

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Larissa de Paula Lima

REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA NO BRASIL

Taubaté - SP

2019

LARISSA DE PAULA LIMA

REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA NO BRASIL

Trabalho de Graduação apresentado como exigência parcial para a obtenção do diploma de Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade de Taubaté.
Orientação: Prof. Me. Leonardo Monteiro Xexéo.

Taubaté - SP

2019

**Ficha catalográfica elaborada pelo
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

L732r Lima, Laríssa de Paula
Reprodução assistida heteróloga no Brasil / Laríssa de Paula Lima --
2019.
69 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2019.

Orientação: Prof. Me. Leonardo Monteiro Xexéo, Departamento de
Ciências Jurídicas.

1. Tecnologia da reprodução humana - Brasil. 2. Inseminação
artificial humana - Brasil. 3. Anonimato (Direito). 4. Dignidade (Direito). 5.
Direito à privacidade. I. Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 347.6:612.613(81)

Elaborada por Felipe Augusto Souza dos Santos Rio Branco - CRB-8/9104

LARISSA DE PAULA LIMA

REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA NO BRASIL

Trabalho de Graduação apresentado como exigência parcial para a obtenção do diploma de Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade de Taubaté.

Orientação: Prof. Me. Leonardo Monteiro Xexéo.

Trabalho de Graduação defendido e aprovado em ____/____/____ pela Banca Examinadora:

Prof. Me. Leonardo Monteiro Xexéo, Universidade de Taubaté.

Prof.

, Universidade de Taubaté

RESUMO

O presente trabalho de graduação tem como propósito abordar as diferentes técnicas de reprodução assistida, em especial a reprodução assistida heteróloga. Ademais, elucidaremos sobre o direito do conhecimento das origens genéticas, que entra em conflito diretamente com o direito do doador do material genético ao anonimato. Apesar da evolução da biotecnologia, isto é, a interferência tecnológica na reprodução humana, ser um tema relativamente novo, praticamente inexistente legislação brasileira acerca da reprodução assistida heteróloga, tornando a questão controversa. Ao longo da pesquisa foram utilizados temas relevantes que intervêm diretamente no tema abordado e sua problemática, como por exemplo, o direito a ascendência genética, o direito a intimidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, as técnicas de reprodução e sua regulamentação na legislação pátria, além de uma breve comparação com o Código Civil argentino. Através de uma análise histórica, legislativa e doutrinária, buscou-se tratar de temas relevantes tanto para o ser gerado, como também para o doador, vez que os direitos de ambos estão assegurados por direitos fundamentais, expressos pela Constituição Federal. Os direitos fundamentais não possuem hierarquia entre si, logo, devemos analisar caso a caso qual apresenta maior efetividade possível, diante disso, vemos a necessidade da criação de uma lei específica de delimitar regras acerca do tema, sendo essa em benefício ao avanço científico, porém, sem intervir negativamente sobre a vida humana, violando valores e direitos inerentes a sua existência.

Palavras-chave: Reprodução assistida heteróloga; Direito ao anonimato; Direito a origem genética; Dignidade da pessoa humana; Direito à intimidade.

ABSTRACT

This undergraduate work aims to address the different techniques of assisted reproduction, especially heterologous assisted reproduction. Furthermore, we will clarify the right of knowledge of genetic origins, which conflicts directly with the right of the donor of genetic material to anonymity. Despite the evolution of biotechnology, that is, technological interference in human reproduction, being a relatively new subject, there is practically no Brazilian legislation on heterologous assisted reproduction, making the issue controversial. Throughout the research relevant themes were used that intervene directly in the approached subject and its problematic, as for example, the right to genetic ancestry, the right to intimacy and the principle of human dignity, the techniques of reproduction and its regulation in the legislation. homeland, as well as a brief comparison with the Argentine Civil Code. Through a historical, legislative and doctrinal analysis, we sought to address issues relevant to both the generated and the donor, since the rights of both are guaranteed by fundamental rights, expressed by the Federal Constitution. Fundamental rights do not have a hierarchy among them, so we must analyze on a case by case basis which presents the highest possible effectiveness. In view of this, we see the need to create a specific law to delimit rules on the subject, which is for the benefit of scientific advancement, without intervening negatively on human life, violating values and rights inherent in its existence.

Keywords: Heterologous assisted procreation; Right anonymity; Genetic origins rights; Human dignity; Intimacy rights.

“A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos.”

Hannah Arendt

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida e por ter me proporcionado chegar até aqui.

Ao meu orientador, Senhor Professor Mestre Leonardo Monteiro Xexéo, pela incansável disponibilidade demonstrada e calma com que sempre me brindou. Um simples obrigado é pouco para a gratidão que sinto!

A minha avó Terezinha (*in memoriam*), por me ensinar importantes valores e ser minha primeira incentivadora a iniciar o curso de Direito.

Aos meus pais, Lúcia e Márcio, que sempre me apoiaram e me compreenderam, que aguentaram as minhas angústias, as minhas dúvidas e as minhas ansiedades durante todo o processo de elaboração deste trabalho. Amo-vos mais que tudo, sem vocês não tinha sido possível chegar aqui!

E, por fim, agradeço a todos que de alguma forma contribuíram, direta ou indiretamente, para a realização deste trabalho.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a toda minha família, especialmente aos meus pais Márcio e Lúcia, que me amam incondicionalmente e que lutaram ao meu lado, não medindo esforços algum, para que eu alcançasse mais essa conquista. Dedico-o, também, ao meu afilhado Gabriel, que foi responsável por me alegrar nos momentos de estresse e dificuldades.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A ORIGEM E A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA	11
1.1 Conceito.....	11
1.2 Origem e Evolução.....	13
1.3 Novos Arranjos Familiares.....	17
1.4 Modelos de Filiação: Ascendência Biológica e Socioafetiva.....	27
2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	32
2.1 Conceito.....	32
2.2 Classificação.....	35
2.3 Legislação	41
2.4 Direito Comparado: Código Civil Argentino.....	44
3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA	46
3.1 Paternidade e Maternidade Socioafetiva na Reprodução Assistida Heteróloga.....	46
3.2 Os Direitos Fundamentais.....	49
3.3 Direito à Intimidade e Direito ao Conhecimento da Ascendência Genética	50
3.4 A Colisão de Direitos Fundamentais	53
3.5 Princípio da Dignidade Humana Como Forma de Solução de Conflitos	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS	64

INTRODUÇÃO

O avanço biotecnológico fez surgir diferentes e modernos métodos de reprodução humana assistida, auxiliando assim, aqueles que por alguma dificuldade ou impossibilidade não podem gerar uma criança de forma natural.

A reprodução humana assistida consiste em um método artificial que substitui a concepção natural. São utilizadas técnicas que interferem no processo natural do ser humano, podendo ser utilizada por casais inférteis e também a fim de evitar doenças genéticas entre casais férteis.¹

No presente Trabalho de Graduação abordaremos somente a reprodução humana assistida heteróloga, isto é, aquela realizada por meio de material genético de terceiro, de um doador anônimo, sendo indispensável o consentimento do parceiro para a realização do procedimento. Nesse procedimento pode ser utilizado tanto material genético feminino (óvulo) quanto masculino (sêmen), porém, o Código Civil brasileiro prevê apenas a presunção da paternidade em casos de reprodução artificial heteróloga.²

A pesquisa visa analisar os dois lados da moeda da reprodução assistida heteróloga, que envolve os direitos fundamentais de ambas as partes envolvidas, o direito do doador ao anonimato e o direito do ser gerado em conhecer sua verdade biológica.

Por um lado, o direito do doador ao anonimato, sendo esse protegido pelo sistema jurídico atual, em que o Conselho Federal de Medicina e a Constituição Federal, fundamentados no direito a intimidade, prevêm que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, tornando assim o sigilo obrigatório, excluindo qualquer responsabilidade ou qualquer ato relacionado à paternidade/maternidade. Por outro lado, aqueles nascidos através da reprodução assistida heteróloga, que buscam o conhecimento de suas origens genéticas, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e direito a ascendência genética.

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 421.

² MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 709.

O motivacional da presente pesquisa decorre da carência de legislação pátria acerca do tema, embora seja relativamente recente o avanço biotecnológico, o legislador brasileiro competente vem se fazendo omissivo, ou seja, vem deixando de lado a regulamentação sobre a reprodução humana assistida heteróloga, que vem sendo objeto de resoluções do Conselho Federal de Medicina – resoluções as quais não possuem força de lei –, deixando direitos fundamentais em segundo plano.

O trabalho foi elaborado pelo uso do método dialético. Para seu desenvolvimento, foi utilizado principalmente a pesquisa bibliográfica e documental, através dos processos de identificação e compilação, bem como por intermédio de artigos científicos, legislações, doutrinas, revistas especializadas e fatores históricos.

O mesmo estrutura-se em três capítulos, apresentando-se no primeiro a origem e evolução da família, expondo o conceito de família juntamente com sua história e evolução, além de discorrer brevemente sobre os novos arranjos familiares e os tipos de filiação. No segundo capítulo o trabalho exhibe as técnicas de reprodução assistida, dando seu conceito e classificação, e posteriormente enuncia sobre a legislação brasileira que rege a reprodução assistida, e a compara ao Código Civil Argentino. Por fim, em seu terceiro capítulo a pesquisa trata da reprodução assistida heteróloga, em que desenvolve sobre a paternidade e maternidade socioafetiva no caso em tela, subsequentemente, é dissertado sobre os direitos fundamentais, o direito à intimidade e direito ao conhecimento da ascendência genética, e a colisão de direitos fundamentais, sendo finalizado, com o intuito de responder a problemática mencionada acima, com o princípio da dignidade humana como forma de solução de conflitos.

