famílias recompostas, apesar de o seu número ser extenso e estar crescendo, o que tem provocado iniciativas legislativas que as reconhecem como unidade familiar construtiva. Mas o problema pode ser debitado ao próprio direito, eis que abriu as possibilidades de separação e divórcio, omitindo-se sobre as consequências jurídicas das recomposições familiares, quando os separados ou divorciados levam filhos da família original para a nova (2010, p. 90).

Deixar de reconhecer a família paralela como entidade familiar leva à exclusão de todos os direitos do âmbito do direito das famílias e sucessório. A jurisprudência amplamente majoritária nega a existência desses relacionamentos, não os identificando como união estável. No máximo é reconhecida a existência de uma sociedade de fato, partilhando-se os

bens adquiridos na sua constância, mediante indispensável prova da participação efetiva na aquisição patrimonial. Nada mais é deferido (DIAS, 2009, p. 53).

Conforme assevera Dias:

Negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade. Mas não é nesse sentido que vem se inclinando a doutrina e decidindo a jurisprudência. Verificadas duas comunidades familiares que tenham entre si um membro em comum, é preciso operar a apreensão jurídica dessas duas realidades. São relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros convivem, muitas vezes têm filhos, e há construção patrimonial em comum. Não ver essa relação, não lhe outorgar qualquer efeito, atenta contra a dignidade dos partícipes e filhos porventura existentes. Além disso, reconhecer apenas efeitos patrimoniais, como sociedade de fato, consiste em uma mentira jurídica, porquanto os companheiros não se uniram para constituir uma sociedade (2009, p. 51).

Mesmo com a evidente rejeição a estes relacionamentos, isso não faz com que estas uniões deixem de existir. A repulsa aos vínculos afetivos concomitantes não os faz desaparecer, e a invisibilidade a que são condenados não privilegia o “bígamo” (pessoa que possui dois cônjuges). São relações de afeto e, apesar de serem consideradas uniões adulterinas, geram efeitos jurídicos.

h) Família eudemonista

O conceito de família eudemonista refere-se àquela família que independente da existência de vínculo biológico, busca acima de tudo a realização pessoal de seus integrantes, em prol da felicidade. Ela identifica-se por uma comunhão de valores como o respeito, a solidariedade mútua, as responsabilidades recíprocas e o amor acima de tudo.

Cada vez mais se reconhece que a personalidade da pessoa se estrutura no âmbito das relações afetivas. A afetividade mostra-se como o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais, e não a vontade. A busca constante pela felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como o único modo eficaz para definir uma família e preservar a vida (DIAS, 2009, p. 54).

A esta nova tendência de identificar a família pelo vínculo afetivo que nela se estabelece, deu-se o nome de família eudemonista⁶⁸, a qual busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. Ela identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da solidariedade, da liberdade e da responsabilidade recíproca. É a verdadeira família democratizada, na qual não se justifica mais a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas (DIAS, 2009, p. 55).

Talvez seja este modelo de família chamado eudemonista o que prevalece na atual sociedade brasileira, pelo fato de buscar antes de qualquer coisa, o bem-estar, a boa convivência e a realização pessoal de seus membros. Trata-se de um modelo que representa a nova estrutura da família brasileira, que observa os valores aptos a proporcionar uma vida pautada pela dignidade humana.

2.2 A maternidade e a paternidade no direito civil brasileiro

O desejo de gerar um filho é próprio da natureza humana, podendo esse desejo, muitas vezes, ficar ainda mais intenso em face de uma infertilidade ou esterilidade que pode em alguns casos ser sanável e em outros não. Dessa forma, acabam restando dois caminhos ante a impossibilidade de se ter um filho naturalmente: a adoção ou a escolha pela utilização de alguma das técnicas de reprodução medicamente assistida.

Mesmo a Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/88) não dispendo de forma explícita sobre o direito de ter filhos, ela traz expresso o direito ao planejamento familiar, face à autonomia dos cônjuges ou companheiros. Ela instituiu o direito ao exercício do planejamento familiar⁶⁹ e sua satisfação sob a ótica da dignidade humana, cabendo ao Estado assegurar tal direito.

⁶⁸ O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito, de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-se da instituição para o sujeito, como se infere na primeira parte do art. 8º da CF/88: *o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um de seus componentes que a integram* (DIAS, 2009, p. 54).

⁶⁹ A Lei n. 9.263 de 12 de janeiro de 1996, prevê que o planejamento familiar é direito de todo cidadão, e não apenas do casal, como referido na Constituição. Para os fins dessa lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação, ou aumento da prole pala mulher, pelo homem ou pelo casal (LÔBO, 2010, p.215).

Assim dispõe o parágrafo 7º do art. 226 da Magna Carta:

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.

Conforme adverte Alexandre de Moraes:

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência (2007, p. 30-31).

No que diz respeito à maternidade, esta sempre representou o começo de uma nova etapa na vida das mulheres, que desenvolvem dentro de si o desejo intenso pela maternidade, a necessidade de ser mãe, sendo este um diferencial que demonstra a abrangência do papel feminino na sociedade.

Tradicionalmente, como aponta Venosa, afirmava-se que a maternidade era sempre certa (*mater semper certa est*), enquanto que a paternidade era sempre incerta (*pater semper incertus est*). Assim, no direito vigente até o final do séc. XX essa era a dogmática: enquanto a maternidade era sempre suscetível de ser provada, a paternidade era de difícil comprovação. Hoje já se pode apontar com absoluta certeza a paternidade (2005, p. 243).

Porém o avanço da biomedicina quanto a RHA, fez com que tais preceitos de que a identidade da mãe é sempre certa enquanto que a do pai é presumida, ou seja, é sempre incerta, acabaram caindo por terra. O princípio pelo qual o filho da mulher casada presume-se do seu marido perdeu o seu sentido.

Conforme assevera Marinho, os sucessos das técnicas de RHA⁷⁰, além do grande interesse que surtem na Humanidade, especialmente sob o enfoque daquelas mulheres e homens que sofrem com os problemas da infertilidade e da esterilidade, geram grande apreensão por exporem e colocarem em risco direitos tidos como essenciais como a vida, a integridade física e moral e a própria privacidade (2010, p. 43).

Com o surgimento das técnicas de RHA, surge a necessidade de reconstrução do modelo jurídico clássico de reprodução, diante da possibilidade de alterações quando do estabelecimento de vínculos de parentalidade/filiação, porque é possível a presença de material genético de terceiros em referidas técnicas (MARINHO, 2010, p. 48).

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei nº 8.069/1990) preconiza em seu art. 20 que: “Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

O professor Guilherme Calmon Nogueira da Gama, citado por Marinho, defende que os critérios utilizados para o estabelecimento da paternidade, quais sejam, o relacionado ao vínculo jurídico-legal, também denominada de paternidade tradicional e o relativo ao vínculo biológico, são equivocados e não estão mais adequados à realidade jurídica atual (2010, p. 49).

Observa-se que o surgimento e o conseqüente uso das técnicas de RHA, acabaram por trazer várias implicações no âmbito jurídico, como a doação e venda de gametas, a implantação de embrião em mãe substituta, entre outras. Mas é a forma heteróloga que gera maiores celeumas jurídicas no direito de família, pois provoca transformações nas definições de maternidade e paternidade, atingindo questões referentes à filiação.

⁷⁰ Os avanços biotecnológicos geram impactos significativos em várias esferas da sociedade pois, além de atingirem princípios, valores e até certos dogmas enraizados e tidos como válidos, abalam os sólidos princípios instituídos na filiação, e os laços que ligavam pais e filhos concebidos, alterando-os. Assim, percebe-se que estes impactos atingem a ética (ao envolver conceitos ligados à vida, privacidade, dignidade), psicologia (ao envolver laços afetivos entre pais e filhos), religião (ao se discutir início e interrupção da vida, meios conceptivos e contraceptivos, sexualidade e moralidade) e jurídicos (conceitos ligados à maternidade, paternidade, direito das sucessões, dentre outros pontos polêmicos) (MARINHO, 2010, p. 43).

2.3 A maternidade por substituição

Alguns anos atrás, a maternidade, diferentemente da paternidade, era sempre certa, ou seja, sempre se tinha a certeza de quem era a mãe face aos sinais exteriores inerentes a maternidade, levando-se sempre em conta o vínculo consanguíneo. Ocorre que, diante do instituto da adoção e o surgimento da RHA, a maternidade deixou de ser sempre certa. Hoje a mãe biológica pode ser diferente da mãe que está gerando o filho, ou ela pode, no caso da adoção, não ser a mãe biológica, mas sim a socioafetiva.

Para Veloso, a maternidade é evidenciada por sinais externos, que são inequívocos e ostensivos, como a gravidez, o parto, o aleitamento. Em regra o que estabelece o vínculo jurídico entre a mãe e o filho é o nascimento. Neste sentido, o art. 1796, 1, do Código Civil Português: “Relativamente à mãe, a filiação resulta do fato do nascimento” (1997, p. 13).

Portanto, diante das peculiaridades da gestação e do parto, a maternidade é mais facilmente provada do que a paternidade em razão dos sinais exteriores que são inequívocos. Assim, o brocardo latino *mater semper certa est* se baseia no fator biológico fator que faz com que a maternidade possa ser reconhecida formalmente em ato autêntico, ou no assento de nascimento, ou ainda, por testamento (MARINHO, 2010, p. 51).

Lembra Marinho que, com o desenvolvimento das biotecnologias ligadas à reprodução humana, com todas as técnicas já comentadas em capítulo anterior, surge a possibilidade de a mulher que engravida e dá à luz a um bebê não ser a mãe biológica desta criança, não tendo nenhum vínculo genético⁷¹ (2010, p. 52).

Face a estes dois conflitos, a tendência doutrinária é de atribuir a maternidade à mãe que gestou a criança. Mas se de alguma forma, se evidenciar que a mãe gestante não tiver condições sociais ou psicológicas de cuidar da criança, esta deverá ser entregue a mãe biológica. Deve-se ter em mente, que sempre deve ser levado em consideração o melhor interesse da criança (MOREIRA FILHO, 2002, p. 05).

Quando se fala em prática de maternidade de substituição, fala-se em plena desestruturação dos conceitos de filiação, porquanto que esse processo permite uma total

⁷¹ Gestação por conta de outrem, maternidade por substituição ou sub-rogação, são expressões que nada mais significam do que a chamada barriga de aluguel. Porém, apesar do nome, é vedada constitucionalmente a comercialização de qualquer órgão, tecido ou substância (CF/88, art.199, § 4º). Assim, também é proibido gerar o filho alheio, mediante pagamento (DIAS, 2009, p. 336-337).

dissociação das etapas do processo de procriar: conceber, gerar e ser mãe (MENDES, 2007, p. 49).

Não há legislação que regule a chamada “barriga de aluguel”,⁷² sendo tal situação disciplinada apenas pela resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que adotou normas éticas no que concerne à regulamentação e procedimentos a serem observados pelas clínicas e seus profissionais que trabalham com a RHA.

Segundo aponta Dias:

[...], a Resolução do Conselho Regional de Medicina admite a cessão temporária do útero sem fins lucrativos, desde que a cedente seja parente até o segundo grau (ou seja mãe, avó, neta ou irmã) da mãe genética. Apesar da omissão da norma regulamentadora, mister admitir que também parentes por afinidade (sogra ou cunhada) podem ceder o útero. A possibilidade de uso de útero alheio elimina a presunção *mater semper certa est*, que é determinada pela gravidez e pelo parto. Em consequência, também cai por terra a presunção *pater est*, ou seja, que o pai é o marido da mãe. Assim, quem dá à luz não é mãe biológica e, como o filho não tem sua carga biológica, poderia ser considerada, na classificação legal (CC 1.593) como “mãe civil” [...] (2009, 337).

O CCB/2002 não faz qualquer menção quanto à prática de fertilização *in vitro* por maternidade de substituição, levando em consideração de que este é o procedimento de RHA que mais traz confusão na ordem jurídica do direito de família. São constantes as indagações de ordem ética, moral e, principalmente, sobre como se estabelecer a filiação frente a esta forma de concepção (MENDES, 2007, p. 49).

No entendimento de Venosa, a fecundação em ventre alheio somente deve ser admitida, em última *ratio* (razão), por motivos de solidariedade e de afeto, da mesma forma que a doação de esperma. Na ausência de norma no direito brasileiro, um contrato oneroso dessa espécie deve ser considerado nulo, porque imoral seu objeto, e a obrigação dele decorrente pode ser considerada, quando muito, obrigação natural (2005, p. 263-264).

Atualmente, cresce na doutrina pátria o entendimento de que, em relação à reprodução assistida heteróloga, com o uso da mãe de substituição, deve ser atribuída a maternidade à

⁷² A maternidade de substituição, que não é uma técnica biológica, corresponde a utilização de mulheres férteis que estão dispostas a carregar um embrião, com gametas (masculino e feminino) de terceiros, durante todo o período gestacional face a impossibilidade física da mulher de não suportar uma gravidez (MENDES, 2007, p. 41).

mãe biológica⁷³ (que doou o material genético), sendo tida a mãe substituta como uma hospedeira que engravidou apenas para ajudar na concepção do filho de outrem. Ela é a contribuidora do desejo daquela mãe infértil de poder ter um filho.

Mas o direito brasileiro, assim como o direito francês (que dá prioridade à mãe que teve a gravidez e o parto sobre a mãe genética), o direito suíço (que determina que a mulher que dá à luz é considerada a mãe da criança) e o direito espanhol (que dispõe que a filiação dos filhos nascidos por gestação de substituição será determinada pelo parto), também adota o critério do parto como condição para determinar a maternidade⁷⁴ (MARINHO, 2010, p. 53).

Mas, não obstante a falta de previsão, quanto à filiação no procedimento da maternidade de substituição cabe lembrar que atualmente tanto a doutrina como a jurisprudência aplicam na determinação da maternidade e paternidade, além da filiação biológica, a filiação afetiva ou socioafetiva. Assim, para determinar a filiação é necessária uma maior valoração dos laços afetivos, bem como os direitos da criança⁷⁵ (MENDES, 2007, p. 50).

Destarte, no ordenamento jurídico brasileiro é defeso a realização de contrato que envolva bens indisponíveis, como é o caso da vida, a qual ninguém pode dispor. Por esse foco, a prática do procedimento de maternidade de substituição acaba por não ter eficácia no âmbito jurídico, ficando essa questão, caso haja uma lide, uma colisão de interesses entre as supostas “mães”, sujeita a decisões jurídicas conflitantes.

⁷³ Quanto à maternidade, deve ser considerada mãe aquela que teve o óvulo fecundado, não se admitindo outra solução, uma vez que o estado de família é irrenunciável e não admite transação. Mas a discussão permanece em aberto. Tantos são os problemas, das mais variadas ordens, inclusive de natureza psicológica na mãe de aluguel, que o projeto de lei sobre reprodução assistida, ainda em tramitação, proíbe a cessão de útero de uma mulher para gestação de filho alheio, tipificando inclusive essa conduta como crime. Sob o ponto de vista do filho assim gerado, contudo, é inafastável que nessa situação inconveniente terá ele duas mães, uma biológica e outra geratriz. Não bastassem os conflitos sociológicos e psicológicos, os conflitos jurídicos serão inevitáveis na ausência de norma expressa (VENOSA, 2005, p. 264).

⁷⁴ Art 1.603 do CCB/2002: “A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.” e art. 1.608: “Quando a maternidade constar do termo de nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas.”

⁷⁵ Para se conceber a técnica da mãe de substituição, é preciso ter como ponto de partida a consignação de qual o interesse primordial a ser tutelado, o da mãe biológica, da mãe afetiva ou da criança que já nasce sendo alvo de disputa (MENDES, 2007, p. 52).

2.4 A paternidade presumida no Código Civil Brasileiro de 2002

Anos atrás a figura do pai era sempre vista única e exclusivamente pelo seu aspecto biológico, ou seja, o pai era aquele que fecundava a sua esposa por meio de uma relação sexual. Ocorre que hoje isso não é mais tido como uma verdade absoluta. Em decorrência da possibilidade de adoção e com os avanços na área de RHA, a paternidade pode ter uma base biológica, mas ela também poderá ser estabelecida jurídica ou socioafetivamente.

Admitido que a mãe é sempre certa (*mater semper certa est*), a incerteza acerca do pai, em relação à filiação havida dentro do casamento, é eliminada no interesse da “segurança jurídica” através da incidência da presunção *pater is est quem nuptiae demonstrat* (ou *pater is est*), ou seja, de que o pai é quem se casou com a mulher de quem nasceu o filho⁷⁶ (FACHIN, 1992, p. 20-21).

Em face da necessidade de estabelecer, no âmbito da família, a filiação paternal, o sistema jurídico brasileiro se vale de alguns mecanismos. Diante da certeza da maternidade, o eixo do estabelecimento da paternidade gira em torno da figura da mãe: se esta for casada, opera a presunção *pater is est*; se a mãe não for casada, a filiação paternal pode ser estabelecida pelo reconhecimento voluntário ou por investigação (FACHIN, 1992, p. 21).

Como bem observa Lôbo, em matéria de filiação, o direito sempre se valeu de presunções⁷⁷. Essas presunções têm por finalidade fixar o momento da concepção, de modo a definir a filiação e certificar a paternidade, com os direitos e deveres dela decorrentes.

O casamento, segundo entendimento de Monteiro, gera a presunção da paternidade – *pater is est quem nuptiae demonstrat* – por presunção da coabitação (vida em comum como marido e mulher) e da fidelidade da mulher, ou, por outras palavras porque a lei supõe relações sexuais entre os cônjuges e que a mulher as tenha tido somente com o marido (2009, p. 359).

Assim, observa-se que, havendo casamento, será observada a presunção *pater is est*, surgindo o sentido jurídico da própria paternidade. Portanto, pai é aquele que o sistema

⁷⁶ A presunção da paternidade nasceu com o objetivo de se atenderem interesses alheios à filiação, visando a proteção da família fincada no matrimônio bem como a supremacia da autoridade paternal, tendo sido aplicado quando do sistema clássico de concepção de família (MARINHO, 2010, p. 55).

⁷⁷ Ocorre que essa forma de organizar as relações de filiação, firmada em uma presunção, questionável exclusivamente por determinada pessoa, não raro levava a situações de extrema injustiça. Tanto assim, que a legislação extravagante foi, passo a passo, caminhando lentamente para melhorar a condição dos filhos então havidos sob o estigma de ilegítimos (BARBOSA, 2003, p. 59).

jurídico define como tal, podendo não coincidir as figuras do pai biológico com a do pai jurídico, diante da prevalência da verdade jurídica sobre a verdade biológica (MARINHO, 2010, p. 54-55).

Destarte, segundo Lôbo, chegaram até nós:

- a) a presunção *pater is est nuptia demonstrat*, impedindo que se discuta a origem da filiação se o marido da mãe não a negar;
 - b) a presunção de paternidade atribuída ao que teve relações sexuais com a mãe, no período da concepção;
 - c) a presunção de *exceptio plurium concubentium*, que se opõe à presunção anterior, quando a mãe tiver relações com mais de um homem no período provável da concepção;
- E no art. 1597 o Código Civil prevê expressamente as seguintes presunções tradicionais:
- d) a presunção da paternidade do marido, para os filhos concebidos cento e oitenta dias após o início da convivência conjugal;
 - e) a presunção da paternidade, para os filhos concebidos até trezentos dias após a dissolução da sociedade conjugal (2010, p. 216).

O direito brasileiro, segundo Marinho, adotou a presunção da paternidade, atribuindo-lhe um sentido jurídico, sendo certo que o CCB/2002 manteve a presunção legal, conforme se observa pelo disposto nos arts. 1.597, 1.599 e 1.601⁷⁸ (2010, p.55).

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
 II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
 III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
 V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

⁷⁸ Art. 1.599. A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade.

Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

Ocorre que com o avanço da biotecnologia e com a disseminação do exame de DNA, todas estas presunções vêm sendo desafiadas. Todavia, a origem genética somente pode prevalecer quando não se tenha constituído alguma das modalidades de filiação socioafetiva, como a adoção, posse de estado de filiação e concepção por inseminação artificial heteróloga (LÔBO, 2010, p. 216).

Nas palavras de Marinho, esta presunção de paternidade adotada pela legislação brasileira, já não é suficiente para o estabelecimento da paternidade-filiação, em razão da nova concepção de que a paternidade tem de ser construída. Assim como a maternidade, a paternidade também vem sendo atingida pelas técnicas de RHA, principalmente na forma heteróloga (2010, p. 56).

Conforme assevera a autora, a nova redação do CCB/2002 também adotou a presunção legal da paternidade para os filhos havidos por fecundação artificial homóloga (art. 1.597, I), por implantação de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga (art. 1.597, II) e os obtidos por IA heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido e quando concebidos na constância do casamento⁷⁹ (art. 1.597, V) (2010, p. 56).

Conforme demonstra Monteiro:

O art. 1.597 traz a solução às situações em que o filho é oriundo de fecundação artificial homóloga e heteróloga, inclusive após a morte do doador. Na fecundação homóloga considera-se, por presunção, filho do marido aquele concebido após a sua morte, inclusive por meio da técnica de congelamento de sêmen, bem como aquele concebido a qualquer tempo, tratando-se de embrião excedentário; na fecundação heteróloga, desde que com essa amplitude seja considerado o termo inseminação utilizado no inciso V, presume-se a filiação do marido diante de seu consentimento prévio (2009, p. 361-362).

Destarte, se o casal que se submeteu às técnicas de reprodução assistida, sendo eles casados ou vivendo em união estável, externarem o seu consentimento, seja por reprodução homóloga ou heteróloga, a filiação pertencerá ao casal que consentiu, e tendo sido concebida

⁷⁹ Ainda que a lei fale em constância do casamento, as presunções de paternidade e de maternidade também se aplicam à união estável. A única diferenciação é que, com a celebração do casamento, há a prova pré-constituída da convivência. Assim qualquer um dos pais pode proceder ao registro de nascimento do filho em nome de ambos os genitores. Em se tratando de união estável, tal não é possível, a não ser que exista prova de sua existência, como sentença judicial. Caso contrário, para o registro do filho se faz necessário que o reconhecimento seja levado a efeito por ambos os genitores (DIAS, 2009, p. 322).

na constância do matrimônio ou da união estável, esta filiação será legítima, não podendo ser alvo de futura contestação.

Como em relação à paternidade decorrente de RHA nossa legislação também é omissa, torna-se necessário dividir a paternidade em homóloga e heteróloga. Na reprodução homóloga, a filiação biológica e a afetiva coincidem. Será o pai o que doou o sêmen para ser fecundado, no caso, o marido ou companheiro da mulher.

Já quanto à reprodução heteróloga, segundo Moreira Filho, podem ocorrer três situações diferentes:

- 1ª) Se a técnica foi consentida na constância de um casamento ou união estável;
- 2ª) Se a técnica não foi consentida dentro de um casamento ou união estável;
- 3ª) Se a técnica foi realizada em mulheres solteiras, viúvas, separadas ou divorciadas judicialmente (2002, p. 06).

Na primeira hipótese não há qualquer controvérsia, pois o homem ao consentir, passa a assumir a paternidade, não podendo contestá-la posteriormente. Na segunda situação, ao ser fecundado com material genético de um terceiro, sem o consentimento do marido ou companheiro, a mulher cometeu ato atentatório ao casamento. Assim, caso o marido ou companheiro já tenha registrado a criança, ele poderá contestar essa paternidade, uma vez que foi induzido a erro pela esposa (MOREIRA FILHO, 2002, p. 06).

E no terceiro caso, em que a mulher busca um banco de sêmen para constituir uma família monoparental, não se pode atribuir a paternidade ao doador. Como não há lei específica para esse caso, utiliza-se por analogia a doação de sêmen o instituto da adoção. A criança será registrada apenas no nome da mãe, podendo pedir no futuro o reconhecimento da paternidade biológica. Mas isso não traz ao doador qualquer obrigação em relação à criança, eis que ao doar seu sêmen ele está abrindo mão de sua paternidade (MOREIRA FILHO, 2002, p. 06).

Na fecundação homóloga, não há necessidade de autorização do marido. A cláusula do art. 1.597, III “mesmo que falecido o marido”, deve ser interpretada somente para fins do estabelecimento da paternidade, observado o prazo limite de 300 dias da morte do varão. Porém, no caso da inseminação *post mortem*, ainda que o marido tenha fornecido o sêmen,

não há como presumir o consentimento. Somente tendo havido a expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento (DIAS, 2009, p. 334).

Para Dias, tratando-se de inseminação artificial heteróloga⁸⁰, a presunção de paternidade é exclusivamente baseada na verdade afetiva. É reconhecida a filiação mesmo diante da certeza da inexistência de filiação biológica. Como é utilizado material genético de doador anônimo, a verdade genética deixou de ser pressuposto para o estabelecimento da presunção de paternidade (2009, p. 329).

A presunção de que foi concebido na constância do casamento o filho havido por inseminação artificial heteróloga previamente consentida pelo marido, deve ser tida não como uma presunção relativa (ou *iuris tantum*), mas como uma presunção absoluta (*iuris et de iure*) ou certeza da paternidade, pois deve se levar em conta a impossibilidade jurídica de se admitir a impugnação da paternidade relativamente àquele que manifestou vontade no desenvolver do projeto parental dos cônjuges e posteriormente pretende se retratar de tal consentimento. A paternidade se constitui desde a concepção e início da gravidez, assim como se daria na procriação natural⁸¹ (GAMA, 2003, p. 50).

Ainda observa o autor, que outro dispositivo relevante para a análise dos aspectos civis da RHA, é o art. 1593 do CCB/2002, que possui a seguinte redação: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.⁸² Na ótica contemporânea, o parentesco civil na atualidade, deve ser considerado o proveniente não somente da adoção, mas também o resultante da reprodução assistida, no direito brasileiro. Eis que surgiu uma nova fonte de parentesco em razão dos grandes avanços biotecnológicos na área da reprodução humana (GAMA, 2003, p. 55).

No entendimento de Fachin, a efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética e não se basta na explicação jurídica dessa informação biológica.

⁸⁰ Ao contrário das demais hipóteses, a fecundação heteróloga gera presunção *iuris et de jure* (presunção absoluta), pois não há possibilidade de ser impugnada. Trata-se de presunção absoluta de paternidade socioafetiva. A paternidade constitui-se, desde a concepção, no início da gravidez, configurando hipótese de paternidade responsável. Se fosse admitida impugnação, haveria uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional do médico e ao anonimato do doador do sêmen. Assim, de nada serve a prova da inexistência do vínculo biológico (DIAS, 2009, p. 336).

⁸¹ O fato de não haver a relação sexual na procriação assistida heteróloga, faz com que se leve em consideração outros pressupostos fáticos, como a vontade associada ao êxito da técnica conceptiva, com a observância ao princípio da paternidade responsável, expresso na CF/88 no art. 226, § 7 (GAMA, 2003, p. 50).

⁸² O preceito contido no referido artigo, reconhece o parentesco decorrente da R.A heteróloga expressamente no âmbito de Direito de Família. Mas cabe ressaltar, que essa espécie de parentesco civil sempre existiu, em que pese a falta de expressa previsão legal, mostrando-se assim digna de importante nota a referência à “outra origem” (que não a da consanguinidade) para designar o parentesco civil (GAMA, 2003, p. 54).

Busca-se então a verdadeira paternidade. Assim para além da paternidade biológica e da paternidade jurídica, há na relação paterno-filial, uma verdade socioafetiva⁸³ (1992, p.23).

Dessa forma, a paternidade jurídica acaba por distanciar-se da sua base biológica para atender outros interesses em defesa da própria família, colocados pelo legislador num plano superior ao do conhecimento da verdade biológica. Esse procedimento atendeu a uma determinada concepção de família que se espalhou nas codificações (FACHIN, 1992, p. 22).

Para o autor, a paternidade passa a ser na perspectiva da filiação (havida dentro ou fora do casamento), um direito. O pai já pode não ser apenas aquele que emprestou sua colaboração na geração genética da criança, também pode não ser aquele a quem o ordenamento jurídico presuntivamente atribuiu a paternidade⁸⁴ (1992, p. 23).

O pai que educa e sustenta não é necessariamente o biológico, pois como fora afirmado anteriormente, o filho pode ser adotivo, ou advindo de uma fecundação artificial heteróloga. Sua função não é essencialmente reprodutiva: ele pode ser o transmissor de um nome e de um patrimônio, pode ter uma função econômica e social (PEREIRA, 2003, p. 222).

Ainda segundo o autor, a partir do momento em que a paternidade for desbiologizada e vista como uma função, sendo considerada em sua essência, o pensamento jurídico terá que se reestruturar, inclusive para dar novos rumos às ações de investigação de paternidade. E é o que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) parece já ter compreendido (2003, p. 222).

A paternidade só existe se for exercida. Ela é uma função paterna, para além do genitor e do nome, que poderá oferecer e dar ao filho, biológico ou não um lugar de sujeito⁸⁵. Os textos jurídicos contemporâneos já começaram a traduzir estas novas concepções, sendo o mais atual e que melhor traduz esta paternidade o ECA, que ao normatizar sobre famílias

⁸³ Hoje, além do direito de igualdade que se construiu entre homens e mulheres, como também entre os filhos havidos ou não na constância do casamento, surgiu um novo modo de aprender as relações familiares, repercutindo no estabelecimento da filiação. Nasce então uma concepção de família que exige mais que a natural descendência genética e a determinação jurídica da paternidade, mas sim a questão da verdade socioafetiva, donde se deduz que a paternidade se constrói (MARINHO, 2010, p.55).

⁸⁴ A paternidade é uma função exercida, ou um lugar ocupado por alguém, não necessariamente o pai biológico. Neste sentido, o lugar do pai pode ser ocupado por outra pessoa, como o irmão mais velho, o avô, o namorado da mãe, etc. Isto não significa que a paternidade biológica não deve mais ser considerada pelo direito. Ao contrário, o laço biológico foi e continuará sendo, no campo jurídico, fonte de responsabilidade civil, especialmente para fins de alimentos e sucessão hereditária (PEREIRA, 2003, p. 223).

⁸⁵ Por mais que as leis jurídicas queiram trazer garantias da paternidade através de registros cartoriais, de investigação de paternidade, etc., não há como assegurar, pela via apenas jurídica, a verdadeira paternidade. Esta é muito mais do que uma ordem cultural, biológica ou genética. Como já disse o jurista Luiz Edson Fachin, “a paternidade não é apenas um dado: a paternidade se faz” (PEREIRA, 2003, p. 227).

naturais e substitutas (arts. 25 e 28),⁸⁶ introduziu a inovação dos “pais sociais”. E o CCB/2002 inovou ao trazer, em seu art. 1.593 a possibilidade de reconhecimento do parentesco através de “outra origem” (PEREIRA, 2003, p. 227).

No contexto atual em que se colocam as relações familiares, o pai deixou de ser aquela figura tradicional ligada à autoridade e ao regramento, deixando de ser o único protagonista para ser sujeito com os demais membros do grupo familiar. Hoje não se passa a ser pai por causa de uma decisão judicial, assim como não se deixa de sê-lo em razão de uma descoberta científica. Afinal a autêntica paternidade não se funda na verdade biológica, mas está antes calçada na verdade afetiva (BARBOSA, 2003, p. 62-65).

Portanto, hoje, não se define mais quem é pai ou mãe em razão da consanguinidade, dos laços biológicos que os unem à criança, mas sim pela vontade exteriorizada, o desejo externado de querer assumir os deveres e responsabilidades inerentes à filiação, independentemente da existência de qualquer vínculo biológico, importando apenas a demonstração de afeto, de amor face à criança.

2.5 A filiação socioafetiva

A filiação, assim como os institutos da maternidade e da paternidade, também não é mais estanque, eis que assim como estes, vem sofrendo alterações em seus conceitos e nos critérios para o seu estabelecimento, tudo em decorrência do avanço social e biotecnológico. Hoje o estabelecimento da filiação não é mais pautado apenas pelo aspecto biológico, muito pelo contrário. Face à utilização das técnicas de reprodução assistida heteróloga e também da adoção, a filiação deixou de ter por base a verdade biológica, passando a constituir-se uma verdade socioafetiva.

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais, nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado

⁸⁶ Art. 25: Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

de filiação ou por concepção derivada de fecundação artificial heteróloga. Filiação⁸⁷ procede do latim *filiatio*, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace⁸⁸ (LÔBO, 2010, p. 213).

Conforme observa Dias:

Ainda que a CF/88 tenha vedado qualquer tratamento discriminatório com relação aos filhos, o CCB/2002 trata em capítulos diferentes os filhos havidos da relação de casamento e os havido fora do casamento. O capítulo intitulado “Da filiação” (arts. 1.596 a 1.606) cuida dos filhos nascidos na constância do matrimônio, enquanto os filhos havidos fora do casamento estão no capítulo “Do reconhecimento dos filhos” (arts. 1.607 a 1.617) A diferenciação se dá pelo fato de ainda se fazer uso de presunções quando se refere aos filhos nascidos do casamento (DIAS, 2009, p. 321).

O enunciado do art. 1.596 do CCB/2002 de que os filhos de origem biológica e não biológica têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações é, ao lado da igualdade de direitos e obrigações dos cônjuges, e da liberdade de constituição de entidade familiar, uma das mais importantes e radicais modificações havidas no direito de família brasileiro, após 1988⁸⁹ (LÔBO, 2010, p. 214).

Para Veloso, hoje os filhos não se classificam mais, pois o que domina, agora, são os princípios da liberdade e da igualdade. Igualdade entre os cônjuges, igualdade entre os companheiros, igualdade entre os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção (1997, p. 7).

A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família, que cumpre sua função social, faz com que se atribua um papel secundário à verdade biológica. Revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico

⁸⁷ Segundo Wald, a filiação pode ser provada pelo Registro Civil ou por sentença judicial em ação própria (ação de investigação ou negatória de paternidade). As ações de estado são aquelas em que as partes reivindicam ou denegam a existência de uma qualidade jurídica referente à filiação (2002, p. 196).

⁸⁸ No Brasil, a filiação é conceito único, não se admitindo adjetivações ou discriminações. Desde a Constituição Federal de 1988 não há mais filiação legítima, filiação ilegítima, filiação natural, filiação adotiva ou filiação adulterina (LÔBO, 2010, p. 213).