1 A ORIGEM E A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

1.1 Conceito

“Família, núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantêm entre si uma relação solidária”³

A família é, com certeza, o agente impulsionador de nossas vidas para que alcancemos a felicidade e, concomitantemente, é na sua essência que vivenciamos nossas maiores tristezas, frustrações, angústias e medos⁴.

Para Maria Berenice Dias o vínculo afetivo não é um privilégio apenas dos seres humanos, os animais, muito antes dos homens já procuravam esse vínculo por meio do acasalamento, seja por instinto, seja para evitar a solidão, é como se nunca tivesse existido felicidade sem amor.⁵

Observa o psicanalista Jacques Lacan que estamos ligados a nossa família umbilicalmente, que a mesma tem a função de desempenhar a transmissão da cultura, tradições espirituais, manutenção dos ritos e costumes. A família sobressai na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua devidamente chamada de materna, estabelecendo assim, uma continuidade psíquica entre gerações, cuja causalidade é de cunho mental.⁶

A palavra família não possui significado unívoco. No próprio direito romano a palavra era empregada de várias maneiras, sendo aplicada às coisas e às pessoas, podendo se referir ao conjunto de pessoas subordinadas ao *pater familias*, ao grupo de parentes unidos pela agnação ou ainda ao patrimônio e a herança⁷.

Orlando Gomes explana que nos Códigos individuais não se encontram referências a família como um núcleo de regras jurídicas, uma vez que se limitam apenas em regular as relações particulares daqueles que a compõe, tratando os

³ HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As Famílias em Perspectiva Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36.

⁵ DIAS, Maria Berenice, op. cit., p.37.

⁶ LACAN, Jacques. **Os Complexos Familiares**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985, p.13.

⁷ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.30.

institutos separadamente, sem se darem conta de que fazem parte de uma única instituição.⁸

Segundo Maria Berenice Dias a lei nunca se preocupou em definir a família, limitando-se a identificá-la com o casamento. Esse hiato da lei trouxe para a sociedade um resultado desastroso, onde era vedado qualquer vínculo de origem afetiva do âmbito jurídico, levando a justiça a condenar de “olhos fechados”, e a negar direitos a quem vivia aos pares, mas sem o aval do Estado.⁹

Ademais, hoje, a lei define a família como qualquer relação íntima de afeto, definição essa que está expressa na Lei Maria da Penha (lei 11.340/06), em que mesmo não sendo seu objetivo, a lei acabou por estabelecer os contornos de seu âmbito de abrangência.

Nesse contexto, podemos dizer que o conceito de família é revestido de interpretações psicológicas, jurídicas e sociais, o que nos exige cuidado em sua delimitação teórica, para não cairmos na retórica vazia ou no tecnicismo desprovido de aplicabilidade prática¹⁰.

Nesse ponto, pode-se perguntar se é possível desenvolver um conceito único de família.

Para Rodrigo da Cunha Pereira a família passou a ter inúmeras representações sociais a partir do momento em que deixou de ser um âmago econômico e de reprodução para ser parâmetro de afeto.¹¹

Seguindo a mesma direção, em uma de suas últimas obras, Caio Mário da Silva Pereira observa que a família não pode ser apreciada como estritamente jurídica, uma vez que, compreende uma determinada categoria de “relações sociais reconhecidas e por tanto institucionais”.¹²

Nas palavras de Leonardo Barreto Moreira Alves a denominação “Estatuto das Famílias” tem uma observância maior no quesito constitucional de proteção aos

⁸ Ibidem, p. 31.

⁹ DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 146-147.

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p. 37.

¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.226-227.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil: Alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.170.

diversos modelos de famílias, uma vez que, no passado, somente era objeto do direito de família aquela constituída pelo casamento.¹³

Seguindo essas linhas, podemos dizer que é praticamente impossível dar um único e absoluto conceito a família, uma vez que deve delimitar as complexas relações socioafetivas que vinculam as pessoas, indicando modelos e organizando categorias¹⁴.

1.2 Origem e Evolução

Na Roma antiga a família era definida como um conjunto de pessoas sujeitas ao mais elevado estatuto familiar, chamado de *pátria potestas* ou poder pátrio, organizada sob o princípio da autoridade, sendo sempre uma posição masculina, onde os anciões exerciam poder de vida e morte sobre sua esposa, seus descendentes não emancipados e sobre mulheres casadas com *manus* com seus descendentes, com uma soberania sem limites. Naquela época, a família era concomitantemente uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional, onde o ascendente comum mais velho era simultaneamente chefe político, juiz e sacerdote¹⁵.

Arnold Wald explica que ao se casar, a mulher tinha que escolher entre continuar sob a autoridade paterna, intitulada sem *manus*, ou entrar na família conjugal, nomeada com *manus*, e assim se submeter ao *pater familias* da família de seu marido. Não era admitido, de forma alguma, a mesma pessoa fazer parte de duas famílias simultaneamente.¹⁶

Expõe ainda que, existiam duas espécies de parentesco na Roma antiga, agnação e cogação. Sendo por agnação, aqueles unidos pelo mesmo pater, não necessariamente ligadas pelo sangue, por exemplo, no caso de filhos naturais e filhos adotivos. E a cogação, cujo parentesco era consanguíneo, mas que não necessariamente tinha um parentesco de agnação também, por exemplo, uma mulher

¹³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coord.). **Código das Famílias Comentado**: de acordo com o Estatuto das Famílias (PLN n. 2.285/07). Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 81-82.

¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, op. cit., p. 226-227.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.34.

¹⁶ WALD, Arnold. **Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 23.

com um casamento com *manus*, tinha um parentesco de cognação com seu irmão, mas não de agnação¹⁷.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves a partir do século IV, as necessidades militares incentivaram a criação de patrimônios independentes para os descendentes dos *pater familias*, reduzindo a inflexibilidade das regras impostas até então, dando início ao casamento *sine manu*, onde a autonomia da mulher começou a ser mantida no aspecto patrimonial, assim como suas crenças e costumes e dando mais autonomia aos filhos, instalando em Roma a concepção de família cristã, na qual predominam as preocupações de ordem moral, dando início a restrição a autoridade do *pater*.¹⁸

No mesmo sentido, explana Wald:

O *pater* perdeu o seu *ius vitae necisque* (direito de vida e morte) que exercia sobre os filhos e sobre a mulher. Os filhos passaram a administrar os *pecúlios castrenses* (vencimentos militares), *quase castrenses* (vencimentos de funcionários civis), *profecticio* (doações feitas pelo pai) e *adventicio* (doações e legados feitos ao filho por terceiros). O pátrio poder se tornou dever de afeição.¹⁹

Ainda, com a transição do casamento com *manus* para o casamento sem *manus* a emancipação da mulher passou a existir, gradual e progressivamente, e a do homem, que antes era vista como uma pena passou a ser um favor, resguardando ao filho seus direitos sucessórios. A mulher casada *sine manu* ainda continuava sob o pátrio poder de seu ascendente, e caso não existisse mais antepassados do sexo masculino vivos, ficaria sob tutela de um *agnado*²⁰.

Wald revela que a mulher apenas terá plena autonomia sobre si na época imperial, podendo participar da vida social, política e esportiva da sociedade, fase que é caracterizada pela degeneração da família romana, marcada pelo aumento de adultérios e divórcios.²¹

Segundo Gonçalves no que se concerne ao casamento, na relação deveria existir afeição conjugal, isto é, o desejo recíproco dos cônjuges de se tratarem como marido e mulher, também chamado de *affectio maritalis*, se fazendo necessário não

¹⁷ Idem.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p.34-35.

¹⁹ WALD, Arnold, op. cit., p. 23.

²⁰ Ibidem, p. 24.

²¹ Ibidem, p.24-25.

apenas no momento da celebração do casamento, mas também avançar ao longo do matrimônio, sendo a falta dele motivo para dissolução do vínculo.²²

Os romanos acreditavam que a mesma vontade de efetuar o casamento, poderia dar causa para desfazê-lo. Por inúmeras vezes, o Imperador Justiniano tentou abolir o divórcio, só o permitindo em casos especiais, mas sempre voltava a ser admitido por consenso mútuo²³.

De acordo com San Tiago Dantas com o fim do Império Romano, desenrolou-se uma progressiva mudança no contesto familiar com o crescimento do Cristianismo. No início de suas atividades legislativas, a Igreja não realizou mudanças significativas no Direito Romano, pois suas normas tinham caráter meramente acessórios.²⁴

Arnoldo Wald complementa que, os Canonistas eram contra o divórcio, só sendo discutido em caso de infidelidade, uma vez que o considerava contra a índole da família e a formação dos filhos. Logo, o matrimônio passou a ser um sacramento, não mais um simples contrato, um acordo de vontades, se tornando então indissolúvel: *quod Deus coniunxit, homo non separet* (o que Deus uniu o homem não separa).²⁵

Assim, sendo o casamento indissolúvel, a doutrina canônica objetivou a criação de um sistema de impedimentos para o casamento, justificando sua nulidade ou sua anulabilidade, para assolar a sociedade conjugal, sem dissolver o vínculo. A Igreja então passou a exigir o consenso dos nubentes e as relações sexuais voluntárias, destacando a importância destas no casamento, para então dar validade ao mesmo, deixando para trás o consentimento paterno e colidindo com o direito civil leigo, que os tinham como regra para a validade do matrimônio²⁶.

De acordo com as exposições de Wald, o direito canônico foi o criador dos impedimentos para a realização do casamento, abarcando causas baseadas na incapacidade de um dos nubentes (impotência, idade, casamento anterior, diferença de religião), em vício do consentimento (dolo para obter o consentimento, coação ou erro quanto á pessoa do outro cônjuge) ou em relações anteriores (parentesco,

²² GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 35.

²³ WALD, Arnoldo, op. cit., p. 25.

²⁴ DANTAS, San Tiago. **Direitos de família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 24-25.

²⁵ WALD, Arnoldo, op. cit., p. 25.

²⁶ Ibidem, p. 26.

afinidade). As causas de impedimento foram promulgadas pelo Papa João Paulo II em 25 de janeiro de 1983 e entrou em vigor em 27 de novembro no mesmo ano, trazendo alterações em matéria de matrimônio no novo Código de Direito Canônico.²⁷

Ademais, o direito canônico evoluiu no sentido da elaboração teórica das nulidades e do regimento da separação de corpos e patrimônios, que dependia da autorização do bispo ou do sínodo, e apenas era admitida em casos de adultério, heresia, tentativa de homicídio ou em caso de atrocidades cometidas de um cônjuge para outro. A mesma não dissolvia o vínculo, permanecendo os deveres de fornecer alimentos e de fidelidade recíproca, apenas era extinto o dever de coabitação²⁸.

Pode-se afirmar que esse formato de família perdurou até a Revolução Industrial, em meados do século XVIII, quando uma nova alteração começou a ganhar espaço²⁹. Nesse sentido, traz Carlos Alberto Bittar Filho:

A partir do século XIX, a família patriarcal foi sendo solapada em suas bases, estiolando-se até a morte. A urbanização acelerada, os movimentos de emancipação das mulheres e dos jovens, a industrialização, as revoluções tecnológicas, as profundas modificações econômicas e sociais ocorridas na realidade brasileira e as imensas transformações comportamentais havidas puseram um ponto final na instituição familiar em seus moldes patriarcais. A esses fatores somem-se a separação entre a Igreja e o Estado e adoção do casamento civil, resultantes da Proclamação da República (Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890; Constituição Federal de 1891).³⁰

Carlos Roberto Gonçalves ainda destaca que, apenas recentemente, em decorrência das grandes mudanças culturais e sociais, o direito de família brasileiro passou a tomar seus próprios rumos, encaixando-se na atual realidade, perdendo a natureza canonista e dogmática na questão da liberdade do matrimônio.³¹

²⁷ Ibidem, p.26-27.

²⁸ Ibidem, p. 28.

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p.51.

³⁰ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito de família e sucessões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 19.

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 35-36.

1.3 Novos Arranjos Familiares

Para Maria Berenice Dias sempre que nos referimos à família, nos vem à mente a “família tradicional”, aquela composta por pai, mãe e filhos, advinda do matrimônio, onde assim prevaleceriam na alegria e na tristeza, da saúde e na doença, na riqueza e na pobreza, até que a morte os separassem. Acontece que essa realidade mudou, e hoje todos se habituaram aos diversos modelos de família que foram se desenhando com o passar do tempo, as quais se desviam do modelo “tradicional”.³²

É inegável que a família é essencial para a existência da sociedade e para o Estado, porém é evidente que a mesma sofreu mudanças irreparáveis. A família passou a ter função instrumental na vida das pessoas, sendo utilizada para as realizações dos interesses afetivos e existenciais de seus integrantes³³.

Em relação à ampliação da família, para Semy Glanz a família moderna é um conjunto formado por uma ou mais pessoas, com um vínculo biológico ou sócio psicológicos, que geralmente vivem sob o mesmo teto e mantém ou não a mesma residência. A família pode ser formada por duas pessoas casadas em uma união livre; de sexos diferentes ou iguais; com ou sem prole; pode ser constituída com apenas um dos pais e o filho(s); por uma pessoa morando sozinha, solteira, viúva, divorciada; ou mesmo por uma pessoa casada que resida em local diferente de seu cônjuge; e ainda por pessoas ligadas pela relação de parentesco ou afinidade.³⁴

Destarte, a Constituição de 1988 acarretou inúmeras mudanças na sociedade e na própria vida das pessoas, não sendo possível enumerar todas essas mudanças, mas algumas, por sua relevância, merecem destaque³⁵.

Nas palavras de Maria Berenice Dias, a Constituição de 1988 passou a reconhecer a existência de outras entidades familiares, além do tradicional casamento. Assim, atou no conceito de entidade familiar e impôs igual proteção a união estável e a família monoparental.³⁶

³² DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 144.

³³ Idem.

³⁴ GLANZ, Semy. **A família mutante: sociologia e direito comparado: inclusive o novo código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 30.

³⁵ DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 145.

³⁶ Idem.

A família matrimonial, constituída pelo casamento, constata a relação formal consagrada pelo sacramento da Igreja, unindo um homem e uma mulher de maneira indissolúvel, onde os vínculos foram igualmente solenizados pela Igreja e pelo Estado, que por muito tempo só reconheceu esse modelo de família, marginalizando qualquer outro vínculo afetivo³⁷.

Na mesma linha, Maria Berenice Dias descreve que a igreja católica consagrou a união entre homem e mulher como sacramento indissolúvel, visando limitar o livre exercício da sexualidade e garantir a conservação da espécie, proibindo inclusive o uso de preservativos e criando o chamado de débito conjugal, seja, a obrigação da prática da sexualidade entre o casal, atribuindo a família a função reprodutiva, seguindo o perfil matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual.³⁸

Ainda, na família matrimonial, o homem exercia a chefia na sociedade conjugal, onde sua mulher e seus filhos lhes deviam obediência. Ao se casar a mulher passava a ser considerada relativamente capaz, não podia trabalhar, nem administrar seus bens, o modelo de regime utilizado na época era o da comunhão universal de bens, tendo como base a união de duas pessoas em uma só, formando um único patrimônio, administrado apenas pelo homem. O casamento era indissolúvel, só cabendo desquite, que não dissolvia o vínculo matrimonial, e a anulação em caso de erro essencial quanto à identidade ou a personalidade do cônjuge, e em caso de alegação por parte do marido de desvirginamento da mulher. Salienta-se que era obrigatória a identificação da família pelo nome do varão³⁹.

Maria Berenice Dias, por fim, coloca que foi a Lei do Divórcio que, em 1977, aplicando o rompimento do vínculo matrimonial, mudando o regime de bens para o da comunhão parcial e tornando facultativa a adoção do nome do marido por parte da mulher.⁴⁰

Podemos dizer que o progresso da família está diretamente ligado ao progresso da sociedade, logo, a família informal, que um dia foi chamada de família marginal e concubina, é uma resposta a este progresso. A mesma era usada como um remédio

³⁷ MADALENO, Rolf, op. cit., p. 47.

³⁸ DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 148.

³⁹ Ibidem, p. 149.

⁴⁰ Idem.

para todos os rompimentos matrimoniais quando ainda não existia o divórcio no Brasil, ela serviu como válvula de escape para quem era desquitado e não podia se casar novamente, uma vez que o matrimônio era vitalício e indissolúvel⁴¹.

Maria Berenice Dias explica que apenas a família legítima, ou seja, família a matrimonial era reconhecida judicialmente. A filiação dependia inteiramente do estado civil dos pais, no qual só tinha direito aqueles nascidos dentro do casamento, e aqueles havidos de relações extraconjugais eram extremamente discriminados, e não tinham direito algum, nem mesmo de requerer o reconhecimento enquanto seu genitor fosse casado.⁴²

Ocorre que mesmo tantas sanções não conseguiram parar aqueles que tinham o casamento desfeito de constituírem novas famílias, mesmo sem o respaldo legal, obrigando os juízes a criarem alternativas para evitar arbitrariedades, criando-se assim o termo “companheira”. Porém, tal era a rejeição dessa união como família, que a própria jurisprudência, quando não havia bens a serem partilhados, identificava a companheira como relação de trabalho, lhe concedendo indenização por serviços domésticos prestados, e raramente, defronte da aparência de um negócio, aplicava-se o direito comercial, considerando as uniões sociedade de fato. Esses pretextos eram utilizados para justificar a participação patrimonial e evitar o enriquecimento infundado do homem, mas em momento algum se considerava conferir a mulher alimentos ou direitos sucessórios⁴³.

Deste modo, expõe Rolf Madaleno que com o advento da vigente Carta Federal, em 1988, a família informal alcançou a condição de entidade familiar, trocando sua entidade civil pela expressão perdurável “união estável”.⁴⁴ Contudo, Maria Berenice Dias explica que a constituição reconheceu a união estável como entidade familiar, porém, mediante a advertência de promover sua conversão em casamento, praticamente copiando o modelo oficial do casamento.⁴⁵

O Código Civil institui condições para o reconhecimento da união estável, criando deveres e assegurando direitos como alimentos, estabelece regime de bens e garante direitos sucessórios. É possível afirmar que a união estável se transformou

⁴¹ MADALENO, Rolf, op. cit., p. 48.

⁴² DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 150.

⁴³ Idem.