⁸⁹ A norma retrata verdadeira mudança de paradigmas, envolvente da concepção de família. A desigualdade entre filhos, particularmente entre filhos legítimos, ilegítimos e adotivos, era a outra face da família patriarcal que perdurou no direito brasileiro até praticamente os umbrais da CF/88 (LÔBO, 2010, p. 215).

ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva (DIAS, 2009, p. 338).

A lei, ao gerar presunções de paternidade e maternidade, afasta-se do fato natural de procriação para referendar o que hoje se chama de posse de estado de filho, estado de filho afetivo ou filiação socioafetiva⁹⁰. O ponto essencial é que a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho. Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não⁹¹ (DIAS, 2009, p. 324).

É na expressão “outra origem” do art. 1.593 do CCB/2002, que se encontra o apoio legal para diversas situações em que não existe relação biológica ou consanguínea entre filho e pai, mas, em face do tratamento dado por um homem a uma criança e da afetividade entre eles existente, podem ser reconhecidos direitos e deveres oriundos da verdadeira relação de paternidade (MONTEIRO, 2009, p. 396).

A posse de estado de filiação refere-se à situação fática na qual uma pessoa desfruta do *status* (estado) de filho em relação a outra pessoa, independentemente dessa situação corresponder à realidade legal⁹². Ela é uma situação de fato, uma indicação da relação de parentesco, uma presunção legal. Para constituir-se deve ser contínua e notória, sendo que a pretensão é imprescritível⁹³ (LÔBO, 2010, p. 233).

Para Welter, a *nominatio*, a *tractatus* e a *reputatio* representam os três requisitos do estado de filho afetivo. A *nonimatio*, que é o nome, é ter o filho o sobrenome do pai; significando o uso constante desse sobrenome da família do pai afetivo; a *tractatus* é ser tratado e educado como filho, sendo apresentado a sociedade como filho e a *reputatio* é ser tido e havido por filho na família e na sociedade em que vive, ou seja, ser sempre considerado na família e na sociedade como filho (2002, p. 140).

⁹⁰ A posse de estado de filho constitui modalidade de parentesco civil de “outra origem, isto é, de origem afetiva (CC, art. 1.593) (DIAS, 2009, p. 338).

⁹¹ Cabe ao direito identificar o vínculo de parentesco entre pai e filho como sendo o que confere a este a posse de estado de filho e ao genitor as responsabilidades decorrentes do poder familiar. O parentesco não mantém, necessariamente, correspondência com o vínculo consanguíneo. Basta lembrar da adoção e da fecundação heteróloga. A disciplina da nova filiação há que se edificar sobre os três pilares constitucionalmente fixados: plena igualdade entre filhos, desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e a doutrina da proteção integral (DIAS, 2009, p. 325-326).

⁹² Os escritores, para fixação de critério determinativo, costumam dizer que a posse de estado de filho compreende o nome paterno (*nomen*), o tratamento (*tractatus*) e o conceito (*fama*) (PEREIRA, 2007, p. 366).

⁹³ A posse de estado de filho oferece os necessários parâmetros para o reconhecimento da relação de filiação, fazendo ressaltar a verdade socioafetiva. Tem a maleabilidade bastante para exprimir fielmente a verdade que procura, para mostrar onde se encontra a família socioafetiva cuja paz se quer defender pelo seu valor social e pelo interesse do filho (LÔBO, 2010, p. 233).

O estado de filiação compreende um conjunto de circunstâncias que solidificam a presunção da existência de relação entre pais, ou pai e mãe, e filho, capaz de suprir a ausência do registro de nascimento. Em outras palavras, a prova da filiação dá-se pela certidão do registro de nascimento ou pela situação de fato. Trata-se de conferir à aparência os efeitos de verossimilhança, que o direito considera satisfatória (LÔBO, 2010, p. 233-234).

De um lado existe uma verdade biológica, comprovável por meio de exame laboratorial que permite afirmar, com certeza praticamente absoluta, a existência de um vínculo biológico entre duas pessoas. De outro lado está o estado de filiação, uma verdade que não pode ser desprezada, que decorre da estabilidade dos laços de filiação construídos no cotidiano do pai e do filho, e que representa o fundamento essencial da aferição da paternidade ou maternidade (DIAS, 2009, p. 330).

Em matéria de filiação, a verdade real é o fato de o filho gozar da posse de estado, que prova o vínculo parental. Constituído o vínculo da parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade. Não é outro o fundamento que veda a desconstituição do registro de nascimento feito de forma espontânea por aquele que, mesmo sabendo não ser o pai de sangue, tem o filho como seu (DIAS, 2009, p. 338-339).

Segundo Dias:

[...]. A noção de posse de estado de filho não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação. A partir do momento em que passou a se reconhecer que a filiação afetiva predomina sobre a filiação biológica, todas as demandas envolvendo os vínculos de filiação passaram necessariamente a dispor de causa de pedir complexa. Apesar de ações serem baseadas na realidade biológica, não é suficiente a prova da verdade genética – mister a comprovação da inexistência da filiação afetiva. Quer na ação em que é buscada a identificação do vínculo de filiação, quer sua desconstituição, prevalece a verdade afetiva (2009, p. 330-331).

Infelizmente, o sistema jurídico brasileiro não contempla, de forma expressa, a noção de posse de estado de filho, expressão que caracteriza a filiação afetiva. A filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto. Na medida em que se reconhece que a paternidade se

constitui pelo fato, a posse do estado de filho pode entrar em conflito com a presunção *pater is est*. E no embate entre o fato e a lei, a presunção precisa ceder espaço ao afeto (DIAS, 2009, p. 338).

Mas, nas palavras de Pereira, a efetiva valorização da convivência familiar e das relações de afetividade que servem de base para o convívio entre seus membros e a ênfase dada pela CF/88 à “paternidade responsável” e à equiparação e não discriminação de filhos, já se aponta na doutrina e na jurisprudência a prevalência destes elementos como referência de uma prioridade para o reconhecimento da filiação socioafetiva (2007, p. 355).

No que diz respeito à RHA, notadamente em sua modalidade heteróloga, não predomina a verdade biológica para o estabelecimento da filiação: surge, nesta hipótese, a chamada verdade jurídica e verdade afetiva, que consistem na relação e na ligação determinada e reconhecida pela lei bem como aquela que é construída com base nos sentimentos, no desejo, na relação existente e vivida (MARINHO, 2010, p. 78).

A afeição que nutre as relações familiares e, em especial, o amor e o afeto incondicionais entre pais e filhos, é ingrediente presente nas relações parentais oriundas da inseminação artificial heteróloga e da adoção, haja vista que nesta espécie de filiação, a mesma é fundada sobre a vontade que emana do fundo do coração de quem deseja um filho, dos sentimentos, e se estabelece sobre a promessa da verdade afetiva, relativizando a verdade genética da filiação (ALMEIDA, 2003, p. 280).

“Ser filho” nas hipóteses de RHA heteróloga e de adoção conclamam que o estado de filiação não se estabelece, na contemporaneidade, apenas como ato puramente biológico, mas consubstancia-se, sim, na formação de laços afetivos, ligações de parentesco, apoio, comprometimento, solidariedade e influência do ambiente familiar e social que a consanguinidade não consegue desvelar e construir, por si só (ALMEIDA, 2003, p. 281).

Destarte, pode-se definir a filiação do nascituro concebido por meio de reprodução artificial, especificamente na modalidade heteróloga, assim como na adoção de forma analógica, não pelo aspecto biológico, mas sim pela verdade socioafetiva, que é o que predomina nestes casos. Mas em ambas as situações deve-se sempre ser levado em consideração o interesse da criança, os seus direitos fundamentais.

Uma vez analisada as transformações ocorridas no âmbito da instituição familiar em decorrência do avanço da biomedicina e da consequente utilização das técnicas de RHA heteróloga, a qual acabou gerando modificações em relação aos preceitos referentes a

maternidade, paternidade e também de filiação, cabe analisar com relação a esta última, se há ou não a possibilidade do filho gerado por meio das técnicas de RHA heteróloga buscar a sua origem consanguínea ao alcançar a maioridade, uma vez que surge um conflito entre o direito à identidade biológica e o direito ao anonimato do doador. Destarte o próximo capítulo tratará da problemática jurídica em questão.

3 A (IM) POSSIBILIDADE DO FILHO CONCEBIDO POR MEIO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA HETERÓLOGA INVESTIGAR A SUA IDENTIDADE BIOLÓGICA

A utilização das técnicas de reprodução humana assistida (RHA), em especial na forma heteróloga, acabam gerando algumas celeumas jurídicas, dentre as quais inclui-se a problemática jurídica, objeto do presente trabalho, qual seja, a da possibilidade do filho que é gerado mediante RHA heteróloga poder buscar, ao atingir a maioridade, a sua origem biológica.

É em decorrência dos conflitos que surgem com o uso de referidas técnicas que se mostra importante o papel dos princípios que, por adquirirem status constitucional, representam a base do ordenamento jurídico brasileiro. É com base nos princípios, que se acaba encontrando, muitas vezes, a solução para questões controvertidas no âmbito do direito.

O direito à identidade genética, tema do presente trabalho, acaba entrando em conflito com outros direitos, como o direito à intimidade, à vida privada, que são direitos que possuem o casal ao optarem pela reprodução artificial para gerar um filho e também acaba entrando em choque quando do uso das técnicas de RHA heteróloga, com o direito ao anonimato que possui o terceiro que doou o material genético.

Ante estes conflitos, compete ao direito, utilizando-se da analogia, e também dos princípios gerais de direito, solucioná-los. Incumbe ao direito, dizer qual dos direitos é o que deve prevalecer, devendo levar em conta os interesses das pessoas envolvidas, e procurando respeitar o princípio maior da Constituição Federal Brasileira que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.1 Princípios constitucionais aplicáveis face à busca pela identidade genética

Os princípios representam hoje, as normas supremas do sistema jurídico, constituem o fundamento de toda a ordem jurídica e por esta razão são dotados de normatividades e consequentemente são obrigatórios.

Os princípios são plenamente aplicáveis no caso de haver lacunas na lei, e como em relação às consequências jurídicas trazidas pelo uso das técnicas de RHA heteróloga, especialmente no que se refere ao direito do filho concebido por meio de tais técnicas conhecer sua origem consanguínea, a legislação brasileira mostra-se omissa, por consequência, eles também são aplicáveis em tal questão.

Dentre os princípios que tem aplicação quanto à utilização das técnicas de RHA heteróloga, bem como em relação ao direito à identidade biológica, destacam-se: o princípio da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança, da afetividade e da autonomia da vontade.

3.1.1 Definição de princípios

Os princípios constituem, em primeiro lugar, fontes do direito e como tais podem e devem ser aplicados em todos os casos em que a lei se mostre omissa. Por serem a base de todo o ordenamento jurídico, e por terem sido elevados ao grau constitucional, os princípios devem ser sempre observados e respeitados diante de casos concretos.

Segundo Bonavides, um conceito de princípio foi o formulado pela Corte Constitucional Italiana em 1956, numa de suas primeiras sentenças, que dispõe: “Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico” (2009, p. 256).

Para Reale, os princípios, em seu significado lógico, são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis (prática) (2002, p. 303).

Segundo o autor, os princípios podem ser classificados em três grandes categorias:

- a) princípios omnivalentes, quando são válidos para todas as formas de saber, como é o caso dos princípios de identidade e de razão suficiente;
- b) princípios plurivalentes, quando aplicáveis a vários campos de conhecimento, como se dá com o princípio de causalidade, essencial às ciências naturais, mas não extensivo a todos os campos do conhecimento;
- c) princípios monivalentes, que só valem no âmbito de determinada ciência, como é o caso dos princípios gerais de direito (2002, p. 304).

A juridicidade dos princípios perpassa por três fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na primeira os princípios habitam numa esfera abstrata e sua normatividade é basicamente nula e duvidosa. Na segunda fase, séc. XIX até a primeira metade do séc. XX, os princípios já passam a entrar nos Códigos como fonte normativa subsidiária. E por fim já nas últimas décadas do séc. XX, no pós-positivismo os princípios foram convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais⁹⁴ (BONAVIDES, 2009, p. 259-264).

Nota-se que os princípios ao longo dos séculos passaram por grandes transformações, em especial no que refere ao grau de sua normatividade. Pelo fato de serem considerados hoje como o fundamento, a base do sistema jurídico, eles adquiriram plena força normativa, o que não ocorria na fase jusnaturalista.

A exemplo de Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, Bonavides assevera que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras. Se não chegam a rigor, a ser uma norma no sentido técnico da palavra, os princípios, como razão da lei (*ratio legis*), são possivelmente Direito Positivo, que pelos veículos interpretativos se exprimem e se transformam numa esfera mais concreta (2009, p. 271-272).

⁹⁴ Da antiga fonte subsidiária de terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras Constituições da segunda metade do séc. XX, se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional. Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada (BONAVIDES, 2009, p. 283).

Antes mesmo do advento do CCB/2002, já se entendia que os princípios gerais são normas como todas as outras. Bobbio sustenta que eles são normas levando em consideração dois argumentos, segundo ele, ambos válidos:

[...] antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso [...] (1999, 158-159).

Para Venosa, os princípios gerais de direito são, em última instância, uma regra de convivência, que se revelam ao jurista dentro da amplitude do sistema, pelo método indutivo, por meio do exame da matéria abordada e dos institutos jurídicos semelhantes. Recorre-se a eles para que uma questão não fique sem solução. Assim, “os princípios gerais podem atuar primeiramente como orientadores da função interpretativa e, na ausência de dispositivo legal, aplicados diretamente como fonte de Direito” (2004, p. 162-165).

Conforme afirma Bonavides, os princípios gerais correspondem aos “princípios constitucionais” e às “disposições de princípio”, da terminologia mais utilizada entre os Mestres do Direito Público contemporâneo. Mas não é unicamente a generalidade o traço imperante que vem a caracterizar os princípios, eis que partindo-se da função interpretativa e integrativa dos princípios é possível chegar ao grau mais alto a que os princípios já subiram, qual seja, o grau constitucional (2009, p. 273-274).

Além de que, conforme demonstra Vecchi, é do resultado da interpretação dos princípios que surgem normas jurídicas aptas a solucionar casos concretos. Assim, uma vez consagrados em sede constitucional, os princípios passam a ser utilizados para a solução de celeumas jurídicas, apresentando-se como normas fundamentais (2009, p. 267).

Reale entende que: “princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas” (2002, p. 304).

Nas palavras de Nader, os princípios gerais de direito⁹⁵ garantem, em última instância, o critério de julgamento. Mas na realidade eles não se dirigem apenas ao juiz, mas a todos os destinatários do direito em geral, ou seja, a toda a sociedade. Na ausência da lei, de analogia e costumes, o preceito orientador há de ser descoberto mediante os princípios gerais de direito (2004, p. 193).

Já na acepção de Ferraz Junior, os princípios gerais de direito constituem uma reminiscência do direito natural como fonte. Eles fazem parte das regras estruturais do sistema, e são tidos como regras de coesão que constituem as relações entre as normas como um todo. É nos princípios gerais que repousa a obrigatoriedade jurídica de todo o repertório normativo (1996, p. 247).

Rodriguez atribui aos princípios três importantes funções, a saber:

[...] informadora: inspiram o legislador, servindo de fundamento para o ordenamento jurídico;
 normativa: atuam como fonte supletiva, no caso de ausência de lei. São meios de integração de direito; e
 interpretativa: operam como critério orientador do juiz ou do intérprete [...] ⁹⁶ (2002, p. 43-44).

Dentro do Direito, segundo ensinamentos de Nader, os princípios são importantes em duas fases principais: na elaboração de leis e na aplicação do direito, pelo preenchimento das lacunas da lei⁹⁷. Para o autor, na elaboração do texto normativo, o legislador desenvolve o método dedutivo. As regras jurídicas constituem, assim, irradiações de princípios. Já na segunda fase, o método é o inverso, ou seja, o exame das regras jurídicas, por indução, vai revelar os valores e os princípios que informaram o ato legislativo (2004, p. 194).

⁹⁵ Em nosso ordenamento encontramos um preceito que faz referência aos princípios gerais de direito. É o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), segundo o qual, quando a norma jurídica for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (REALE, 2002, p. 304-305).

⁹⁶ O autor adverte que nem sempre podem os princípios cumprir, na mesma medida e com a mesma intensidade, este triplice papel, ou estas três funções. Alguns princípios podem, por exemplo, servir mais para o legislador, enquanto outros podem ser mais úteis para o intérprete (RODRIGUEZ, 2002, p. 44).

⁹⁷ Cabe ponderar que os princípios gerais de direito não têm função apenas no caso particular de lacunas encontradas na legislação, uma vez que toda experiência jurídica e, por conseguinte, a legislação que a integra, repousa sobre os princípios gerais de direito, que podem ser considerados os alicerces e as vigas mestras do ordenamento jurídico (REALE, 2002, p. 315-316).

A proclamação da normatividade dos princípios⁹⁸ em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo, conforme observa Bonavides, corroboram para a tendência de conduzir à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico. Pois, segundo o autor, “é graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa” (2009, p. 286-288).

Observa-se que os princípios são de suma importância na aplicação do direito, bem como para a elaboração de normas, uma vez que lhes servem de base. Apesar das diferentes definições que lhes são atribuídas, tem-se a certeza de que os princípios são as normas que fundamentam toda a ordem jurídica.