⁴⁴ MADALENO, Rolf, op. cit., p. 48.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 150.

em um “casamento por usucapião”⁴⁶, onde independente da vontade do casal, o tempo traz o estado de casado. Contudo, a tentativa de regulamentação da União estável se torna cada vez mais exaustiva para aqueles que optaram em não se casar, pois escolheram seu próprio caminho e não desejam a interferência do Estado, uma vez que são relações de caráter privado.

Por conseguinte, ao esmiuçar a definição de família, a Constituição de 1988 arrolou como entidade familiar aquele grupo formado por um dos pais e suas proles, subtraindo a conotação sexual do conceito de família, dando-se o nome de “família monoparental”, como forma de evidenciar a ausência de um dos genitores na titularidade do vínculo familiar⁴⁷. Segundo Rolf Madaleno, o núcleo familiar monoparental é formado por um pai, ou uma mãe, responsável por seus filhos biológicos ou adotivos, mesmo que o outro genitor esteja vivo, ou tenha falecido, ou que seja desconhecido em razão da prole ser de uma “mãe solteira”, assim não confundindo família monoparental com lugar monoparental.⁴⁸

A família monoparental pode ser advinda de várias maneiras, seja ela por maternidade ou paternidade biológica, através de adoção e unilateral, em decorrência da morte de um dos genitores, a partir do divórcio, nulidade ou anulação do casamento e do fim de uma união estável. Essas mesmas causas nos mostram que em grande porcentual das famílias monoparentais, há natalidade de “mães solteiras”, por separação de fato, divórcio, nulidade e anulação do casamento, e viuvez, inclusive por técnicas de reprodução assistida⁴⁹.

Explana Maria Berenice Dias mesmo que a prole passe a residir com apenas um dos genitores após o fim do vínculo de convivência dos mesmos, não se pode dizer que se constitui uma família monoparental, uma vez que os encargos do poder familiar é responsabilidade de ambos os pais e o regime legal de convivência demanda a guarda compartilhada.⁵⁰

Ademais, não há regulamentação para esta estrutura de família, por motivo de omissão injustificada do legislador, deixando a questão da família monoparental

⁴⁶ Ibidem, p. 151.

⁴⁷ Ibidem, p. 153.

⁴⁸ MADALENO, Rolf, op. cit., p. p. 49.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 154).

desamparada no Código Civil, apesar dela ser a realidade de muitas das famílias brasileiras⁵¹.

Mesmo que a Constituição de 1988 tenha ampliado as entidades familiares, ainda assim não abarcou todos os modelos familiares encontrados atualmente. A coabitação entre parentes ou entre pessoas, ainda que sem vínculos consanguíneos, deve ser reconhecida como entidade familiar, intitulada de família anaparental ou parental. É o caso, por exemplo, de duas irmãs que moram sob o mesmo teto há muitos anos e se unem para formar um acervo patrimonial, caso uma delas vier a falecer, a solução justa seria conceder a integridade do patrimônio a irmã com quem a falecida convivia, uma vez que a mesma antecede os outros irmãos na ordem sucessória em razão da parceria de vidas. Acontece que a realidade não é essa, e hoje, a irmã que convivia com a falecida receberia a mesma parcela de bens que os outros irmãos, ou em caso de reconhecimento de sociedade de fato, a metade dos bens, pois não são reconhecidos legalmente os efeitos de ordem sucessória e no âmbito de alimentos⁵².

Maria Berenice Dias ressalta que a família anaparental não se diferencia da entidade familiar composta por um dos genitores e suas proles, e que ambas merecem proteção constitucional.⁵³

Para Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior, não há que se dizer em família anaparental onde não há pretensão de permanência, ainda que existam vínculos de afetividade no grupo.⁵⁴

Contudo, essa entidade familiar tem direito a impenhorabilidade de sua moradia como bem de família, não por se tratar de uma entidade familiar, mas sim porque qualquer moradia que sirva de residência exclusiva a uma ou mais pessoas é assegurada contra penhora por dívidas⁵⁵.

Caio Mário da Silva Pereira distingue família conjugal do que chamamos de família parental, onde pessoas movidas pelo desejo de terem filhos escolhem alguém

⁵¹ Idem.

⁵² Idem.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 99).

⁵⁴ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.83-84.

⁵⁵ MADALENO, Rolf, op. cit., p. 50.

para fazer uma parceria, as mesmas não possuem vínculo amoroso, mas concebem a prole, que é registrada no nome de ambos, estabelecendo assim uma paternidade compartilhada, em que os dois exercem o poder familiar. Inclusive, vem se tornando comum sites onde homens e mulheres estão a procura de alguém para compartilhar a maternidade e a paternidade.⁵⁶

Em conformidade com o artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, falamos em família natural, que consiste na família formada pelos pais ou qualquer destes que deveria ter o papel de família biológica.⁵⁷ No mesmo sentido, Maria Berenice Dias arremata que nem a Constituição Federal em seu artigo 227 ao dar garantia à convivência familiar, e nem o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 19, ao assegurar a criança e ao adolescente o direito de ser criado e educado no seio da família, se referem à família biológica.⁵⁸

Ocorre que ainda temos uma idealização da sociedade em relação à família natural quando nos referimos a famílias ampliadas e extensas, em que não há cabimento nesses termos aqueles que não fazem parte do elo consanguíneo, sendo que a própria lei exige apenas que exista um vínculo de convivência, afinidade e afetividade da criança com algum parente como na família extensa⁵⁹.

Na concepção de Rolf Madaleno, família ampliada ou extensa é aquela que se estende para além da unidade de pais e filho ou da unidade do casal, ela é formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculo, como avós, tios e primos.⁶⁰

Há questionamentos na doutrina acerca da família ampliada, se é uma espécie de família natural, uma espécie de família substituta ou um novo arranjo familiar, até mesmo, porque os parentes próximos precisam regularizar a situação por meio de adoção, tutela ou guarda. De qualquer forma, fica claro que o legislador ampliou o conceito constitucional de convivência familiar, dando preferência a família ampliada sobre a família substituta ou a qualquer outra forma de inserção da criança ou do adolescente⁶¹.

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Direito Civil: Alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.37.

⁵⁷ MADALENO, Rolf, op. cit., p. 68.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 156.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ MADALENO, Rolf, op. cit., p. 68.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 157.

Para Rolf Madaleno, a família substituta é exercida por pais que fazem seu cadastro como candidatos à adoção, de forma unilateral ou bilateral, sendo casados ou vivendo em união estável. Salienta-se que a reintegração da criança ou do adolescente se dará preferencialmente a sua família natural e após, a família extensa ou ampliada, para só então, depois dos pais naturais serem destituídos do poder familiar, a criança ou adolescente ser encaminhado a uma família adotiva, tendo caráter excepcional.⁶²

As famílias que se cadastram como candidatos a adoção são convocados segundo o perfil da criança que deixaram arquivado quando foram se cadastrar, assim, recebem a criança ou o adolescente mediante guarda, tomando o devido compromisso⁶³.

Maria Berenice Dias explana que as crianças permanecem em abrigos até se esgotarem todas as possibilidades de reinseri-las na família natural ou serem acolhidas na família extensa, depois de encerradas essas possibilidades é que se dá início ao processo de destituição do poder familiar e a inclusão no cadastro à adoção, a partir daí é um longo caminho até serem adotadas.⁶⁴

Por conta da deficiência do vínculo que se estabelece na família substituta, tudo gera insegurança, família e criança passam a conviver com o fantasma da possibilidade da separação⁶⁵.

Como bem observa Maria Berenice Dias, são muitas as nomenclaturas e modelos de família poliafetiva. Ocorrem que todas as formas de amar que fogem do modelo tradicional da heteronormatividade e da singularidade são alvos da condenação religiosa, da empatia social e do silêncio do legislador, condenando à invisibilidade as relações não monogâmicas.⁶⁶

A união poliafetiva é formada por um relacionamento constituído por mais de duas pessoas, todos vivendo sob o mesmo teto e em convivência consentida, partido de uma relação de estabilidade e do livre desejo de criar um núcleo familiar. O que antes era visto como poligamia, hoje é inspiração para os valores supremos da

⁶² MADALENO (2017, p.68).

⁶³ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 157.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Ibidem, p. 152-153.

dignidade humana e no afeto, princípios constitucionais presentes na construção dos vínculos familiares⁶⁷.

Maria Berenice Dias evidencia que as pessoas passaram a viver em uma sociedade mais tolerante e com mais liberdade, e passaram a buscar a felicidade sem se reprimir, deixando de viver em estruturas pré-estabelecidas e agressoras, acabando com os casamentos de fachada, não tendo mais a necessidade de justificar relacionamentos paralelos e furtivos, nascidos do medo da repulsa social.⁶⁸ É visível que está nascendo uma “democratização dos sentimentos”, onde o que importa é o respeito mútuo e a liberdade social. Nessa democratização, cada vez mais pessoas têm o direito de escolha, podendo atravessar de uma comunidade de vida a outra ou construir uma entidade familiar que lhe atraia mais. Nesses novos arranjos familiares, traição e infidelidade vêm perdendo espaço.

É correto afirmarmos que é possível amarmos mais de uma pessoa simultaneamente, como é o caso de pais e filhos, irmãos e amigos. Porém, pode-se notar uma aversão da sociedade quando nos deparamos com a possibilidade de manter vínculo amoroso e sexual com mais de uma pessoa ao mesmo tempo⁶⁹.