Considerando que os princípios possuem força normativa e que, portanto, são obrigatórios, Vecchi observa que:

Os princípios jurídicos são o fundamento sobre o qual se ergue o ordenamento jurídico, informando o seu nascimento, interpretação, integração e controlando o exercício dos direitos. São fontes diretas de direitos e obrigações, como mandados de otimização, incorporando valores fundamentais de um dado sistema. Apresentam-se como diretrizes supremas, portanto não só fundamento como também ápice do sistema, que comandam todo o processo de criação e aplicação do direito (2009, p. 260).

Posto no ponto mais alto da escala normativa, como bem observa Bonavides, os princípios se tornam as normas supremas do ordenamento, servindo de critério para a avaliação de todos os conteúdos normativos. Eles recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da supremacia que é atribuída às normas constantes na Constituição. Assim, com esta relevância que lhes é conferida, os princípios acabam se convertendo em norma das normas (2009, p. 289-290).

No que diz respeito à aplicação dos princípios a um caso concreto, Ferreira Filho assevera que ela pode ocorrer de forma direta apenas excepcionalmente. A aplicação direta de princípios é admissível, segundo ele, no caso de haver lacunas na lei, por ser omissa a

⁹⁸ O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais (BONAVIDES, 2009, p. 289).

legislação (art. 4º da LICC). Neste caso pode o juiz aplicar a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Porém, lembra o autor que a aplicação direta gera ou pode gerar uma colisão de princípios (2009, p. 396-397).

No caso de haver um conflito de princípios, alguns critérios podem ser levados em consideração. O primeiro é o de procurar a conciliação de ambos. O outro é o de analisar qual o princípio que possui maior relação com a matéria em causa – critério da pertinência. Ou ainda pode-se utilizar o chamado critério de “peso”, o qual presume uma valoração, eis que deve-se analisar qual o princípio mais importante, o que é sempre discutível, uma vez que a Constituição não estabelece uma escala entre eles (2009, 397).

Para Vecchi, quando dois princípios colidem, um deles terá que ceder perante o outro, o que não significa declarar inválido o princípio ora desprezado. Isto porque diante de casos concretos os princípios possuem diferente peso e que prima ou terá procedência o princípio com maior peso. Assim, como só podem colidir princípios válidos, leva-se em conta a dimensão do peso⁹⁹ (2009, p. 270-271).

Diferentemente do que ocorre com os princípios, no caso de colisão entre regras, o conflito só será solucionado, introduzindo-se em uma delas uma cláusula de exceção para eliminar tal conflito, ou em alguns casos, quando o conflito for de tal monta que não haja a possibilidade de apenas afastar uma delas, se fará necessário retirar a validade de uma delas, extirpando-a do ordenamento jurídico (VECCHI, 2009, p. 270-277).

Para que haja uma maior compreensão do que constituam os princípios bem como para entender a sua importância, mostra-se necessário que se faça uma breve distinção entre estes e as regras, de forma a perceber a função de ambos dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Para Rodriguez, às regras se obedece e aos princípios se adere. A distinção fundamental entre regras e princípios é que a primeira determina o critério de nossa ação, dizendo o que devemos ou não fazer, ou, o que devemos fazer em determinadas situações que são determinadas pela própria regra, enquanto que estes últimos propiciam critérios para que possamos tomar uma posição ante situações a princípio, indeterminadas, quando estas vierem a tornar-se determinadas concretamente (2002, p. 39-40).

⁹⁹ Num conflito entre princípios é a ponderação que atuará de forma necessária e preponderante (VECCHI, 2009, 277-278).

Para Canotilho, as regras e os princípios são espécies de normas¹⁰⁰. Para ele os princípios coexistem, enquanto que as regras se excluem; os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes, já as regras impõem, permitem ou proíbem, ou seja, seguem a lógica do tudo ou nada, pois se uma regra é válida, deve ser cumprida na exata medida de suas prescrições, nem mais nem menos (2003, p. 1161).

O autor observa que a existência de regras e princípios permite uma compreensão da constituição como um sistema aberto de regras e princípios. Segundo o autor:

Um modelo ou um sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. [...] Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta [...]. O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação. A inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do “possível” fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. [...] Contudo, o sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito; são exigências de optimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos [...] (2003, p. 1162-1163).

Observa-se, assim, que para que haja um sistema jurídico aberto de princípios e regras é necessária a existência de ambos, que apesar de possuírem procedimentos distintos, se complementam. A falta de um deles acarretaria em um sistema bastante limitado ou mesmo falho. Dessa forma percebe-se que um ordenamento jurídico só é completo quando for concomitantemente constituído por princípios e regras.

¹⁰⁰ As *normas* são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem (SILVA, 2003, p. 91).

Ainda quanto à distinção de princípios e regras, Alexy ensina que:

[...] las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandaro, la permisión y la proibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de um tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas (2002, p. 83).

Note-se que para o autor tanto os princípios quanto as regras constituem normas pelo fato de representarem razões para juízos concretos do que deve ser, uma vez que ambos estão resumidos abaixo do conceito de norma. Assim, quando se fala em distinção entre princípios e regras, tem-se na verdade, uma distinção entre dois tipos de normas.

Os princípios, conforme lembra Vecchi, podem ser cumpridos em diferentes graus e a medida devida de seu cumprimento vai depender não só das possibilidades reais senão também das jurídicas, que se caracterizam pelos princípios e regras opostos. Já as regras só podem ser cumpridas ou não, ou seja, se uma regra é válida, tem-se que fazer exatamente o que ela exige, pelo fato de conter determinações no âmbito do fática e juridicamente possível (2009, p. 263).

Isto é o que se depreende dos ensinamentos de Alexy, para o qual:

[...] los principios son normas que ordenam que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hecerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones em el ámbito de lo fática y juridicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas e principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien uma regla o un principio (2002, p. 86-87).

Assim, tem-se que os princípios aderem a um sistema de peso, ou seja, diante de um caso concreto, havendo a possibilidade de aplicação de mais de um princípio estes terão que

ser pesados de forma a concluir qual deles é que prepondera, que se sobrepõe aos demais. Já no caso das regras, vale a regra do tudo ou nada, ou seja, ou uma regra é válida ou não, e uma vez sendo válida, deve-se fazer o que ela determina, nem mais nem menos.

3.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o princípio mor (maior) da Constituição. Mas a preocupação com a dignidade humana foi evoluindo gradativamente, com o passar dos anos. Atualmente, dentro do sistema jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado como princípio fundamental, sendo a dignidade humana fundamento para outros direitos garantidos constitucionalmente.

Já na antiguidade clássica, assinala Alves, podem ser encontrados vestígios significativos de uma preocupação em relação à dignidade¹⁰¹ da pessoa humana, que ficam demonstrados com o estabelecimento de leis destinadas a resguardar e proteger o indivíduo. Como exemplos destas leis, podem ser citados o Código de Hamurabi, da Babilônia e da Assíria, o Código de Manu, na Índia, que consiste em uma coleção de preceitos religiosos, morais, jurídicos e políticos¹⁰² (2001, p. 13).

Para a afirmação da ideia de dignidade Sarlet observa que foi importante a contribuição do espanhol Francisco de Vitoria, que no séc. XVI sustentou que os indígenas, em função do direito natural e de sua natureza humana – e não pelo fato de serem cristãos ou protestantes – eram em princípio livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direitos (2001, p. 31).

Já pela concepção jusnaturalista, séc. XVIII, consagra-se que a ideia da dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão-somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos

¹⁰¹ A palavra dignidade tem sua origem etimológica no termo latino *dignitas*, que significa respeitabilidade, prestígio, consideração, estima, enfim, indica qualidade daquilo que é digno e merece respeito ou reverência (ALVES, 2001, p. 109).

¹⁰² Trata-se de formas jurídicas elementares, que na maioria das vezes não produzem os efeitos que a consciência atual exige, mas que são de certa forma, embora insuficientes, as primeiras expressões de defesa da dignidade e dos direitos do ser humano (ALVES, 2001, p. 13).

que devem ser reconhecidos e respeitados tanto por seus semelhantes como também pelo Estado¹⁰³ (SARLET, 2001, p. 37).

Percebe-se que a dignidade humana foi adquirindo importância ao longo dos séculos, recebendo de forma gradativa cada vez mais proteção e respeito. Passou-se a reconhecer que ela é um direito inerente a todo e qualquer ser humano, eis que todos na condição humana são dotados de dignidade.

A CF/88 recebeu influências de Constituições estrangeiras, dentre as quais se destaca a questão dos princípios fundamentais, com notório destaque para a previsão do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento principal dos demais direitos e garantias constitucionais. Mas a influência decisiva sobre o texto constitucional brasileiro adveio da Constituição de Portugal de 1976, que dispõe em seu artigo primeiro: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (ALVES, 2001, p. 128-129).

Acredita-se que a dignidade da pessoa humana passou a adquirir maior importância no final do séc. XX¹⁰⁴, quando a mesma começa a receber maior proteção na esfera jurídica. Nas palavras de Alves:

[...] a questão da proteção e defesa da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, no âmbito jurídico, alcança uma importância proeminente neste final de século, notadamente em virtude dos avanços tecnológicos e científicos experimentados pela humanidade, que potencializam de forma intensa riscos e danos a que podem estar sujeitos os indivíduos, na sua vida cotidiana. Passa, então a temática da “dignidade da pessoa humana” – e dos direitos que lhe são correlatos – a integrar o Direito Constitucional, elevada à condição de princípio fundamental, ou segundo outros, de valor essencial que dá unidade ao sistema, ocupando um estágio de relevância ímpar no ordenamento jurídico (2001, p. 118).

Para Lôbo, a dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, impondo-se um dever universal de respeito, proteção e

¹⁰³ Constata-se que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e prestacional da dignidade (SARLET, 2001, p. 46).

¹⁰⁴ Apenas ao longo do séc. XX e, ressalvada uma ou outra exceção, tão somente a partir da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948 (SARLET, 2001, p. 63).

intocabilidade. Segundo ele, todo ato que de alguma forma equipare a pessoa a uma mera coisa disponível ou a um objeto está violando tal princípio (2010, p. 53).

Sarlet assim define a dignidade da pessoa humana:

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

O ser humano tem em si o valor da dignidade, característica essencial e única que o diferencia dos demais seres vivos, sendo tal valor comum a toda humanidade. Corresponde a um valor que direciona toda e qualquer ação humana¹⁰⁵ (MARINHO, 2010, p. 164).

Na acepção de Sarlet, a dignidade sendo uma qualidade intrínseca da pessoa, é irrenunciável e inalienável. Assim esta qualidade integrante da própria condição humana deve ser reconhecida e respeitada, promovida e protegida, não podendo ser concedida ou mesmo retirada, justamente por ser inerente a todo e qualquer ser humano (2001, p. 41-42).

Levando em conta que a dignidade condiz com a condição humana, acima de tudo, Sarlet afirma que pelo fato de a mesma estar sendo considerada uma qualidade intrínseca e indissolúvel de todo e qualquer ser humano e de que a destruição de um implicaria na do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa constituem-se em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito (2001, p. 27-28).

Como a dignidade da pessoa está ligada à sua condição humana, não se pode descartar a necessidade de uma dimensão comunitária desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, isso pelo fato de todos serem iguais tanto em dignidade quanto em direitos, como

¹⁰⁵ Conforme a premissa ditada pela filosofia Kantiana: o homem é um fim em si mesmo, e não o meio; e as ações não de ser praticadas não só para atender suas vontades, mas também de forma a respeitar toda a humanidade e o próximo como fins em si também (MARINHO, 2010, p. 164).

já preconizava a Declaração Universal de 1948¹⁰⁶ e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade (SARLET, 2001, p. 52).

Pelo fato de ser uma característica intrínseca, inerente de todas as pessoas, a dignidade humana deve ser protegida em todas as circunstâncias pelo Estado, merecendo total respeito tanto por parte deste como de toda a sociedade, até porque ela acaba sendo um limite para as ações de ambos.

Tanto é assim, que a CF/88, no art. 1º, inc. III¹⁰⁷, proclama inclusive como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica a dignidade da pessoa humana¹⁰⁸. E no capítulo destinado à família, o princípio fundamenta as normas que cristalizam a emancipação de seus membros, ficando explicitados em algumas (arts. 226, § 7º, 227, caput, e 230). Dessa forma, a família está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana (LÔBO, 2010, p. 55).

Segundo Ferraz, o princípio constitucional do respeito à dignidade humana implica um compromisso do Estado e das pessoas para com a vida e a liberdade de cada indivíduo, integrado no contexto social. Este princípio significa que a cada um é reconhecido o direito de viver livremente, em harmonia com o todo social (1991, p. 20).

No entender de Dias:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território (2009, p.62).

¹⁰⁶ A Declaração Universal da ONU de 1948 estabeleceu em seu art. 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade” (SARLET, 2001, p 43-44).

¹⁰⁷ Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana [...].

¹⁰⁸ A CF/88 inovou, relativamente às outras que a precederam, ao assentar a Declaração dos Direitos e Garantias Fundamentais do Homem logo na parte inicial do texto, deixando para segundo plano as normas sobre a estrutura do Estado, e sobre a organização e o exercício dos Poderes. Isto significa que o Estado Democrático erigido pela atual Constituição tem por escopo principal a preservação da dignidade humana, que se expressa de forma decisiva no quadro dos Direitos Fundamentais (ALVES, 2001, p. 139).

O reconhecimento expresso da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, bem como sua posição privilegiada no texto constitucional, são manifestações inequívocas de que para o constituinte brasileiro, este princípio é basilar e informa todo o ordenamento jurídico (PETTERLE, 2007, p. 85).

A idéia de pessoa humana concebida pela CF/88 revela-se no conjunto de direitos fundamentais por ela consagrado, sendo esta idéia expressa também em outros dispositivos constitucionais. Estes por sua vez, têm como vetor de sua unidade e coerência o princípio fundamental que afirma a dignidade da pessoa humana, consagrado já no art. 1º da Carta Magna (ALVES, 2001, p. 131).

Alves observa que, a expressa inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do sistema jurídico constitucional traduz uma pretensão de que tal princípio confira uma unidade sistêmica e um substrato de validade objetivamente considerado quanto aos direitos e garantias fundamentais do homem (2001, p. 134).

Também é garantida pela CF/88, em seu art. 227, a dignidade da pessoa da criança, o qual estabelece que é dever da família assegurá-la. Assim, não é um direito constitucionalmente garantido à criança que é oponível apenas ao Estado ou a sociedade, mas em especial a cada membro da própria família (LÔBO, 2010, p 54).

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) tem por fim assegurar a estas pessoas em desenvolvimento, todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assim como a absoluta prioridade dos direitos referentes às suas dignidades (arts 3º, 4º 15 e 18). Já no CCB/2002 este princípio não está expresso, mas face à primazia da Constituição, este como os demais princípios determinam o sentido fundamental das normas infraconstitucionais (LÔBO, 2010, p. 55).

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

Marinho destaca um importante aspecto a ser observado, qual seja de que a dignidade da pessoa humana está intimamente ligada ao direito à vida a qual não tem razão de ser caso a dignidade não esteja presente. Lembra a autora que para se respeitar a dignidade humana é preciso que se respeitem os direitos fundamentais, dentro dos quais se inclui a vida¹⁰⁹, assim como os direitos sociais previstos no art. 6º da CF/88 (2010, p. 165-166).

Para Dias o princípio da dignidade da pessoa humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Desse modo, seria indigno tratar de forma diferenciada as várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição familiar, com o que se pode visualizar que este princípio tem contornos cada vez mais amplos (2009, p. 62).

Assim, pode-se afirmar que um casal que tenha problemas de esterilidade ou infertilidade possui o direito de recorrer às técnicas de RHA como forma de assegurar a efetividade de seu direito personalíssimo à vida e vida digna, englobando o direito de ter filhos, uma descendência genética (MARINHO, 2010. P. 166).

Mas por outro lado, como observa Marinho, “a dignidade da pessoa humana também há de ser considerada sob a ótica do direito da personalidade, componente da integridade moral que engloba o direito à identidade pessoal¹¹⁰, familiar e social (2010, p. 167).

O próprio CCB/2002, em seu art. 11¹¹¹, assinalou uma idéia ilimitada dos direitos da personalidade. Assim, seria absurdo idealizar que este direito-valor fundamental da pessoa humana pudesse sofrer limitações em seu exercício. Ele é um direito pleno e infinito em sua

¹⁰⁹ O direito à vida consiste num direito da personalidade, inerente ao ser humano, sem o qual os demais direitos não existem. Assim, o direito à vida envolveria o direito de ter filhos, os chamados direitos reprodutivos e à saúde reprodutiva, tidos por alguns doutrinadores como direitos fundamentais (MARINHO, 2010, p. 166).

¹¹⁰ O direito à identidade pessoal assegura o direito a uma ascendência genética bem como o direito à convivência familiar, direitos esses que podem acabar não sendo observados no caso, por exemplo, da utilização da técnica de RHA na forma heteróloga (MARINHO, 2010, p. 167).

¹¹¹ Art. 11 - Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

dimensão, que confere valor e sentido a vida humana, não podendo ser condicionado a cláusulas fechadas¹¹² (REIS, 2007, p. 29).

É possível verificar que as técnicas reprodutivas ao mesmo tempo em que superam os problemas de infertilidade e de esterilidade, assegurando a efetividade do direito à vida como dignidade, acabam por afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana no que concerne ao direito à ascendência ou origem consanguínea, numa colisão de princípios (MARINHO, 2010, p 168).

Mas Petterle certifica que mesmo o direito fundamental à identidade biológica não estando expressamente consagrado na CF/88, ele é reconhecido e protegido, ao menos de modo implícito, pelo sistema constitucional, notadamente a partir do direito à vida e, de modo especial, com base no princípio fundamental da dignidade pessoa humana, no âmbito de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais (2007, p. 87).

Sob tal prisma, torna-se de suma importância o papel da bioética¹¹³ (assunto já tratado no primeiro capítulo), a qual possui a atribuição, como bem observam Costa e Silva Júnior, de não admitir qualquer conduta que reduza a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela o direito a uma vida digna. Assim, os bioeticistas devem ter como paradigma a dignidade da pessoa humana, que é o núcleo de todo o ordenamento jurídico, prevalecendo sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico (2005, p. 40-41).

Por entenderem que o campo de atuação da bioética vem ultrapassando o âmbito restrito das ciências médicas, passando a ter por base o respeito à pessoa e a sua dignidade, é que Costa e Silva Júnior advertem:

É calcado no princípio da dignidade da pessoa humana que a bioética conduz o desenvolvimento e a realização das técnicas de reprodução assistida. A dignidade que permeia o ser humano, exposta na figura dos genitores e do conceito, é protegida constitucionalmente e delinea todas as questões que suscitam no ineditismo do tema em tela, como o destino dos embriões excedentes; os filhos com identidade genética distinta do pai ou dos pais; uso de espermatozoides congelados de indivíduo já morto; o desejo ou a necessidade de identificar o doador de gameta etc. (2005, p. 42).

¹¹² Sem embargo da disciplina infraconstitucional e verticalizada dos direitos da personalidade pelo CCB/2002, não se pode olvidar a existência, na Constituição, da cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade na interseção do fundamento da dignidade com os direitos fundamentais, o que, na prática, propicia uma mobilidade necessária para o intérprete e permite uma adequada inserção na discussão relativa aos constantes avanços da biomedicina (FACHIN, 2007, p. 203).

¹¹³ O princípio da dignidade da pessoa humana encontra no debate bioético sua mais ampla referência e, sem dúvida nenhuma, é o ponto de convergência de todas as discussões (BRAUNER, 2003, p. 168).

Dessa forma, as técnicas de RHA, devem possuir claros limites no que se refere à possibilidade de ferir a dignidade humana. Por isso que a bioética¹¹⁴ deve servir de parâmetro obrigatório para a condução da reprodução artificial. Nesse sentido, a RHA deve ser guiada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, obedecendo aos princípios bioéticos (COSTA; SILVA JÚNIOR, 2005, p. 43).

Ferraz entende que as técnicas de RHA, só se mostram admissíveis se levarem em conta a dignidade da pessoa humana. Por prevalência de tal princípio, caberá sempre afirmar que um dos critérios fundamentais, para resolver eventuais conflitos decorrentes de manipulação genética, repousa na consideração de que se deve sempre prestigiar a solução que melhor atenda aos interesses do filho gerado, o que significa resguardar a sua dignidade (1991, p. 30).

A defesa da dignidade humana deve permear toda discussão que envolva a biotecnologia e a necessidade de fixação de limites precisos que possam assegurar a proteção do ser humano, num sentido integral, independentemente de sua condição social, cultural, racial, sexual ou religiosa (BRAUNER, 2003, p. 169).

Mas compete também à sociedade, como bem lembra Brauner, fixar determinados limites, criando um ajuste definido quanto às práticas biomédicas, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana e da responsabilidade. Esta por sua vez, envolve tanto governantes em relação aos cidadãos, quanto os cientistas em relação a estes e, igualmente, diz respeito à relação do médico para com seus pacientes. Este seria o papel do biodireito (2003, p. 175).

A dignidade da pessoa humana é, por fim, um direito básico, fundamental, que é garantido constitucionalmente a todas as pessoas. Pelo princípio da dignidade da pessoa humana ninguém pode ser reduzido à condição de coisa, eis que ele garante a todos o direito de viver livremente, em harmonia com a sociedade.

O princípio da dignidade humana deve ser cuidadosamente observando diante dos avanços da área da biomedicina, em especial quanto ao uso das técnicas de RHA heteróloga, uma vez que tal procedimento pode vir a afrontar este princípio no que diz respeito ao direito à identidade biológica.

¹¹⁴ A contribuição da bioética está em tentar responder a muitas questões médicas, sociais, políticas, econômicas e jurídicas que envolvem a discussão sobre a noção de humanidade, compreendida de uma forma global (BRAUNER, 2003, p. 174).

Sendo um direito fundamental, o direito à busca da origem biológica deve ser protegido, eis que está intimamente relacionado com o direito à vida e possui indubitavelmente como base, o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.1.3 Princípio do melhor interesse da criança

Antigamente não eram reconhecidos quaisquer tipos de direitos às crianças, muito pelo contrário, incumbiam a elas apenas o dever de obedecer rigorosamente às ordens dos pais. Somente com o passar dos anos, em decorrência das mudanças no âmbito das relações familiares, é que começou a haver uma maior preocupação com os interesses e o bem-estar dos menores.

Na era da família patriarcal, em meados do séc. XX, o pátrio poder existia em função do pai, que era o chefe da família; já o poder familiar de hoje existe em função e no interesse do filho. A verdade é que ocorreu uma completa inversão de prioridades nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar ou mesmo nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais (LÔBO, 2010, p. 70).

O princípio do melhor interesse da criança¹¹⁵ significa, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança¹¹⁶, que esta e também o adolescente, devem ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, em especial nas relações familiares, como pessoas em desenvolvimento e dotadas de dignidade (LÔBO, 2010, p. 69-70).

¹¹⁵ A origem de tal princípio é encontrada no instituto inglês do *parens patrie* como prerrogativa do rei em proteger aqueles que não poderiam fazê-lo em causa própria. Foi recepcionado pela jurisprudência norteamericana em 1813, no caso *Commonwealth v. Addicks*, no qual a Corte da Pensilvânia afirmou a prioridade do interesse de uma criança em detrimento dos interesses dos pais. No caso, a guarda da criança foi dada a mãe, acusada de adultério, já que este era o resultado que contemplava o melhor interesse daquela criança, dadas as circunstâncias (LÔBO, 2010, p. 70).

¹¹⁶ A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança foi aprovada pela ONU em 20 de novembro de 1989, tendo sido ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990 (PEREIRA, 2003, p. 208).

O princípio, conforme aponta Lôbo, parte da concepção de serm a criança e o adolescente sujeitos de direitos¹¹⁷, pessoas em condição de desenvolvimento, e não meros objetos de intervenção jurídica e social quando em situação irregular. Por este princípio¹¹⁸ se reconhece o valor intrínseco das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos (2010, p. 70).

No direito brasileiro, o princípio do melhor interesse da criança encontra fundamento essencial no art. 227 da CF/88 (já analisado anteriormente). A Convenção Internacional dos Direitos da Criança¹¹⁹, a qual possui força de lei no Brasil desde 1990, estabelece em seu art 3.1 que: “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança” (LÔBO, 2010, p. 71).

O princípio também está consagrado pelo ECA¹²⁰, em seus arts. 4º e 6º, que assim dispõem:

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

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

¹¹⁷ Ser sujeito de direitos significa, para a população infanto-juvenil, deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos (PEREIRA, 2003, p. 210).

¹¹⁸ Em decorrência do princípio do melhor interesse da criança, afirma Lôbo, esta passou a ser na atualidade, a principal protagonista. Tempos atrás, se houvesse algum conflito, a aplicação do direito era movida para o interesse dos pais, sendo a criança tratada como mero objeto da decisão judicial. Hoje, quando houver colisão entre a verdade biológica e a socioafetiva, deve o juiz verificar qual delas contempla o melhor interesse dos filhos (2010, p. 70).

¹¹⁹ Por determinação da Convenção, deve ser garantida uma ampla proteção ao menor, constituindo a conclusão de esforços, em escala mundial, no sentido de fortalecimento de sua situação jurídica, eliminando as diferenças entre filhos legítimos e ilegítimos (art. 18) e atribuindo aos pais, conjuntamente, a tarefa de cuidar da educação e do desenvolvimento (LÔBO, 2010, p 71).

¹²⁰ O ECA representa um microsistema que traz normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, e abriga toda a legislação que reconhece os menores como sujeitos de direitos. O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais (DIAS, 2009, 67).

Também merece especial destaque o art. 5º do ECA, o qual declara que: “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”. Esta regra, segundo Pereira, deve ser interpretada da forma mais ampla, ou seja, sem qualquer elemento discriminatório, como por exemplo, sexo, idioma, religião, etc. (2003, p. 210).

Para Pereira, o princípio do melhor interesse da criança é identificado nos dias de hoje como uma norma cogente, não só em razão da ratificação da Convenção da ONU, mas também porque se está diante de um princípio especial, o qual, a exemplo dos princípios gerais de direito, deve ser considerado fonte subsidiária na aplicação da norma (2003, p. 213).

As relações de afeto que conduzem grupos de pessoas não identificados juridicamente como “família” a conviver e compartilhar o cotidiano de alegrias e de tristezas merecem apoio e proteção. Assim, famílias monoparentais, famílias reconstituídas após uma separação ou divórcio, devem ser reconhecidas como núcleos familiares e identificados entre eles o melhor interesse da infância e da juventude (PEREIRA, 2003, p. 217).

As crianças e os adolescentes são hoje, enfim, reconhecidos como sujeitos de direitos, ou seja, eles deixaram de ser tratados como seres exclusivamente passivos, passando a serem portadores de direitos fundamentais. E isto com mais razão, pelo fato de na condição de crianças e mesmo de adolescentes, serem pessoas em desenvolvimento, merecendo assim, maior atenção por parte do Estado e também da comunidade como um todo.

Também com base neste princípio, teria o filho que é gerado por meio da técnica de RHA heteróloga o direito de conhecer a sua origem biológica, se for esta a sua real vontade, se for seu interesse, mas somente ao atingir a maioridade.

3.1.4 Princípio jurídico da afetividade

O princípio jurídico da afetividade, apesar de não estar expresso na Constituição, é o que fundamenta, norteia o direito de família. Hoje o que caracteriza uma entidade familiar não é o vínculo consanguíneo, biológico, mas sim os laços de afeto que unem os seus membros.

O princípio da afetividade¹²¹, segundo Lôbo, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com prioridade sobre as considerações de caráter biológico ou patrimonial (2010, p. 63).

O princípio da afetividade¹²² especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I) e, entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos¹²³, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família (LÔBO, 2010, p. 64).

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Segundo Lôbo:

Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227) (2003, p. 64).

Nota-se que mesmo que o afeto tenha sido reconhecido e inserido no sistema jurídico, sendo englobado pela Constituição no âmbito de sua proteção, a palavra afeto não está no texto constitucional. Mas a Constituição, como forma de garantir a dignidade de todos elenca um rol imenso de direitos individuais e sociais e isso nada mais é do que assegurar o afeto, sendo que o primeiro obrigado a fazê-lo por seus cidadãos é o próprio Estado (DIAS, 2009, p. 69).

Em relação à filiação, fazer coincidir esta com a origem genética é transformar aquela, de fato cultural e social em um determinismo biológico, o que não contempla suas dimensões existenciais, podendo ser a pior solução. A família atual é tecida na complexidade das

¹²¹ Este princípio recebeu grande impulso dos valores consagrados na CF/88 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do séc. XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais (LÔBO, 2010, p. 63).

¹²² Para Dias, o princípio jurídico da afetividade representa hoje, o princípio norteador do direito das famílias (2009, p. 71).

¹²³ O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares (LÔBO, 2010, p. 64).

relações afetivas, baseada na comunhão do afeto, pouco importando o modelo que adote (LÔBO, 2010, p. 65).

Para o autor, a verdade biológica nem sempre é adequada, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, especialmente quando esta já tiver sido constituída na convivência duradoura com pais socioafetivos (posse de estado) ou quando derivar da adoção¹²⁴ (2010, p. 65).

Nas palavras de Dias, o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Sendo assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, que possui o objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado (2009, p. 70).

O problema da verdade real, que tem sido almejada de modo equivocado quando se trata de paternidade, é que não há uma única, mas sim três verdades reais, que constituem-se em:

[...] a) verdade biológica com fins de parentesco, para determinar paternidade – e as relações de parentesco decorrentes – quando esta não tiver sido constituída por outro modo e for inexistente no registro do nascimento, em virtude da incidência do princípio da paternidade responsável imputada a quem não a assumiu; b) verdade biológica sem fins de parentesco, quando já existir pai socioafetivo, para fins de identidade genética, com natureza de direitos de personalidade, fora do direito de família; c) verdade socioafetiva, quando já constituído o estado de filiação e parentalidade, em virtude de adoção, ou de posse de estado de filiação, ou de inseminação artificial heteróloga [...] (LÔBO, 2010, p. 66).

O biodireito depara-se, segundo Lôbo, com as consequências da doação de sêmen humano ou material genético feminino. Nenhuma conclusão da bioética aponta para atribuir a paternidade ao doador anônimo. A inseminação artificial (IA) heteróloga não permite o questionamento da paternidade dos que a utilizam (2010, p. 65-66).

No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem biológica, até como necessidade de concretização e prevenção do direito à saúde, e o

¹²⁴ Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filho, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos (LÔBO, 2010, p. 65).

direito à relação de parentesco, quando este já se estabeleceu, fundado no princípio jurídico da afetividade (LÔBO, 2010, p. 66).

O art. 1.593 do CCB/2002 enuncia uma regra que contempla o princípio da afetividade, ao estabelecer que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Esta regra impede que o Poder Judiciário apenas considere como verdade real a biológica. Assim, os laços de parentesco, sejam eles consangüíneos ou não, têm a mesma dignidade e são regidos pelo princípio da afetividade (LÔBO, 2010, p. 67).

O autor observa ainda que a doutrina jurídica brasileira tem vislumbrado aplicação do princípio da afetividade em variadas situações do direito de família, nas seguintes dimensões:

a) da solidariedade e da cooperação; b) da concepção eudemonista; c) da funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros; d) do redirecionamento dos papéis masculino e feminino e da relação entre legalidade e subjetividade; e) dos efeitos jurídicos da reprodução humana medicamente assistida; f) da colisão de direitos fundamentais; g) da primazia do estado de filiação, independentemente da origem biológica ou não biológica (2010, p 68).

Portando, o fato do filho concebido por meio da técnica de RHA heteróloga querer conhecer sua origem consanguínea, não exclui os laços de afeto que já foram estabelecidos com o pai socioafetivo. O pai, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em decorrência do princípio da afetividade, é o socioafetivo, e não o biológico, que não possui nenhuma relação de afeto para com o filho.

3.1.5 Princípio da autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade representa a liberdade que cada pessoa tem de tomar suas próprias decisões, de agir segundo o seu livre arbítrio. A autonomia da vontade corresponde às escolhas individuais que o indivíduo faz, constituindo-se tanto nas ações ou omissões praticadas por ele. Sendo a liberdade o seu pressuposto, cabe ressaltar que a

liberdade individual de cada um, termina onde começa a do outro, portanto ela sofre limitações, não é absoluta.

Para Vecchi, a autonomia da vontade ou a autonomia privada¹²⁵ consiste no poder conferido aos privados para conformarem as suas relações jurídicas. Ela possui como pressuposto a liberdade, tendo como sua expressão no campo constitucional a chamada “livre-iniciativa¹²⁶”, prevista como valor social pela CF/88 em seus arts. 1º, VI e 170 caput (2009, p. 295).

A liberdade é, portanto, pressuposto da autonomia, mas esta só ganha relevância jurídica se objetivada por meio de um ato comunicacional que toma a forma de consentimento livre e esclarecido (informado) e expresso por meio de palavras, de ações e, excepcionalmente, de silêncios significativos, sempre de acordo com a lei (GEDIEL, 2005, p. 63).

Conforme afirma Pereira: “o princípio da autonomia da vontade pode enunciar-se genericamente como a faculdade que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos”. Porém este princípio não é absoluto, eis que sofre restrições pela sobrevalência da ordem pública bem como a intervenção do Estado no âmbito contratual (2007, p. 25).

A autonomia da vontade não pode ser entendida como liberdade plena de contratar, mas sim, como liberdade valorizada enquanto compatível com os demais princípios e regras consubstanciados pela Constituição e que lhe são opostos e limitativos, ficando evidenciada a sua proteção enquanto se justifique por sua função social (VECCHI, 2009, p. 295-296).

Destarte, diante do uso das técnicas de RHA heteróloga, o princípio da autonomia da vontade pode embasar o direito dos pais, que possuem o livre arbítrio, a liberdade de optarem por tal procedimento, em face da impossibilidade de gerarem um filho naturalmente, desde que ajam de forma consciente e com consenso mútuo.