Maria Berenice Dias explica que sempre existiu a realidade em que há uma segunda relação paralela ou simultânea ao casamento, desde a origem judaico-cristã da sociedade ocidental, e que a mesma sempre repudiou tal fato, até os dias atuais, uma vez que a determinação legal e moral impõem o dever de fidelidade no casamento e o dever de lealdade da união estável. Ocorre que nada consegue se apor a uma sociedade extremamente machista, em que homens, mesmo sendo casados ou tendo sua companheira, se aventuram com outras mulheres, se dividindo em dois ou mais lares simultaneamente, surgindo assim a chamada família simultânea ou paralela. Expressão preferível a paralela, uma vez que paralelas nunca se encontram, e simultâneas muitas vezes são conhecidas e aceitas.⁷⁰

Ocorre que fechar os olhos para essa realidade e não atribuir culpa a quem assim age é uma forma de consentimento e incentivo a tal prática, vez que a justiça não lhe impõe qualquer ônus, punindo aquele que por anos acreditou em quem lhes

⁶⁷ MADALENO, Rolf, op. cit., p. 66.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 153.

⁶⁹ Ibidem, p. 151.

⁷⁰ Ibidem, p.152.

prometeu que o amor era exclusivo, muitas vezes mulheres que estão fora do mercado de trabalho, cuidando da casa e dos filhos, e que se vêem sem qualquer condições de sobrevivência⁷¹.

Maria Berenice Dias afirma que o fato do homem já ter uma família, não quer dizer que ele não teve o ímpeto de constituir outra, não há como não reconhecer a união estável quando o relacionamento for público, contínuo e duradouro, com a finalidade de constituir família. É necessário impor responsabilidades pertencentes à entidade familiar a quem assume um relacionamento afetivo, independentemente de já ter outra entidade familiar ou não.⁷²

A constante busca da felicidade, a primazia do amor, a vitória da solidariedade justifica o afeto ser o modo de definição mais categórico de família e de preservação a vida, em que, essa relação é um elemento característico do vínculo interpessoal. As pessoas, a fim de se tornarem seres proficientes para a sociedade, estão sempre buscando formas de se realizarem pessoalmente⁷³.

Para Rolf Madaleno, o termo “família eudemonista” é utilizado para identificar aquele núcleo familiar que busca a felicidade individual, buscando um processo de emancipação de seus componentes.⁷⁴

Complementando, Maria Berenice Dias traz que o eudemonismo é a doutrina que dá ênfase na busca da felicidade individual, do sujeito de sua felicidade. O acolhimento do eudemonismo pelo ordenamento jurídico altera o sentido de proteção da família, deslocando-se de instituição para sujeito.⁷⁵

A partir do casamento é natural que surja diferentes ciclos familiares após a separação, principalmente pelo fato de que a prole normalmente fica com a mulher, surgindo assim uma nova formação familiar, a família monoparental. A partir disso, a mulher poderá tomar sua trajetória na vida, se casando novamente ou estabelecendo união estável com outra pessoa, constituindo uma nova, assim chamada de família pluriparental⁷⁶.

⁷¹ Idem.

⁷² Idem.

⁷³ Ibidem, p. 158.

⁷⁴ MADALENO, Rolf, op. cit., p. p. 69.

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 158.

⁷⁶ MADALENO, Rolf, op. cit., p. 50.

Rolf Madaleno explica que a família pluriparental é a família que se origina a partir de um casamento ou de uma união estável, em que um ou ambos os cônjuges, ou companheiros, possuem filhos provenientes de um casamento ou de uma relação anterior⁷⁷.

Maria Berenice Dias acrescenta que são muitas as nomenclaturas dadas a família pluriparental, como por exemplo, família reconstituída, reconstruídas, recompostas, mosaico, composta, retalho, binuclear. As inúmeras nomenclaturas nos deixa claro que ainda existe muita resistência por parte da sociedade em aceitar os novos arranjos familiares.⁷⁸

É importante ressaltar que a lei admite a hipótese da adoção pelo companheiro ou cônjuge do genitor, o que é chamado de adoção unilateral, previsto no artigo 41, parágrafo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo indispensável à autorização do pai biológico, o que praticamente inviabiliza essa possibilidade⁷⁹.

A partir disso, a jurisprudência passou a atribuir encargos ao padrasto, sob a chamada paternidade alimentar, é reconhecido sobre o filho do cônjuge ou companheiro o direito a alimentos, uma vez comprovada o vínculo afetivo entre ambos, e desde que o padrasto tenha lhe dado amparo durante o período que viveu com seu genitor. Sendo também reconhecido o direito da convivência pelo princípio da solidariedade⁸⁰.

Expõe Rolf Madaleno que desde o advento da Carta Política de 1988, a sociedade brasileira vivencia uma nova forma de conjugalidade, presente há muito tempo em outros países e anexada ao Direito brasileiro com o reconhecimento jurisprudencial da pluralidade de modelos familiares, a família homoafetiva.⁸¹

Para Maria Berenice Dias não há motivo, se não o preconceito, para que a Constituição, de maneira expressa, tenha regulado união estável somente entre homem e mulher. Alega que nenhuma espécie de vínculo que tenha como base o afeto deve ser mantida fora do *status* de família, todas são merecedoras da proteção

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p.155.

⁷⁹ Ibidem, p.156.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ MADALENO, Rolf, op. cit., p. 69.

do Estado, uma vez que a própria Constituição Federal consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade humana.⁸²

A homoafetividade não é uma doença e nem uma opção livre, e em nada se diferencia a convivência homossexual da união estável heterossexual. Fechar os olhos para a realidade não soluciona questões que surgem com o fim dessas relações⁸³

Assim, após inúmeras decisões judiciais atribuindo consequências jurídicas a essas relações, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecê-las como união estável, passando a ter os mesmos direitos e deveres da união estável heterossexual. Logo após essa decisão, a justiça passou a permitir a conversão dessa união estável para Casamento. De imediato, o Superior Tribunal de Justiça passou a permitir a habilitação para o casamento junto ao Registro Civil, sem ser preciso a formalização antecedente da união estável. Enfim, o Conselho Nacional de Justiça passou a reconhecer a união homoafetiva como união estável e a proibir a recusa do acesso ao casamento⁸⁴.

1.4 Modelos de Filiação: Ascendência Biológica e Socioafetiva

Segundo Silvio de Salvo Venosa todo ser humano possui pai e mãe. Mesmo que a criança nasça a partir de uma inseminação artificial ou por uma modalidade de fertilização assistida, não há meios de dispensa do progenitor e do doador, sendo sempre um homem e uma mulher, respectivamente, um pai e uma mãe, não podendo ser afastada a verdade científica, uma vez que a procriação é um aspecto natural.⁸⁵

Para o Direito, a filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, é a relação jurídica que liga o filho a seus pais⁸⁶. Sob uma ampla perspectiva, a filiação abarca todas as relações, e mutuamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais para com os filhos, abrangendo

⁸² DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 151.

⁸³ Idem.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. 14. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014, p. 231.

⁸⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 272.

assim o pátrio poder, hoje conhecido como poder familiar, em que os pais exercem “poder” sobre os filhos menores de 18 anos, assim como os direitos protetivos e assistenciais em geral.⁸⁷

No direito tradicional, vigente até meados do século XX, acreditava-se que a maternidade era sempre certa e suscetível de ser provada, enquanto que a paternidade sempre incerta e de difícil comprovação.⁸⁸

Maria Berenice Dias explana que a família constituída a partir do casamento era a única reconhecida pela sociedade e que era merecedora da proteção estatal, tanto que a mesma era intitulada como família legítima, na qual era desprezada a verdade biológica e se gerava uma paternidade jurídica. Ainda, para a biologia, somente é pai aquele que a partir de um ato sexual, fecunda uma mulher que passa a gerar uma criança e posteriormente dá à luz a mesma.⁸⁹

A necessidade da proteção da preservação do núcleo familiar (patrimônio da família) autorizava que os filhos fossem catalogados de forma desumana, sendo rotulados como legítimos, legitimados e ilegítimos, esse último sendo dividido em naturais ou espúrios. Tal classificação era utilizada para especificar se o filho foi ou não gerado dentro do casamento, ou seja, se os genitores eram ou não casados. Logo, a situação conjugal dos pais recaía sobre os filhos, lhes tirando o direito de identidade e o direito à sobrevivência⁹⁰.

Para Maria Berenice Dias negar a existência do filho ilegítimo era benéfico para o genitor, porém, a criança saía prejudicada, uma vez que a lei singelamente ignorava a existência da mesma. Ao negar sua existência, também lhe tiravam seus direitos, ou seja, puniam aqueles que não tinham culpa, e saudavam aqueles que infringiam os ditames legais.⁹¹

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu integral igualdade entre todos os filhos, sendo esses havidos dentro ou fora do casamento, antes denominados de legítimos ou ilegítimos, ou adotivos. Naquela época era relevante que se comprovasse a legitimidade do filho, uma vez que essa classificação acarretava diversas

⁸⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p. 231.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 407.

⁹⁰ Ibidem, p. 408.

⁹¹ Idem.

consequências tanto para o filho, quanto para o pai. Hoje, todos são denominados apenas como filhos, com iguais direitos e qualificações⁹².

Por falar em filiação, vale ressaltar que o planejamento familiar é livre, assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafo 7º, não sendo permitido que o Estado ou a sociedade imponha limites ou condições. O acesso aos meios de reprodução assistida também são assegurados pela Constituição Federal, uma vez que o planejamento familiar também está relacionado com a realização do sonho da maternidade/paternidade. Assim, todas as pessoas possuem direito fundamental a saúde sexual e reprodutiva, ou seja, cabe ao Estado garantir acesso a tratamentos de esterilidade e reprodução em casos de distúrbio da função reprodutiva⁹³.

Luis Edson Fachin explana que o sangue identifica o tronco ancestral e lacra, por linhas e graus, uma relação juridicamente expressiva que trama os laços integrantes da família. Por linha reta ou colateral, sendo parente próximo ou distante, o ancestral se projeta nas ramificações da descendência.⁹⁴

Acerca da filiação biológica, Maria Berenice Dias disserta que ainda nos dias de hoje, quando se fala em filiação e em reconhecimento de filiação, logo nos vem à cabeça a verdade genética. Em juízo sempre foi buscada a chamada verdade real, sendo sempre levada em consideração apenas a filiação por vínculo consanguíneo. Entretanto, alguns fenômenos deram fim ao princípio da origem biológica dos vínculos de paternidade, que a lei promove, a doutrina sempre amparou e a jurisprudência passa a acolher.⁹⁵

O primeiro passo para o fim do princípio da origem biológica dos vínculos de paternidade foi deixar de identificar como família apenas aquela constituída pelo casamento, a partir do momento em que a sociedade passou a reconhecer outras entidades familiares que não fossem apenas as matrimoniais, a afetividade passou a ganhar espaço, sendo reconhecida como elemento constitutivo da família. Essa evolução não se limitou apenas no âmbito da família, também se refletiu nas relações parentais, desligando de uma vez por todas o estado de filiação da verdade genética⁹⁶.

⁹² GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p.272-273.

⁹³ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 412.

⁹⁴ FACHIN, Luis Edson. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 219.

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 418.

⁹⁶ Ibidem, p.418-419.

Maria Berenice Dias descreve ainda que os marcadores científicos também produziram reflexos importantes nos vínculos parentais, pois, a possibilidade de identificar a filiação biológica a partir de um exame de DNA fez com que todos que não tiveram sua filiação reconhecida por ausência de prova retornassem ao judiciário a fim de buscar sua verdade biológica.⁹⁷

Por conseguinte houve a descoberta das técnicas de reprodução assistida, que trouxe consigo a possibilidade da gestação por substituição com uso de material genético de terceiros, pluralizando ainda mais o conceito de filiação.⁹⁸

Rolf Madaleno salienta que o Código Civil traz três situações a qual a presunção de paternidade é proveniente da reprodução assistida, sendo elas através de reprodução homologa, mesmo após a morte do marido, quando se tratar de embriões excedentes de concepção artificial eminente homologa, havidos a qualquer tempo e por meio da reprodução assistida heteróloga, quando existir autorização prévia do cônjuge. As técnicas de reprodução assistida são um avanço biotecnológico criado para contornar problemas de esterilidade e solucionar alguns de infertilidade.⁹⁹

Acontece que a verdade biológica passou a valer cada vez menos frente à verdade afetiva. Por muito tempo pai e genitor foram confundidos em uma figura única, hoje, é possível identificá-las em figuras distintas: pai é o que cria e o que dá amor, e genitor é somente o que gera.¹⁰⁰

Pablo Stolze e Pamplona Filho explicam que hoje vivemos em uma sociedade em que a importância da paternidade ou maternidade biológica não é maior que a importância da afetividade. Hoje, é muito mais valorada aquela relação, construída ao longo do tempo, por afeto, independente da relação genética.¹⁰¹

A filiação resultante da posse de estado de filho compõe uma nova modalidade de parentesco civil, de origem afetiva, prevista no artigo 1593 do Código Civil. Essa nova modalidade assegura direito a filiação, e traz a igualdade entre filhos biológicos e socioafetivos¹⁰².

⁹⁷ Ibidem, p. 419.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ MADALENO, Rolf, op. cit., p. 700.

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 419.

¹⁰¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p. 628-629.

¹⁰² DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 429.

Roberto Sesine Lisboa explica que a posse do estado de filiação deve ser reconhecida judicialmente para que se progrida ao registro civil por determinação do Poder Judiciário, sendo o reconhecimento voluntario ou forçado, porém, esta jamais poderá prevalecer sobre a certidão de nascimento regularmente elaborada, hipótese a qual se dará apenas ao interessado a adoção. O reconhecimento da posse do estado de filiação apenas é admitido em casos relacionados à proteção da relação mantida sob filiação socioafetiva.¹⁰³

Pai ou mãe afetivo é aquele que ocupa na vida do filho o lugar literal de pai ou mãe, ou seja, desempenha função paterna/materna, dando carinho, amor, abrigo, educação, se fazendo presente em todos os momentos, criando-se uma espécie de adoção de fato¹⁰⁴.

¹⁰³ LISBOA, Roberto Sesine. **Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 276.

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 429.

2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

2.1 Conceito

Acredita-se que as primeiras técnicas de reprodução assistida foram desenvolvidas em meados do século XIV em uma busca de cavalos mais fortes e resistentes realizada pelos árabes. Ainda assim, o primeiro registro científico de reprodução assistida se deu somente no ano de 1779, quando o italiano Lázaro Spalanzani inseminou uma cadela no cio, resultando no nascimento de três filhotes¹⁰⁵.

Em seres humanos, foi na década de 1970 que a inseminação artificial rendeu seu primeiro fruto, a inglesa Louise Broen, a partir da técnica de reprodução artificial *in vitro*. No Brasil a técnica foi utilizada com êxito apenas no ano de 1984¹⁰⁶.

Ainda no século anterior, a paternidade era clara, natural, tendo sua origem de um ato sexual, seguido da concepção e do nascimento. Esse fundamento mudou, mas a legislação ainda reproduz o antigo modelo¹⁰⁷.

Segundo Roberto Sesine Lisboa, a bioética é uma ciência que visa o melhoramento da qualidade de vida humana, tratando da proteção geral do meio ambiente ecologicamente equilibrado em relação ao controle de técnicas, métodos e substâncias que trazem risco a vida, segurança e saúde. Em questão das relações familiares, a bioética explana sobre a inseminação artificial e a utilização de embriões, problemas estes ligados a fertilização humana assistida.¹⁰⁸

Diversas técnicas surgiram a partir da evolução da bioética, o que nos faz questionarmos como poderia um sistema jurídico acompanhar as mudanças trazidas por ela, uma vez que a mesma estabelece a fixação de diretrizes a serem adotadas

¹⁰⁵ZANETTI, PollyannaThays. **O Conflito entre o Direito à Origem Genética e o Direito à Intimidade na Reprodução Assistida Heteróloga**. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/27ixgmd9/uqhlywul/4Jk0es0HE6NlxWmL.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2019, p.234.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 421.

¹⁰⁸ LISBOA, Roberto Sesine, op. cit., 2013, p. 290.

em função da evolução do conhecimento e da tecnologia, em que os limites podem ser fundamentados não apenas no direito, mas em qualquer ciência ética¹⁰⁹.

Para Maria Berenice Dias a evolução no campo da biotecnologia acabou gerando reflexos nas estruturas familiares, principalmente em face das técnicas de reprodução humana assistida, fazendo ruir todo o sistema de presunção de paternidade, maternidade e da filiação.¹¹⁰

Roberto Sesine Lisboa expõe que a Resolução 1.358 de 1992, do Conselho Federal de Medicina inseriu a reprodução humana assistida como uma forma acessória, secundária, devendo-se ser evitado à seleção da espécie. Ainda, que permitido apenas em caráter excepcional, desde que não traga qualquer risco à vida ou à saúde dos interessados e da provável prole, devendo o médico tomar consentimento dos seus pacientes sob pena da violação da boa-fé objetiva decorrente do negócio jurídico, em face do descumprimento do dever de informação.¹¹¹

Além disso, a Resolução 1.358 de 1992 proíbe a fecundação de oócitos se não para a reprodução humana. O número de oócitos e embriões introduzidos no corpo da mulher não pode ultrapassar a quantidade de quatro, sendo vedada a redução em casos de gravidez múltipla¹¹².

O atual Código Civil pouco se preocupou em relação à reprodução assistida e sua real dimensão, optando por remeter o assunto a uma legislação específica, o que, podemos dizer que não foi a melhor escolha, vez que estabeleceu a presunção de paternidade a partir da mesma, sem fixar normas jurídicas a serem seguidas¹¹³.

Para Carlos Roberto Gonçalves a inseminação artificial, também conhecida como adultério casto ou científico, malgrado opiniões contrárias de outros doutrinadores, se trata de um fato exclusivamente biológico, não pertencendo à sexualidade e sim a genitalidade, desvinculado da libido.¹¹⁴

A inseminação artificial teve seu avanço na ciência na década de 1940, com o congelamento do sêmen, vez que até então só era possível com a convocação do

¹⁰⁹ Ibidem, p. 290-291.

¹¹⁰ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 421.

¹¹¹ LISBOA, Roberto Sesine, op. cit., p. 291.

¹¹² Ibidem, p. 294.

¹¹³ Ibidem, p. 291.

¹¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit, p. 306.

doador um pouco antes da coleta fresca do esperma e sua imediata introdução no colo do útero¹¹⁵.