Mas tal princípio pode fundamentar também o direito do filho ao querer investigar a sua origem biológica ao atingir a maioridade, eis que, por ser um direito exclusivamente seu, é uma escolha que cabe somente a ele, é individual, eis que possui a liberdade de tomar suas próprias decisões, sejam elas certas ou erradas, fato este que deve ser respeitado pelos pais.

¹²⁵ A autonomia privada não é sinônimo de autonomia contratual, pois a autonomia privada se manifesta em vários outros fenômenos jurídicos onde não há contrato (VECCHI, 2009, p. 296).

¹²⁶ Perlingieri citado por Vecchi, salienta que a livre-iniciativa, ainda mais quando qualificada como valor social, não pode ser entendida apenas como livre-iniciativa econômica, mas sim, como um grau de autonomia da pessoa com respeito à sua própria liberdade, igualdade e dignidade, que tem projeção também no campo extra patrimonial (2009, p. 295).

3.2 O consentimento do cônjuge na utilização das técnicas de reprodução humana assistida heteróloga

Ao falar em RHA na sua forma heteróloga, a qual ocorre, como já analisado em capítulo anterior, quando é utilizado o material genético de um terceiro, doador anônimo, e não o do marido da mulher que está se submetendo à técnica, cabe observar a importância de haver o consentimento deste marido ou mesmo companheiro na realização do procedimento.

A lei exige que o marido autorize de forma prévia a utilização de sêmen estranho ao seu. A lei não exige que haja autorização escrita, apenas que ela seja prévia, razão por que ser verbal e comprovada em juízo como tal (LÔBO, 2010, p. 221).

O consentimento é irrevogável e jamais a paternidade pode ser impugnada pelo marido ou companheiro, não podendo ele voltar-se contra o próprio ato. A este respeito, alguns países já possuem normas regulando a questão do consentimento.

Nos Estados Unidos, o Uniform Parantage, de 1973e 1987, estabelece que “se, sob a supervisão de um médico habilitado e com o consentimento do marido, a mulher for inseminada artificialmente com sêmen doado por outro homem, o marido é considerado legalmente como se fosse o pai natural da criança concebida. O consentimento deve ser escrito pelo marido e pela mulher”. [...] Na França, o art. 311-19 do Código Civil estabelece que, em caso de procriação assistida com terceiro doador, nenhum vínculo de filiação pode ser estabelecido entre este e a criança gerada, observando-se o princípio do anonimato. O art. 1839 do Código Civil português proíbe ao cônjuge que consentiu na inseminação artificial heteróloga da mulher o exercício posterior do direito de impugnar a paternidade do marido (LÔBO, 2010, p. 222).

Seguindo esta linha de pensamento, se o marido autorizou a inseminação artificial heteróloga não poderá negar a paternidade, em razão da origem biológica, nem poderá ser admitida investigação de paternidade, pelo mesmo fundamento, máxime em se tratando de doadores anônimos (LÔBO, 2010, p. 222).

Para Diniz, se fosse admitida a impugnação da paternidade, esta seria incerta, devido ao sigilo profissional acerca do anonimato do doador de sêmen. Se houver impugnação de fecundação heteróloga consentida, se estará agindo deslealmente, uma vez que houve deliberação comum entre os cônjuges ou companheiros (2010, p. 380).

No Direito Comparado tem-se ainda:

A lei n. 35/88, da Espanha, estabelece que “nem o marido nem a mulher, quando tenham prestado seu consentimento, prévia e expressamente, a determinada fecundação com contribuição de doador ou doadores, poderão impugnar a filiação matrimonial do filho nascido por consequência da fecundação”. A Corte de Cassação italiana decidiu, nessa linha de entendimento, que “o marido que tinha validamente concordado ou manifestado prévio consentimento à fecundação heteróloga não tem ação para contestar a paternidade da criança nascida em decorrência de tal fecundação” (LOBÔ, 2010, p. 223).

Segundo Gama, mesmo que o marido pretenda impugnar a paternidade, provando não ser o genitor biológico da criança concebida e nascida de sua esposa, a paternidade já se estabeleceu no momento da concepção e início da gravidez, tendo se tornando certa, insuscetível de contestação pelo marido. Proceda-se da mesma forma com relação ao companheiro, porém nesse caso torna-se necessário que haja o reconhecimento, seja voluntário ou judicial, da paternidade¹²⁷ (2003, p. 51).

Venosa enfatiza que, se a inseminação se deu sem o consentimento do marido, este pode impugnar a paternidade, mas se a inseminação deu-se com seu consentimento, há que se entender que não poderá impugnar a paternidade e que a assumiu. É neste sentido que se coloca o art. 1.597, V do CCB/2002. A lei não esclarece de forma expressa, como deve ser dada esta autorização. Mas pelo fato de o art. falar em “autorização prévia”, subentende-se que o ato não pode ser aceito ou ratificado posteriormente pelo marido, o que não se afigura verdadeiro (2003, p. 280).

A hipótese da RHA heteróloga, que ocorra durante o casamento, mas sem o consentimento expresso, também não foi contemplada pelo art. 1597 do CC/2002. Apesar da relevância da matéria no âmbito do estabelecimento da paternidade, maternidade e também da filiação, não houve preocupação do legislador em tratar do tema. Assim, devem ser considerados outros pressupostos fáticos, como o risco da situação que envolve o homem que convive com sua esposa ou companheira e adere, mesmo implicitamente, ao projeto parental desenvolvido pela mulher. (GAMA, 2003, p. 51-52).

¹²⁷ A esse respeito o CC/2002 é omissivo, mas a ideia deve ser a mesma da procriação carnal, porém com a substituição desta, pela vontade juridicamente responsável juntamente com outros elementos indispensáveis, como a convivência dos companheiros na época da concepção e início da gravidez (GAMA, 2003, p. 51).

O marido, com base no art. 1597, incisos I e II, do CC/2002, deverá ser tratado como pai do filho concebido e nascido de sua esposa, ante a presunção relativa de paternidade. Já o companheiro em razão do risco inerente ao convívio que mantém com a companheira, deve tomar por base o disposto no art. 1607 do CC/2002, que diz: “O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.”, podendo assim, reconhecer a paternidade sobre o filho concebido e nascido em decorrência da técnica de R.A heteróloga (GAMA, 2003, p. 52).

Assim, fica claro que ao se submeter ao método de RHA heteróloga, deve o cônjuge ou o companheiro da mulher consentir previamente. Uma vez expressado o consentimento, a paternidade estará estabelecida, não podendo ser demandada posteriormente.

Destarte, querendo o filho buscar a sua origem biológica na maioridade, não poderá o pai socioafetivo querer renegá-la, declarando a quebra do vínculo afetivo, e também o filho não poderá querer investigá-la pelo simples fato de alegar o desconhecimento de sua ascendência consanguínea.

3.3 A (im) possibilidade do filho concebido por meio das técnicas de reprodução humana medicamente assistida heteróloga investigar a sua identidade biológica

A utilização das técnicas de RHA heteróloga faz surgir a problemática jurídica referente ao direito do filho gerado por tal método poder investigar a sua origem biológica quando atingir a maioridade. A questão torna-se complicada na medida em que acaba havendo um conflito de direitos, tendo-se de um lado o direito à identidade genética e de outro o direito ao anonimato do doador do material genético.

O advento do CCB/2002 proporcionou a abertura de inúmeras discussões polêmicas sobre uma diversidade de temas jurídicos, dentre os quais inclui-se o tema relativo aos aspectos jurídico-civis referentes à filiação fruto do emprego das técnicas de RHA heteróloga. Mas ao mesmo tempo em que o texto do referido código se refere ao tema, fica evidente a omissão normativa a respeito dos vários aspectos relevantes que ele traz, das celeumas jurídicas que surgem em decorrência da utilização de referidas técnicas (GAMA, 2003, p. 41).

Lembra o autor, que o único dispositivo do CCB/2002 que faz referência expressa às técnicas de RHA é o art. 1.597 (já visto em tópico anterior), mas que não traz qualquer explicação sobre o tema. Assim, ante a total omissão da legislação, tem-se mostrado necessário buscar outras formas de amparar as questões trazidas em face da RHA heteróloga, em especial no aspecto referente ao direito à identidade biológica, o que se faz por meio da analogia e da hermenêutica jurídica (2003, p. 42).

Face a isto, vários dispositivos do CCB/2002 que se referem expressamente apenas à adoção, deverão ser estendidos, por analogia, à utilização das técnicas de RHA heteróloga, tendo como base o fundamento de ambos os institutos jurídicos, ou seja, a origem não consanguínea para fins de estabelecimento de parentesco civil. Ressalta-se que apenas poderão ser equiparados os aspectos civis que ambos os institutos tiverem em comum (GAMA, 2003, p. 57).

As técnicas de reprodução assistida, conforme observa Marinho, vieram acrescentar uma nova relação de parentalidade-filiação que se assemelha a questão da adoção, vez que o homem do casal, manifestando expressamente sua concordância, permite que a mulher receba material genético de outro homem, geralmente um doador anônimo, para efetivação do projeto parental¹²⁸ (2010, p. 78).

Assim, dispositivo relevante para a análise dos aspectos civis da RAH, é o art. 1593 do CC/2002, que possui a seguinte redação: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.” Na ótica contemporânea, o parentesco civil na atualidade, deve ser considerado o proveniente não somente da adoção, mas também o resultante da reprodução assistida, no direito brasileiro. Eis que surgiu uma nova fonte de parentesco em razão dos grandes avanços biotecnológicos na área da reprodução humana (GAMA, 2003, p. 55).

Utilizando-se de uma interpretação sistemática, deve-se considerar que a regra do art. 1596 do CC/2002, deve ser combinada com o disposto no referido art. 1593 também do CC. Tem-se assim, que: “os filhos havidos ou não da relação de casamento ou por origem não fundada na consanguinidade, terão os mesmos direitos e qualificações proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (GAMA, 2003, p. 57).

¹²⁸ Originariamente, filiação estava ligada à procriação. Perante as técnicas de RHA não haverá necessariamente um vínculo natural de descendência biológica diante da possibilidade da doação de gametas. A relação parentalidade-filiação estará presente, não obstante, como está nos casos de adoção civil, em que não há geração de vida e nem identificação genética entre os ascendentes e descendentes (MARINHO, 2010, p. 79).

Verifica-se, conforme aponta Marinho, que a princípio, pode se atribuir à legislação civil o entendimento de que o parentesco estará presente mesmo que resulte de outra origem que não a consanguínea, sendo possível admitir tanto a adoção como a filiação advinda da RHA heteróloga (2010, p. 79).

Algumas das regras sobre adoção, preceitua Gama, inclusive previstas no ECA, e que são anteriores ao CC/2002, devem ser estendidas à R.A heteróloga com base em critérios e parâmetros da atividade de interpretação das normas jurídicas (hermenêutica), outras devem ser empregadas por meio da analogia, mas há uma parcela que deve ficar restrita à adoção, não devendo ser aplicadas à reprodução medicamente assistida (2003, p. 59).

Ainda o art. 5º da CF/88 preconiza que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. E também o art. 227, § 6º também da CF, enfatiza a igualdade entre os filhos, dispondo que: “os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Mas diante do vazio legislativo brasileiro em relação às técnicas de RHA, não há que se falar em inexistência de parentesco. Assim, segundo entendimento de Marinho:

[...] a adoção da verdade afetiva como estabelecadora do vínculo de parentalidade-filiação, notadamente nos casos de filhos havidos por meio de técnicas reprodutivas heteróloga, mostra-se adequada e justa, vez que é possível denotar a presença do sentimento verdadeiro, do desejo de ser pai e mãe num casal que se submete a este tipo de tratamento, em que, muitas vezes há sofrimento físico e emocional nas tentativas frustradas que ocorrem, consistindo numa das etapas a ser enfrentada durante este procedimento (2010, p. 83).

Hoje, a escolha do casal pelas técnicas de R.A ou mesmo pela adoção, não tem o condão de impedir que o filho gerado possa futuramente querer investigar a sua identidade. O direito ao reconhecimento da origem biológica é direito personalíssimo, indisponível e intransferível que tem a criança, não sendo passível de supressão ou mesmo renúncia por parte dos pais¹²⁹ (MOREIRA FILHO, 2002, p. 02).

¹²⁹ Quanto ao significado do direito à identidade biológica, enfatiza-se que está focalizado na acepção individual, ou seja, na identidade genética como base biológica da identidade pessoal, que, em última análise, corresponde ao genoma de cada ser humano, ou melhor, ao genoma humano de cada pessoa humana individual (PETTERLE, 2007, p. 111).

Para Marinho, quando se fala em direito à identidade biológica aplica-se referida expressão no sentido de consistir num direito pessoal de saber a origem familiar, de conhecer a história pessoal familiar desta pessoa (2010, p. 83).

Cabe ressaltar, que este direito, pela importância que apresenta nos dias atuais, foi elevado ao patamar de direito fundamental. Com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito fundamental à vida, agregados ao dever de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético, bem como de fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético, o direito à identidade biológica é um direito fundamental implícito na Constituição (PETTERLE, 2007, p. 109-110).

O autor Paulo Otero, citado por Marinho, faz as seguintes ponderações:

[...] a) o direito à historicidade pessoal envolve o direito de cada ser humano saber de que forma foi gerado, conhecendo seu patrimônio genético que viabiliza tanto a formação psíquica desenvolvendo completamente sua personalidade como também prevenção e/ou tratamento de doenças que porventura tenham um fundo genético;
b) o direito de conhecer a identidade de seus genitores, a fim de assegurar um desenvolvimento psicoemocional de sua personalidade, respeitando, desta forma, sua individualidade e dignidade, bem como no caso de doadores de gametas, “não podem ficar reduzidos na sua dignidade a uma simples ficha de arquivo;
c) o direito de ter uma família, de ter um pai e uma mãe, direito à biparentalidade biológica [...] (2010, p. 88).

O art. 27 da Lei n. 8069/90 (ECA) estabelece que: “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”. Portanto, mesmo que os pais tenham se comprometido pelo consentimento, a não demandar a paternidade, isso não vincula a criança, eis que o reconhecimento da origem consanguínea deve ser exercido sem qualquer restrição, não podendo constituir objeto de renúncia por parte dos pais.

Spode e Silva observam que:

Assegurar ao concebido o direito à dignidade pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua identidade genética, independentemente da existência de paternidade afetiva. É nesse contexto que se insere o caso no qual a mãe recebe o sêmen de um doador anônimo. Ficando este legalmente protegido em face do sigilo das informações, estar-se-ia obstaculizando a efetivação do direito fundamental do concebido de identificar sua descendência genética. Não há como aceitar que uma norma individualizadora, que impede o conhecimento por parte do indivíduo sobre sua origem, se sobreponha a um preceito constitucional fundamental, de grande importância para o alcance dos objetivos sociais previstos na constituição ([2006?], p. 12).

Ao substabelecer ao filho o seu direito de conhecer sua identidade biológica, se está por consequência, reconhecendo o exercício pleno de seu direito de personalidade e a possibilidade de obter dos pais biológicos a explicação para possíveis dúvidas e questionamentos que surgem em sua vida. Esse reconhecimento também é importante nos casos de doenças que somente são solucionáveis em razão da compatibilidade consanguínea, como é o caso, por exemplo, de certos transplantes de órgãos e doenças como a leucemia (MOREIRA FILHO, 2002, p. 03-04).

Em face disto, acaba por haver uma contradição entre o direito ao reconhecimento da origem genética, na reprodução medicamente assistida heteróloga e o direito ao anonimato do doador. Essa contradição é explicitada pelo juiz de direito Mauro Nicolau Júnior:

Questão interessante surge quando o filho deseja conhecer o seu pai biológico, mesmo tendo o reconhecimento do pai socioafetivo. Nesse momento, nasce o conflito entre o direito ao conhecimento da identidade genética e o direito ao anonimato do doador, fazendo-se claro o conflito entre a paternidade biológica e a afetiva. Em tal circunstância, muitos sustentam que o direito ao reconhecimento da origem biológica é personalíssimo, enquanto outros defendem o anonimato do doador. Mais uma questão a ser enfrentada pela bioética e pelo biodireito (2005, p. 06).

A Resolução n. 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, a qual regula a reprodução humana assistida, prevê a possibilidade de fornecimento de informações a respeito do pai biológico, em situações especiais, mas devendo sempre ser preservada a identidade do doador.

Assim está estabelecido na Resolução:

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

- 1 - A doação nunca terá caráter lucrativa 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 pré-embriões, assim 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.

Há também o projeto de lei n. 1.184/03 que tramita no Congresso Nacional, o qual originou-se do PLS (Projeto de Lei Suplementar) n. 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, cuja iniciativa busca a regulamentação das técnicas de RHA. Dentre as normas estabelecidas no referido projeto, cabe destacar as contidas nos arts. 8º e 9º do capítulo IV, que assim dispõem:

CAPÍTULO IV

Das Doações

Art. 8º Os serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida.

Art. 9º O sigilo estabelecido no art. 8º poderá ser quebrado nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o serviço de saúde responsável pelo emprego da Reprodução Assistida a fornecer as informações solicitadas, mantido o segredo profissional e, quando possível, o anonimato.

§ 1º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que o gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça.