Rolf Madaleno explica que infertilidade e esterilidade não são sinônimos, sendo qualificadas como problema orgânico ou psicológico, podendo afetar homens e mulheres, impedindo a procriação. Para esses problemas, muitas vezes existem tratamentos, porém, quando não eficazes, a inseminação artificial se torna uma alternativa para contornar a impossibilidade de gerar um filho por meios convencionais. A inseminação se produz as margens da relação sexual, buscando a fecundação, surgida a partir da união do espermatozóide e do óvulo sem a existência do ato sexual.¹¹⁶

A fecundação e a inseminação são etapas distintas, sendo sempre um processo da natureza, apenas estimulada pela ciência através de um engenho instrumental, para que subseqüentemente seja gerada a fecundação. Daí o termo “artificial”. O fato de a concepção ter sido alcançada por meio da medicina, não muda o fato de que foi resultado da união de duas células reprodutivas, uma masculina e outra feminina, logo, podemos dizer que a filiação sempre se dará por obra da natureza¹¹⁷.

Maria Berenice Dias elucida que os procedimentos de fecundação assistida que envolve material genético de mais de duas pessoas, podem acontecer pelo desejo de todos de assumirem a parentalidade da prole concebida. Havendo consenso de todos, dependendo de reconhecimento judicial, há a possibilidade de constar no registro do filho o nome de todos os pais.¹¹⁸

Desta forma, podemos observar que as técnicas de reprodução assistida, em geral, são voltadas apenas a pessoas inférteis, permitindo a procriação daqueles que por algum motivo são estéreis, possibilitando assim, a continuação da linhagem e a realização do projeto parental¹¹⁹.

Acontece que esse conceito deve ser revisto, vê-se que a Resolução de nº2.121 do Conselho Nacional de Medicina assegura que a técnica deve ser realizada em

¹¹⁵ MADALENO, Rolf, op. cit., p.700.

¹¹⁶ Ibidem, p. 701.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 422.

¹¹⁹ ZANETTI, Pollyanna Thays, op. cit., loc. cit., p.236.

qualquer pessoa que a requerer e se encaixar aos limites do regulamento, podendo ser empregada inclusive em mulheres solteiras e casais homoafetivos¹²⁰.

Desta forma, podemos concluir que o conceito e reprodução humana assistida deverá ser ampliado para abranger toda técnica empregada por profissional médico competente, que visa facilitar ou possibilitar a procriação por homens e mulheres¹²¹.

2.2 Classificação

Maria Berenice Dias elucida que as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” nada mais são do que técnicas de reprodução assistida, utilizadas em substituição à concepção natural, quando há dificuldade ou impossibilidade de um ou de ambos os cônjuges de gerar um filho.¹²²

Roberto Sesine Lisboa define que a inseminação artificial é realizada a partir da introdução do sêmen na cavidade uterina, por métodos artificiais, podendo ser intracervical, intravaginal e intrauterina. A inseminação intracervical consiste no depósito do sêmen no colo do útero; a intravaginal consiste na introdução do material genético recolhido com uma seringa plástica diretamente na vagina; e a intrauterina é realizada mediante transferência do sêmen por meio de injeção no interior da cavidade do útero.¹²³

A inseminação artificial pode ser dividida em homóloga e heteróloga.

A inseminação artificial homóloga contém material genético provenientes de ambos os cônjuges interessados em gerar a prole, ou seja, usa o sêmen do próprio marido e o óvulo da própria mulher, não ocasionando dúvidas de que o filho gerado é filho havido do casamento, sendo indicada em casos de hipofertilidade, perturbações das relações sexuais e esterilidade secundária após tratamento esterilizante¹²⁴.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Idem.

¹²² DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 421.

¹²³ LISBOA, Roberto Sesine, op. cit., p. 295.

¹²⁴ Idem.

Maria Berenice Dias explica que a inseminação artificial homóloga não requer autorização do marido ou companheiro, considerando-se que a prole é dele, e que deve assumir todos os encargos provenientes do poder familiar.¹²⁵

O vínculo de paternidade é estabelecido mesmo após a morte do genitor, porém, quando falecido, a tendência é reconhecer que não se presume o consentimento do mesmo para a inseminação após sua morte. Neste caso, há a necessidade de prévia autorização para que a implantação do óvulo fecundado possa dar mesmo após o falecimento do marido ou companheiro, para que assim, a prole seja registrada em seu nome e tenha direitos sucessórios¹²⁶.

Maria Berenice Dias complementa que caso não haja a autorização expressa do genitor, em caso de falecimento, os embriões devem ser descartados, vez que não há a possibilidade de se presumir que alguém queira ser pai depois de morto, sendo necessário levar em conta o princípio da autonomia da vontade. Ainda, a viúva não tem o direito de exigir que a clínica lhe entregue o material genético fecundado que se encontra armazenado para que seja nela inseminado, vez que não se trata de bem objeto de herança.¹²⁷

Cabe ressaltar que a atual legislação não proíbe a inseminação *post mortem* e a Constituição Federal por sua vez consagra a igualdade entre os filhos. Logo, não há que se admitir que a legislação infraconstitucional delimite o direito da prole assim concebida, visto que essa restrição pune o afeto, o sonho de gerar um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno¹²⁸.

Destaca-se que há a possibilidade do filho havido através de inseminação artificial, mesmo não concebido, seja contemplado mediante testamento, basta que o mesmo nasça até dois anos após a abertura da sucessão¹²⁹.

Rolf Madaleno define que a inseminação artificial heteróloga é realizada de maneira na qual é utilizado o sêmen de um doador que não é o marido ou o companheiro, sendo indispensável o consentimento do parceiro para que ocorra o procedimento. Elucida que esse procedimento pode ocorrer de forma que sejam

¹²⁵ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 423.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Ibidem, p. 424.

¹²⁹ Idem.

utilizados tanto materiais genéticos cedidos por homens (sêmen) quanto por mulheres (óvulo), porém, o Código Civil dispõe apenas acerca da presunção da paternidade na utilização da inseminação artificial heteróloga.¹³⁰

Admitir o uso desse procedimento traz controversas na doutrina, pois argumenta que a prole será, na realidade, gerada a partir de uma fusão dos gametas de terceiro, o que poderia causar um desequilíbrio da estrutura básica do casamento, podendo se perder a função biológica e institucional¹³¹.

Roberto Sesine Lisboa traz que a inseminação artificial heteróloga introduz no seio familiar uma criança que não possui o patrimônio genético de um dos cônjuges ou companheiros, sendo esse procedimento indicado em casos de esterilidade masculina definitiva ou em razão de doenças hereditárias.¹³²

O fornecedor do material genético é afastado da paternidade, estabelecendo uma filiação legal, sendo obrigatório que se mantenha o sigilo quanto à identidade do doador e do receptor¹³³.

Rolf Madaleno acrescenta que o esperma do doador em regra é armazenado em banco de sêmen, e passará por uma verificação de sua qualidade antes de se fundir com o óvulo e acontecer à fecundação, havendo sempre o sigilo do doador, mas sendo fornecidas informações respeitantes ao porte físico, suas características morfológicas, como grupo sanguíneo, como a cor da pele, cor dos olhos e cabelos, informações essas cruciais aos donatários. O doador deve possuir a maior semelhança fenotípica e imunológica e a maior possibilidade de compatibilidade com a receptora.¹³⁴

O consentimento do marido ou companheiro não precisa ser escrito, só há a necessidade de ser prévia. A manifestação do marido ou companheiro revela, sem recuo, o desejo de ser pai, caracterizando uma adoção antenatal, não podendo jamais essa paternidade ser impugnada, vez que se trata de uma presunção absoluta de paternidade socioafetiva¹³⁵.

¹³⁰ MADALENO, Rolf, op. cit., p. 709.

¹³¹ LISBOA, Roberto Sesine, op. cit, p. 296.

¹³² Idem.

¹³³ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 425.

¹³⁴ MADALELO, Rolf, op. cit., p. 709.

¹³⁵ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 425.

Maria Berenice Dias traz que essa paternidade se constitui no início da gravidez, desde a concepção, configurando uma hipótese de paternidade responsável. Assim, se houvesse a possibilidade de impugnação, haveria uma paternidade incerta, devido o sigilo profissional do médico em relação ao doador, visto que de nada serve a prova da existência de vínculo consanguíneo, e sequer há a necessidade de se realizar um exame de DNA.¹³⁶

Após a implantação do óvulo fecundado não há a possibilidade de haver renúncia por parte do cônjuge ou companheiro. Porém, não há de se falar em autorização eterna, devendo levar em conta a hipótese de divórcio ou fim da união estável, ou seja, caso o casal venha a se separar, é necessário o reconhecimento da possibilidade de revogação do consentimento, contanto que isto ocorra antes da implantação do óvulo na mulher¹³⁷.

Rolf Madaleno deslinda que se o consentimento do cônjuge ou companheiro houver vício, ou se não existir consentimento, a reprodução será assemelhada a de uma mulher sozinha, cuja consequência é o não estabelecimento de vínculos de filiação paternos, não podendo ser falado em adultério, visto que para a configuração deste há a necessidade de conjunção carnal com terceiro.¹³⁸

Maria Berenice Dias relata que a possibilidade da presunção de paternidade mesmo após a morte do cônjuge ou companheiro na inseminação artificial heteróloga é um dos temas que tem gerado intermináveis discussões na doutrina. Há quem defenda que a mulher deve se manter no estado de viúva para se submeter ao procedimento de fecundação, sendo essa exigência absurda, visto que além de não trazer certeza de que a mulher não mantém relações sexuais com alguém, também é preconceituosa e desnecessária, em face da segurança que desfruta o exame de DNA.¹³⁹

O Enunciado das Jornadas de Direito Civil dispõe sobre a diferença de adoção e reprodução heteróloga, tendo em vista que ambas atribuem a condição de filho, mas na adoção há o desligamento do adotado com os parentes consanguíneos e na reprodução assistida sequer é estabelecido um laço de parentesco com o doador do

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ MADALENO, Rolf, op. cit., p. 711.