§ 2º Quando razões médicas ou jurídicas indicarem ser necessário, para a vida ou a saúde da pessoa gerada por processo de Reprodução Assistida, ou para oposição de impedimento do casamento, obter informações genéticas relativas ao doador, essas deverão ser fornecidas ao médico solicitante, que guardará o devido segredo profissional, ou ao oficial do registro civil ou a quem presidir a celebração do casamento, que notificará os nubentes e procederá na forma da legislação civil.

Nota-se que o art. 8º do capítulo IV do referido projeto, obriga os serviços de saúde que praticam a reprodução assistida a zelarem pelo sigilo da doação impedindo que doadores

e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades. Entretanto, no art. 9º, há previsão da possibilidade de quebra do sigilo nos casos que a lei autorizar, obrigando o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantido o segredo profissional e, quando possível, o anonimato¹³⁰ (MARINHO, 2010, p. 221).

Este projeto mostra-se mais abrangente do que o projeto de lei complementar n. 54/02, que o antecedeu, pois está mais completo, uma vez que aborda algumas questões, consequências jurídicas, em especial ao prever que o anonimato do doador poderá ser quebrado.

Em relação à doutrina brasileira, esta apresenta divergências a respeito dessa discussão. Medeiros, em seu artigo titulado “Inseminação Artificial e Filiação”, é adepto da corrente que garante o anonimato do doador visando a proteção da família afetiva. Para o autor a paternidade no caso de RAH é estabelecida por vínculo não sanguíneo, mas pelos laços de afeto como ocorre na adoção, onde a origem biológica é sacrificada, visando assegurar a inserção total da criança na família socioafetiva (MEDEIROS, 2001, p. 02).

Para Brauner, o anonimato é imposto tendo em vista a garantia da autonomia e o desenvolvimento normal da família assim fundada. O direito de conhecer a origem consanguínea realça a paternidade biológica, o que já está ultrapassado na doutrina moderna. Afirma a autora que somente em alguns casos, o anonimato poderá ser quebrado, como nas situações em que a informação genética seja indispensável à saúde de quem a está solicitando; ou quando a responsabilidade for do doador, ou dos médicos que realizaram o processo, utilizando sêmen com carga genética defeituosa (2003, p. 89).

Moraes entende ser direito de todo ser humano conhecer a sua origem biológica, tendo esse conhecimento grande importância sobre a vida da pessoa, não apenas sobre os aspectos genéticos, mas sim interferindo em outros fatores da vida social.

¹³⁰ O sigilo consiste em garantir o segredo sobre a identidade do doador. Desse modo, o sigilo não se refere somente à garantia de confidencialidade, mas fundamentalmente ao fato de que a doação seja anônima, mantendo-se a identidade do doador em segredo e armazenada nos respectivos Bancos (BRAUNER, 2003, p. 88).

Assim, a autora preconiza que:

O patrimônio genético não é mais indiferente em relação às condições de vida nas quais a pessoa opera. Conhecê-lo significa não somente impedir o incesto e possibilitar a aplicação dos impedimentos matrimoniais ou prever e evitar enfermidades hereditárias, mas responsabilmente, estabelecido o vínculo entre o titular do patrimônio genético e sua descendência, assegurar o uso do sobrenome familiar, com sua história e reputação, garantir o exercício dos direitos e deveres decorrentes do pátrio poder, além das repercussões patrimoniais e sucessórias (2000, p. 227).

Importante se faz a observação de Moreira Filho, para o qual o direito de conhecer a origem consanguínea que possui a criança, não significa a discriminação da filiação biológica em face da socioafetiva, pois o que está em jogo é o desejo de uma criança que não terá pai algum (no aspecto biológico), de conhecer seus pais consanguíneos, assim nada mais lógico que se reconheça esse direito. Igualmente não importa esse direito, na desconstituição da filiação socioafetiva. Ele apenas assegura a certeza da origem genética, que poderá ser preponderante para quem a está buscando (2002, p.03).

Com razão o posicionamento dos autores que sustentam que o direito a identidade biológica representa um direito personalíssimo e indisponível, principalmente quando esse direito vem em prol da criança, como no caso de ela ser acometida por uma doença com a qual se precise haver uma compatibilidade sanguínea.

No entanto, cabe lembrar, que mesmo que conhecido o doador, este não assume o papel de pai, não lhe cabendo nenhuma responsabilidade em relação ao ser gerado de seu material genético, seja ela patrimonial ou mesmo afetiva. O seu conhecimento também não afetará a relação socioafetiva, eis que esta deve prevalecer em relação aos vínculos de sangue, ainda mais nos casos de RAH, pois tudo que o doador menos espera é uma paternidade indesejada. E sendo assim, a paternidade é, sem dúvida, do pai socioafetivo.

Destarte, o direito do filho gerado por meio de RHA heteróloga de conhecer sua identidade biológica não faz com que o mesmo adquira perante o pai biológico (doador anônimo), direitos hereditários ou sucessórios, ou seja, a busca pela origem genética, não gera em relação ao terceiro doador nenhuma responsabilidade de cunho patrimonial.

CONCLUSÃO

O estudo do tema proposto no presente trabalho proporcionou uma maior compreensão, um conhecimento mais amplo sobre o assunto, possibilitado aos profissionais da área jurídica que mantenham um olhar mais crítico em relação à problemática apresentada. Porquanto o direito não pode permanecer inerte em relação às problemáticas advindas da utilização das técnicas de reprodução humana assistida (RHA) heteróloga, dentre as quais se inclui a questão do direito à identidade biológica, eis que falta de conhecimento em relação a mesma acaba criando um entrave aos operadores do direito.

Os primeiros experimentos na área da biomedicina relativos à reprodução assistida começaram a ser postos em prática há praticamente três séculos atrás, sendo notórios os seus avanços. No Brasil a primeira fecundação in vitro realizada se deu ainda no ano de 1984 (MARINHO, 2010, p. 21-24). Mesmo mostrando-se uma realidade cada vez mais constante na sociedade, o direito, infelizmente parece não ter acompanhado esta evolução, pelo menos não da maneira que deveria.

O advento do Código Civil Brasileiro de 2002 proporcionou a reabertura de inúmeras discussões a respeito de diversos temas jurídicos, o que acabou gerando o início de grandes debates sobre vários assuntos polêmicos, que lamentavelmente não foram abarcados pelo texto codificado, não receberem o devido amparo legal, como é o caso do tema relativo aos aspectos civis referentes à filiação fruto do emprego das técnicas de RHA heteróloga, nos quais se inclui o direito à identidade biológica, objeto de estudo do presente trabalho.

Assim, questão importante que se coloca, é que não se tem ainda hoje no Brasil, uma legislação específica que ampare e regule de forma precisa a prática da reprodução humana medicamente assistida, principalmente quando esta se dá na forma heteróloga, em decorrência da qual surgem ou podem surgir implicações de ordem jurídica. É em razão de não haver um amparo legal efetivo, que a RHA heteróloga acaba gerando conflitos jurídicos, tanto no que diz respeito aos aspectos civis da maternidade, da paternidade e principalmente da filiação.

Como a legislação brasileira é praticamente omissa em relação aos aspectos civis da RHA heteróloga, tocando superficialmente no critério de estabelecimento da paternidade e filiação decorrente desta forma de reprodução, bem como no que se refere à origem do parentesco civil, pouco modificando as normas envolvendo as relações de parentesco e, conseqüentemente de paternidade, maternidade e filiação no campo das novas técnicas

conceptivas, torna-se necessário buscar outros meios, outras fontes do direito para poder de alguma forma amparar estas questões, principalmente as referentes à filiação.

Neste sentido, cabe aos profissionais do direito, em decorrência da atual omissão por parte do legislador brasileiro em regulamentar a prática da RHA heteróloga, se valer do uso da analogia como um meio de buscar uma solução aos conflitos surgidos em decorrência de tal prática.

Assim, no que diz respeito à problemática da possibilidade de reconhecimento da origem consanguínea pelo filho gerado pelo método de RHA heteróloga, a qual se contrapõe ao direito ao anonimato do doador, observa-se que, é por meio da analogia que o direito poderá garantir o direito à identidade biológica.

Por consequência, este direito pode ser equiparado, por analogia, ao instituto da adoção. Assim, todos os dispositivos legais referentes à adoção poderão ser aplicados como fundamento para a filiação fruto da RHA heteróloga, nos aspectos em que forem compatíveis. Um destes aspectos diz respeito exatamente ao direito de reconhecer a identidade biológica, sendo que a própria Constituição veda qualquer tipo de desigualdade em relação à filiação, o que faz presumir que se ao filho adotivo é garantido o direito de conhecer sua ascendência biológica, tal direito não pode ser negado ao filho concebido por meio da RHA heteróloga.

Além da analogia, mostra-se igualmente importante ante a lacuna existente na lei referente à problemática jurídica apresentada, o papel dos princípios. Por constituírem a base, o fundamento de toda ordem jurídica, os princípios constitucionais são plenamente aplicáveis diante da existência de conflitos jurídicos, conflitos de direitos.

No caso do conflito entre o direito à busca a identidade biológica garantido à filiação oriunda da RHA heteróloga e o direito ao anonimato em relação ao doador do material genético utilizado no procedimento, terão os princípios constitucionais papel decisivo no sentido de que será por meio da aplicação deles ao caso concreto, que se determinará qual o direito que deve preponderar.

Os principais princípios a serem aplicados face à busca pela identidade biológica são, indubitavelmente, o da dignidade da pessoa humana e também o da autonomia da vontade. Neste sentido, as técnicas de RHA devem ser guiadas pela dignidade da pessoa humana, sendo que só devem ser admitidas se levarem em conta tais princípios. Dessa forma, deve-se entender que, um dos critérios fundamentais para resolver eventuais conflitos decorrentes da RHA heteróloga, repousa na consideração de que sempre se deve prestigiar a solução que

venha melhor atender aos interesses do filho gerado, o que significa resguardar a sua dignidade com respeito a sua autonomia.

Apesar de ainda haverem posicionamentos contrários na doutrina, em minha opinião, o filho gerado por meio das técnicas de RHA heteróloga possui sim o direito de buscar sua origem biológica, após atingir a maioridade, independentemente da vontade dos pais que ao se submeterem à realização do procedimento, consentiram mutuamente em não demandar a paternidade do filho. Considero que deve prevalecer o entendimento doutrinário que reconhece o direito à busca da origem consanguínea como um direito personalíssimo que tem o filho concebido por meio de RHA heteróloga, o que não significa que reconhecer e garantir tal direito acarretará na desconstituição da paternidade socioafetiva e muito menos gerará algum tipo de responsabilidade ao terceiro doador em relação ao filho biológico.

Assim, este direito não pode ser garantido, como entendem alguns doutrinadores, apenas no caso de o filho gerado mediante RHA na forma heteróloga, vir a ser acometido por uma doença que somente pode ser tratada em razão da compatibilidade sanguínea, como dispõe, por exemplo, a Resolução n. 1358/92 do CFM, mas, pelo contrário, ele deve ser garantido pelo simples fato de haver interesse do filho em querer conhecer sua origem biológica.

Denota-se que existem divergências doutrinárias em relação ao tema, fato este que contribui ainda mais para demonstrar a real necessidade de se legislar sobre o tema, pois somente com o devido amparo legal, com normas regulamentadoras, se tornará possível dirimir de maneira efetiva e precisa os eventuais conflitos decorrentes da utilização das técnicas de RHA, em especial quando se der na forma heteróloga.

Por fim, o tema proposto trouxe a oportunidade de se analisar a possibilidade do filho gerado por meio das técnicas de RHA heteróloga buscar sua identidade biológica, podendo-se constatar que este direito corresponde a um direito personalíssimo, indisponível e intransferível, não sendo passível de qualquer tipo de supressão, por ser inerente ao ser humano, uma vez que decorre de sua dignidade como pessoa humana. E por esta razão, merece proteção jurisdicional e uma maior atenção dos nossos legisladores, que não podem continuar inertes frente aos conflitos advindos da utilização das técnicas de RHA heteróloga, uma vez que o direito não pode ficar à mercê das evoluções ocorridas na sociedade, muito pelo contrário, o direito deve acompanhá-las.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Maria Christina de. Filhos da reprodução assistida. In : GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia** .Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio. **Ao encontro do pai**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 16, jan./fev./mar., 2003. p. 56-66.

BELLINO, Francesco. **Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais**. São Paulo: EDUSC, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

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

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. In: Vade Mecum. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal Brasileira de 1988**. In: Vade Mecum. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente**. In: Vade Mecum. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Projeto de lei n. 1.184/03**. Relator Senador Roberto Requião. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl1184.htm>. Acesso em: 16 out. 2010.

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

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

CARLIN, Ivo Volnei. **Deontologia Jurídica: ética e justiça.** Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1358/92.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/php/pesquisa_resolucoes.php.htm>. Acesso em: 16 out. 2010.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; SILVA JÚNIOR, Edilson Botelho. A Aplicação dos Princípios da Bioética nas Técnicas de Reprodução Medicamente Assistida. In: RODRIGUES, Hugo Thamir (Org). **Direito Constitucional e Políticas Públicas.** Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005. p. 27-43.

DALL'AGNOL, Darlei. **Bioética.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

_____. **Bioética: princípios morais e aplicações.** Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de direito civil: direito de família.** 24. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2010.

DURANT, Guy. **A bioética: natureza, princípios, objetivos.** São Paulo: Paulus, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade.** Porto Alegre: Fabris, 1992.

_____. Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade (Coord.). **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 187-204.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sete Mares, 1991.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Reprodução Assistida Heteróloga sob a Ótica do Novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 5, n. 19, ago./set., 2003. p. 41-75.

_____. **Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 5, n. 19, abr./maio, 2000. p. 8-28.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Princípio da Autonomia da Vontade e o Consentimento Prévio e Esclarecido**. Pará: CESUPA, 2005. Disponível em: http://www.ghente.org/publicacoes/genoma_contexto_amazonico/consentimento_previo_livre.pdf.htm>. Acesso em: 15 out. 2010.

JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

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

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LUFT, Celso Pedro. **Minidicionário Luft**. 20. ed. São Paulo: Ática, 2000.

MARINHO, Angela de Souza Martins Teixeira. **Reprodução humana assistida no direito brasileiro: a polêmica instaurada após o novo Código Civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

MEDEIROS, Cristiano Carrilho S. de. **Inseminação artificial e a filiação**. Disponível em: <<http://uj.com.br/publicacoes/doutrinas.htm>>. Acesso em 10 out. 2009.

_____. **Direito à identidade genética**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744.htm>>. Acesso em 02 jun. 2009.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDES, Christine Keler de Lima. **Mães Substitutas e a Determinação da Maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro* heteróloga**. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, out./nov., 2007. p. 34-56

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 2, 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 217-234.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida**. Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588.htm>>. Acesso em: 02 set. 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

OLIVEIRA, Neiva Flávia de. **A evolução da pesquisa genética e o novo conceito de família. Limites bioéticos**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 777, jul., 2000. p. 57-74.

PAIANO, Daniela Braga; ROCHA, Maurem da Silva. Biodireito e início da vida: crise de paradigmas no ordenamento jurídico brasileiro. In: **Intertemas**. São Paulo: Revista da Toledo. v.12, nov., 2007. p. 123-140.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 3. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Instituições de direito civil: direito de família**. v. 5. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Pai, por que me abandonaste? In: GROENINGA, Gissele Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, Gissele Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de Bioética**. 6. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2002.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PIVA, Maristela. **Em nome do filho: aspectos psicológicos da infertilidade conjugal**. Passo Fundo: UPF, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Clayton. **A dignidade do nascituro**. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade (Coord.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 21-47.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

SOUZA, Simonia; SOCZEK, Daniel. Bioética: a baliza entre o direito, o avanço biocientífico e a vida humana. In: MENEZES, Wagner (Coord.). **Estudos de Direito Internacional**. Curitiba: Juvá, 2009. p. 397-405.

SPODE, Sheila; SILVA, Tatiana Vanessa Saccol da. **O direito ao conhecimento da origem genética em face da inseminação artificial com sêmen de doador anônimo**. Disponível em: < <http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v2n3/a23.pdf.htm>>. Acesso em 15 out. 2010.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional**. 3. ed. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2009.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. v.6. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Civil: direito de família**. v. 6. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2004.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética: temas atuais e seus aspectos jurídicos**. Brasília: Consulex, 2006.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, jul./set., 2002. p. 128-163.

ANEXOS

ANEXO A – Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (CFM)

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.358, DE 1992

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 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 já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

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 da sua publicação.

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ

Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL

Secretário-Geral

Publicada no D.O.U dia 19.11.92-Seção I Página 16053.

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 infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

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 e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já 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 em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo 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 proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e conciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

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 infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.

2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações 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 pré-embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa 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 pré-embriões, assim 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 das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, 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 prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

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 de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-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 pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que 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 pré-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 contra-indique 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

ANEXO B – Projeto de Lei n. 1.184/03

PROJETO DE LEI Nº 1184, DE 2003

Dispõe sobre a Reprodução Assistida.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I

Dos Princípios Gerais

Art 1º Esta Lei regulamenta o uso das técnicas de Reprodução Assistida (RA) para a implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados *in vitro*, no organismo de mulheres receptoras.

Parágrafo Único. Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de:

I – embriões humanos: ao resultado da união *in vitro* de gametas, previamente à sua implantação no organismo receptor, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento;

II – beneficiários: às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego da Reprodução Assistida;

III – consentimento livre e esclarecido: ao ato pelo qual os beneficiários são esclarecidos sobre a Reprodução Assistida e manifestam, em documento, consentimento para a sua realização, conforme disposto no Capítulo II desta Lei.

Art 2º A utilização das técnicas de Reprodução Assistida será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifique infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, e desde que:

I – exista indicação médica para o emprego da Reprodução Assistida, consideradas as demais possibilidades terapêuticas disponíveis, segundo o disposto em regulamento;

II – a receptora da técnica seja uma mulher civilmente capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado o tratamento de maneira livre, consciente e informada, em documento de consentimento livre e esclarecido, a ser elaborado conforme o disposto no Capítulo II desta Lei;

III - a receptora da técnica seja apta, física e psicologicamente, após avaliação que leve em conta sua idade e outros critérios estabelecidos em regulamento;

IV – o doador seja considerado apto física e mentalmente, por meio de exames clínicos e complementares que se façam necessários.

Parágrafo único Caso não se diagnostique causa definida para a situação de infertilidade, observar-se-á, antes da utilização da Reprodução Assistida, prazo mínimo de espera, que será estabelecido em regulamento e levará em conta a idade da mulher receptora.

Art 3º É proibida a gestação de substituição.

CAPÍTULO II

Do Consentimento Livre e Esclarecido

Art. 4º O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para ambos os beneficiários, nos casos em que a beneficiária seja uma mulher casada ou em união estável, vedada a manifestação da vontade por procurador, e será formalizado em instrumento particular, que conterá necessariamente os seguintes esclarecimentos:

I – a indicação médica para o emprego de Reprodução Assistida, no caso específico, com manifestação expressa dos beneficiários da falta de interesse na adoção de criança ou adolescente;

II – os aspectos técnicos, as implicações médicas das diferentes fases das modalidades de Reprodução Assistida disponíveis e os custos envolvidos em cada uma delas;

III – os dados estatísticos referentes à efetividade dos resultados obtidos no serviço de saúde onde se realizará o procedimento de Reprodução Assistida;

IV – os resultados estatísticos e probabilísticos acerca da incidência e prevalência dos efeitos indesejados nas técnicas de Reprodução Assistida, em geral e no serviço de saúde onde esta será realizada;

V – as implicações jurídicas da utilização de Reprodução Assistida;

VI – os procedimentos autorizados pelos beneficiários, inclusive o número de embriões a serem produzidos, observado o limite disposto no art. 13 desta Lei;

VII – as condições em que o doador ou depositante autoriza a utilização de seus gametas, inclusive postumamente;

VIII – demais requisitos estabelecidos em regulamento.

§ 1º O consentimento mencionado neste artigo será também exigido do doador e de seu cônjuge ou da pessoa com quem viva em união estável e será firmado conforme as normas regulamentadoras, as quais especificarão as informações mínimas que lhes serão transmitidas.

§ 2º No caso do § 1º, as informações mencionadas devem incluir todas as implicações decorrentes do ato de doar, inclusive a possibilidade de a identificação do doador vir a ser conhecida.

CAPÍTULO III

Dos Serviços de Saúde e Profissionais

Art. 5º Os serviços de saúde que realizam a Reprodução Assistida sã

I – pela elaboração, em cada caso, de laudo com a indicação da necessidade e oportunidade para o emprego da técnica de Reprodução Assistida;

II – pelo recebimento de doações e pelas fases de coleta, manuseio, controle de doenças infecto-contagiosas, conservação, distribuição e transferência do material biológico humano utilizado na Reprodução Assistida, vedando-se a transferência de sêmen doado a fresco;

III – pelo registro de todas as informações relativas aos doadores e aos casos em que foi utilizada a Reprodução Assistida, pelo prazo de 50 (cinquenta) anos;

IV – pela obtenção do consentimento livre e esclarecido dos beneficiários de Reprodução Assistida, doadores e respectivos cônjuges ou companheiros em união estável, na forma definida no Capítulo II desta Lei;

V – pelos procedimentos médicos e laboratoriais executados;

VI – pela obtenção do Certificado de Qualidade em Biossegurança junto ao órgão competente;

VII – pela obtenção de licença de funcionamento a ser expedida pelo órgão competente da administração, definido em regulamento.

Parágrafo único. As responsabilidades estabelecidas neste artigo não excluem outras, de caráter complementar, a serem estabelecidas em regulamento.

Art. 6º Para obter a licença de funcionamento, os serviços de saúde que realizam Reprodução Assistida devem cumprir os seguintes requisitos mínimos:

I – funcionar sob a direção de um profissional médico, devidamente capacitado para realizar a Reprodução Assistida, que se responsabilizará por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;

II – dispor de equipes multiprofissionais, recursos técnicos e materiais compatíveis com o nível de complexidade exigido pelo processo de Reprodução Assistida;

III – dispor de registro de todos os casos em que tenha sido empregada a Reprodução Assistida, ocorra ou não gravidez, pelo prazo de 50 (cinquenta) anos;

IV – dispor de registro dos doadores e das provas diagnósticas realizadas, pelo prazo de 50 (cinquenta) anos após o emprego do material biológico;

V – encaminhar relatório semestral de suas atividades ao órgão competente definido em regulamento.

§ 1º A licença mencionada no *caput* deste artigo será válida por até término de cada período, desde que obtido ou mantido o Cer Biossegurança, podendo ser revogada em virtude do descumprimento desta Lei ou de seu regulamento.

§ 2º O registro citado no inciso III deste artigo deverá conter a identificação dos beneficiários e doadores, as técnicas utilizadas, a pré-seleção sexual, quando imprescindível, na forma do art. 15 desta Lei, a ocorrência ou não de gravidez, o desenvolvimento das gestações, os

nascimentos, as malformações de fetos ou recém-nascidos e outros dados definidos em regulamento.

§ 3º Em relação aos doadores, o registro citado no inciso IV deste artigo deverá conter a identidade civil, os dados clínicos de caráter geral, foto acompanhada das características fenotípicas e uma amostra de material celular.

§ 4º As informações de que trata este artigo são consideradas sigilosas, salvo nos casos especificados nesta Lei.

§ 5º No caso de encerramento das atividades, os serviços de saúde transferirão os registros para o órgão competente do Poder Público, determinado no regulamento.

CAPÍTULO IV

Das Doações

Art. 7º Será permitida a doação de gametas, sob a responsabilidade dos serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida, vedadas a remuneração e a cobrança por esse material, a qualquer título.

§ 1º Não será permitida a doação quando houver risco de dano para a saúde do doador, levando-se em consideração suas condições físicas e mentais.

§ 2º O doador de gameta é obrigado a declarar:

I – não haver doado gameta anteriormente;

II – as doenças de que tem conhecimento ser portador, inclusive os antecedentes familiares, no que diz respeito a doenças genético-hereditárias e outras.

§ 3º Poderá ser estabelecida idade limite para os doadores, com base em critérios que busquem garantir a qualidade dos gametas doados, quando da regulamentação desta Lei.

§ 4º Os gametas doados e não-utilizados serão mantidos congelados até que se dê o êxito da gestação, após o quê proceder-se-á ao descarte dos mesmos, de forma a garantir que o doador beneficiará apenas uma única receptora.

Art. 8º Os serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida es pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e beneficiários reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das inform nascida por processo de Reprodução Assistida.

Art. 9º O sigilo estabelecido no art. 8º poderá ser quebrado nos casos obrigando-se o serviço de saúde responsável pelo emprego da R fornecer as informações solicitadas, mantido o segredo profissional anonimato.

§ 1º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que o gerou, inclusive à

identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça.

§ 2º Quando razões médicas ou jurídicas indicarem ser necessário, para a vida ou a saúde da pessoa gerada por processo de Reprodução Assistida, ou para oposição de impedimento do casamento, obter informações genéticas relativas ao doador, essas deverão ser fornecidas ao médico solicitante, que guardará o devido segredo profissional, ou ao oficial do registro civil ou a quem presidir a celebração do casamento, que notificará os nubentes e procederá na forma da legislação civil.

§ 3º No caso de motivação médica, autorizado no § 2º, resguardar-se-á a identidade civil do doador mesmo que o médico venha a entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.

Art. 10 A escolha dos doadores será de responsabilidade do serviço de saúde que pratica a Reprodução Assistida e deverá assegurar a compatibilidade imunológica entre doador e receptor.

Art. 11 Não poderão ser doadores os dirigentes, funcionários e membros de equipes, ou seus parentes até o quarto grau, de serviço de saúde no qual se realize a Reprodução Assistida.

Parágrafo único. As pessoas absolutamente incapazes não poderão ser doadoras de gametas.

Art. 12 O Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais fica obrigado a comunicar ao órgão competente previsto no art. 5º, incisos VI e VII, até o dia 10 de cada mês, o registro dos óbitos ocorridos no mês imediatamente anterior, devendo da relação constar a filiação, a data e o local de nascimento da pessoa falecida.

§ 1º No caso de não haver sido registrado nenhum óbito, deverá o Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais comunicar esse fato ao referido órgão no prazo estipulado no *caput* deste artigo.

§ 2º A falta de comunicação na época própria, bem como o envio de informações inexatas, sujeitará o Titular de Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais a multa variável de R\$ 636,17 (seiscentos e trinta e seis reais e dezessete centavos) a R\$ 63.617,35 (sessenta e três mil, seiscentos e dezessete reais e trinta e cinco centavos), na forma do regulamento.

§ 3º A comunicação deverá ser feita por meio de formulários para cadastramento de óbito, conforme modelo aprovado em regulamento.

§ 4º Deverão constar, além dos dados referentes à identificação do de Pessoas Naturais, pelo menos uma das seguintes informações rel

I – número de inscrição do PIS/Pasep;

II – número de inscrição do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, se contribuinte individual, ou número de benefício previdenciário - NB, se a pessoa falecida for titular de qualquer benefício pago pelo INSS;

III – número do CPF;

IV – número de registro de Carteira de Identidade e respectivo órgão emissor;

V – número do título de eleitor;

VI – número do registro de nascimento ou casamento, com informação do livro, da folha e do termo;

VII – número e série da Carteira de Trabalho.

CAPÍTULO V

Dos Gametas e Embriões

Art. 13 Na execução da técnica de Reprodução Assistida, poderão ser produzidos e transferidos até 2 (dois) embriões, respeitada a vontade da mulher receptora, a cada ciclo reprodutivo.

§ 1º Serão obrigatoriamente transferidos a fresco todos os embriões obtidos, obedecido ao critério definido no *caput* deste artigo.

§ 2º Os embriões originados *in vitro*, anteriormente à sua implantação no organismo da receptora, não são dotados de personalidade civil.

§ 3º Os beneficiários são juridicamente responsáveis pela tutela do embrião e seu ulterior desenvolvimento no organismo receptor.

§ 4º São facultadas a pesquisa e experimentação com embriões transferidos e espontaneamente abortados, desde que haja autorização expressa dos beneficiários.

§ 5º O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será definido em regulamento.

Art. 14 Os serviços de saúde são autorizados a preservar gametas humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos e prazos definidos em regulamento.

§ 1º Os gametas depositados apenas para armazenamento serão entregues somente à pessoa depositante, não podendo ser destruídos sem sua autorização.

§ 2º É obrigatório o descarte de gametas:

I – quando solicitado pelo depositante;

II – quando houver previsão no documento de consentimento livre

III – nos casos de falecimento do depositante, salvo se houver manifestação de sua vontade, expressa em documento de consentimento livre e esclarecido ou em testamento, permitindo a utilização póstuma de seus gametas.

Art. 15 A pré-seleção sexual será permitida nas situações clínicas que apresentarem risco genético de doenças relacionadas ao sexo, conforme se dispuser em regulamento.

CAPÍTULO VI

Da Filiação da Criança

Art. 16 Será atribuída aos beneficiários a condição de paternidade plena da criança nascida mediante o emprego de técnica de Reprodução Assistida.

§ 1º A morte dos beneficiários não restabelece o poder parental dos pais biológicos.

§ 2º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida e o doador terão acesso aos registros do serviço de saúde, a qualquer tempo, para obter informações para transplante de órgãos ou tecidos, garantido o segredo profissional e, sempre que possível, o anonimato.

§ 3º O acesso mencionado no § 2º estender-se-á até os parentes de 2º grau do doador e da pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida.

Art. 17 O doador e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Reprodução Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais elencados na legislação civil.

Art. 18 Os serviços de saúde que realizam a Reprodução Assistida sujeitam-se, sem prejuízo das competências de órgão da administração definido em regulamento, à fiscalização do Ministério Público, com o objetivo de resguardar a saúde e a integridade física das pessoas envolvidas, aplicando-se, no que couber, as disposições da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

CAPÍTULO VII

Das Infrações e Penalidades

Art. 19 Constituem crimes:

I – praticar a Reprodução Assistida sem estar habilitado para a atividade:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

II – praticar a Reprodução Assistida sem obter o consentimento livre e esclarecido dos beneficiários e dos doadores na forma determinada nesta Lei ou em desacordo com os termos constantes do documento de consentimento por eles assinado:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa;

III – participar do procedimento de gestação de substituição, intermediário ou executor da técnica:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

IV – fornecer gametas depositados apenas para armazenamento a qualquer pessoa que não o próprio depositante, ou empregar esses gametas sem sua prévia autorização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

V – deixar de manter as informações exigidas na forma especificada, não as fornecer nas situações previstas ou divulgá-las a outrem nos casos não autorizados, consoante as determinações desta Lei:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

VI – utilizar gametas de doadores ou depositantes sabidamente falecidos, salvo na hipótese em que tenha sido autorizada, em documento de consentimento livre e esclarecido, ou em testamento, a utilização póstuma de seus gametas:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

VII – implantar mais de 2 (dois) embriões na mulher receptora:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

VIII – realizar a pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto nesta Lei:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

IX – produzir embriões além da quantidade permitida:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

X – armazenar ou ceder embriões, ressalvados os casos em que a implantação seja contra-indicada:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

XI – deixar o médico de implantar na mulher receptora os embriões produzidos, exceto no caso de contra-indicação médica:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

XII – descartar embrião antes da implantação no organismo receptor:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

XIII – utilizar gameta:

a) doado por dirigente, funcionário ou membro de equipe do s realize a Reprodução Assistida, ou seus parentes até o quarto grau,

b) de pessoa incapaz;

c) de que tem ciência ser de um mesmo doador, para mais de um beneficiário;

d) sem que tenham sido os beneficiários ou doadores submetidos ao controle de doenças infecto-contagiosas e a outros exames complementares:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Ao aplicar as medidas previstas neste artigo, o juiz considerará a natureza e a gravidade do delito e a periculosidade do agente.

Art. 20 Constituem crimes:

I – intervir sobre gametas ou embriões *in vitro* com finalidade diferente das permitidas nesta Lei:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa;

II – utilizar o médico do próprio gameta para realizar a Reprodução Assistida, exceto na qualidade de beneficiário:

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa;

III – omitir o doador dados ou fornecimento de informação falsa ou incorreta sobre qualquer aspecto relacionado ao ato de doar:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

IV – praticar o médico redução embrionária, com consentimento, após a implantação no organismo da receptora, salvo nos casos em que houver risco de vida para a mulher:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos;

V – praticar o médico redução embrionária, sem consentimento, após a implantação no organismo da receptora, salvo nos casos em que houver risco de vida para a mulher:

Pena – reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Parágrafo único. As penas cominadas nos incisos IV e V deste artigo são aumentadas de 1/3 (um terço), se, em consequência do procedimento redutor, a receptora sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, pela mesma causa, lhe sobrevém a morte.

Art. 21 A prática de qualquer uma das condutas arroladas neste Capítulo constitui crime, sem prejuízo da licença do estabelecimento de Reprodução Assistida, sem prejuízo cabíveis.

CAPÍTULO VIII

Das Disposições Finais

Art. 22 Os embriões conservados até a data de entrada em vigor desta Lei poderão ser doados exclusivamente para fins reprodutivos, com o consentimento prévio dos primeiros beneficiários, respeitados os dispositivos do Capítulo IV.

Parágrafo único. Presume-se autorizada a doação se, no prazo de 60 (sessenta) dias, os primeiros beneficiários não se manifestarem em contrário.

Art. 23 O Poder Público promoverá campanhas de incentivo à utilização, por pessoas inférteis ou não, dos embriões preservados e armazenados até a data de publicação desta Lei, preferencialmente ao seu descarte.

Art. 24 O Poder Público organizará um cadastro nacional de informações sobre a prática da Reprodução Assistida em todo o território, com a finalidade de organizar estatísticas e tornar disponíveis os dados sobre o quantitativo dos procedimentos realizados, a incidência e prevalência dos efeitos indesejados e demais complicações, os serviços de saúde e os profissionais que a realizam e demais informações consideradas apropriadas, segundo se dispuser em regulamento.

Art. 25 A Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 8º-A:

“Art. 8º-A. São vedados, na atividade com humanos, os experimentos de clonagem radical através de qualquer técnica de genetechnologia.”

O art. 13 da Lei nº 8.974, de 1995, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV, renumerando-se os demais:

“Art. 13.

IV – realizar experimentos de clonagem humana radical através de qualquer técnica de genetechnologia” (NR)

Art. 27 Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias a partir da data de sua publicação.

Senador José Sarney
Presidente do Senado Federal