¹³⁹ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 425.

material genético. Não obstante, algumas das regras sobre a adoção cabem ser estendidas à reprodução assistida heteróloga¹⁴⁰.

Há muitos questionamentos sobre a obrigatoriedade do anonimato do doador, o que impede a prole de conhecer sua ascendência genética. Ainda não existe a possibilidade do fruto de reprodução assistida heteróloga propor ação de investigação de paternidade para identificar aquele que doou o material para sua fecundação e assim desvendar sua identidade genética, mesmo que o acolhimento dessa ação não tenha efeitos registrares¹⁴¹.

Maria Berenice Dias ressalta que o fato de não haver a possibilidade do conhecimento do doador do material genético, não impede o registro da prole no nome do cônjuge ou companheiro que consentiu com o procedimento.¹⁴²

Além da reprodução assistida homóloga e heteróloga, é válido citar a existência da gestação por substituição. Segundo Maria Berenice Dias a gestação por substituição também chamada de maternidade por substituição ou por sub-rogação, e nada mais é do que a conhecida barriga de aluguel. Porém, apesar do nome dado, é importante ressaltar que é expressamente vedada na Constituição Federal, em seu artigo 199, a comercialização de qualquer órgão, tecido ou substância. Também é vedado gerar um filho de outrem mediante pagamento.¹⁴³

Logo, a gestação por substituição se trata de um negócio jurídico de comportamento, abarcando para a “mãe de aluguel” obrigações de fazer ou não fazer, resultando com a obrigação de dar, que consiste na entrega do filho. Assim, como uma criança não pode ser objeto de contrato, o acordo seria nulo, por ilicitude do objeto. Tal ato também pode ser punido na esfera penal, que pune dar parto alheio como próprio e registrar como seu o filho de outrem¹⁴⁴.

Embora haja inúmeras vedações para a gestação por substituição, não há nenhuma restrição quanto a remunerar quem, ao fim e ao cabo, presta um serviço a outrem, serviço esse integral, de durabilidade de nove meses, que acarreta

¹⁴⁰Ibidem, p.426.

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ Idem.

dificuldades e limitações. De qualquer modo, nunca houve questionamento pelo fato do procedimento de inseminação ser pago, e muito bem pago¹⁴⁵.

Segundo Maria Berenice Dias a Resolução do Conselho Regional de Medicina reconhece a concessão temporária do útero, sem fins lucrativos, desde que por parentes até quarto grau. Apesar de não haver expressamente na norma reguladora, também é permitido que parentes por afinidade, cunhada ou sogra, fazer a cessão do útero.¹⁴⁶

Rolf Madaleno complementa que alguns Conselhos Regionais de Medicina, como o de São Paulo, vêm autorizando a substituição uterina por cedentes que não sejam necessariamente parentes da mãe biológica, até por que há casos em que a autora do projeto maternal nem ao menos é doadora dos óvulos, sendo esses providos de terceiro, como por igual, juízes do Rio Grande do Sul têm aceitado que amigas próximas cedam seu útero temporariamente.¹⁴⁷

Existem duas modalidades de mães de substituição, sendo de útero ou de substituição. A primeira modalidade, chamada de mãe portadora, é cedido apenas o útero, recepcionando os embriões do casal que almeja o filho, ou recepcionando o óvulo de uma doadora anônima, na chamada ovodoação. A segunda modalidade, chamada de mãe de substituição, não é cedido apenas o útero como também poderá ceder seus óvulos, sendo inseminado com o esperma do marido ou companheiro da mulher infértil, assumindo o compromisso de dar à luz a criança e entregá-la ao casal que assumirá a filiação, renunciando a maternidade genética e gestante¹⁴⁸.

Para Maria Berenice Dias, a possibilidade da gestação por substituição faz cair por terra à presunção “*matersemper certa est*”, ou seja, “a mãe é sempre certa”, que é determinada a partir da gravidez e do parto. Consequentemente, também é eliminada a presunção “*pater est*”, ou seja, que o pai é marido da mãe. Deste modo, quem dará à luz a criança não será uma mãe biológica, e como o filho não carregará sua carga genética, a mesma poderá ser considerada, na classificação legal, como mãe civil.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 426-427.

¹⁴⁷ MADALENO, Rolf, op. cit., p. 713.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 712.

¹⁴⁹ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 427.

Ainda que seja a mãe gestacional que receba a Declaração de Nascido Vivo (DNV) na hipótese de gestação por substituição, o registro de nascimento poderá ser feito no nome de quem almejou o filho, mesmo em casos em que ambos não sejam pais biológicos¹⁵⁰.

Maria Berenice Dias salienta que no caso de mulheres homossexuais não há que se dizer em gestação por substituição, mas em dupla maternidade, cujo registro de nascimento pode ser requerido no nome de ambas diretamente junto ao Cartório de Registro Civil. O Conselho Nacional de Justiça expediu provimento assegurando este direito e vedando aos oficiais do Registro Civil de se negarem a realizar o registro nesses casos.¹⁵¹

2.3 Legislação

Para Pollyanna Thays Zanetti o Brasil é extremamente desvalido na questão de legislação específica que regulamente a reprodução assistida em nosso ordenamento jurídico, se restringindo apenas no Código Civil, em seu artigo 1597.¹⁵²

Para Rolf Madaleno o legislador deixou de abordar os maiores avanços da biogenética, vez que deixou de legislar sobre o problema dos embriões utilizados e o tempo de seu armazenamento, assim como o destino dos embriões excedentes quando os pais não os quiserem mais e a locação do útero, não descartando a crítica de que o Código Civil já nasceu defasado, por não tratar sobre os direitos do nascituro fertilizado *in vitro*.¹⁵³

De fato a abordagem do Código Civil em relação à reprodução humana assistida é superficial, tratando apenas da filiação conjugal presumida, sendo a normatização da matéria estabelecida por leis especiais, vez que as mudanças nessa seara contínua de descobertas no campo da engenharia genética são constantes e dinâmicas¹⁵⁴.

Inexistindo uma legislação que trate sobre o tema, o Conselho Federal de Medicina se viu obrigado a criar regras básicas para delimitar o tema, através da

¹⁵⁰Idem.

¹⁵¹ Idem.

¹⁵²ZANETTI, PollyannaThays, op. cit., loc. cit., p. 236-237.

¹⁵³ MADALENO, Rolf, op. cit., p. 702.

¹⁵⁴ Idem.

Resolução 2121/2015, como por exemplo, a idade máxima das candidatas a gestação, o direito ao anonimato do doador e o limite máximo de gestações pela técnica em uma área de um milhão de habitantes. Contudo, o Conselho Federal de Medicina se trata de um órgão administrativo, portanto, não lhe cabe a função legislativa, de modo que suas resoluções só podem vincular a classe médica, e não os cidadãos que não exercem a medicina¹⁵⁵.

Por o Conselho Federal de Medicina se exceder e regulamentar sobre temas que não lhe cabe, afrontando o direito assegurado pela Constituição Federal do livre planejamento familiar, ao tratar de disposições que não vincula apenas a classe médica e sim a todos os cidadãos, como prever a idade máxima de cinquenta anos para uma possível gestação através da técnica de inseminação artificial; a idade máxima para a doação de material genético; estabelecer a quantidade máxima de óocitos e embriões transferidos para a receptora de acordo com a idade da mesma e o descarte de embriões criopreservados a mais de cinco anos pela vontade dos pacientes, o Ministério Público Federal de Goiás propôs uma Ação Civil Pública¹⁵⁶ em face do Conselho Federal de Medicina para que fosse, a já revogada, Resolução nº2013/2013 declarada inconstitucional, além de proibir o Conselho Federal de Medicina de editar qualquer norma que ultrapasse sua competência regulamentar¹⁵⁷.

Ocorre que, o Juiz da 7ª Vara Federal de Goiânia, Dr. Mark Yshida Brandão, por entender que a via da Ação Civil Pública era inapropriada para tratar do tema, extinguiu a mesma sem julgamento do mérito, estando o caso pendente de julgamento de recurso de apelação desde março de 2014 no Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

PollyannaThays Zanetti explica que por não ter havido a declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, sua sucessora, Resolução nº2121/2015, atualmente em vigor, manteve todos os dispositivos questionados na referida ação.¹⁵⁸

¹⁵⁵ZANETTI, PollyannaThays, op. cit., loc. cit., p.237.

¹⁵⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Processo: 013853-33.2013.4.01.3500. 7ª Vara Federal de Goiânia. Ação Civil Pública. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Goiânia, 05 jun. 2013. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=138533320134013500&secao=JFGO>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

¹⁵⁷ZANETTI, PollyannaThays, op. cit., loc. cit., p.237.

¹⁵⁸Ibidem, p. 238.

Importante salientar que, na tentativa de regulamentar a reprodução humana assistida, tramitam perante o Congresso Nacional alguns projetos de lei, como por exemplo, o PL n° 1184/2003, de autoria do Senador Lúcio Alcântara. O referido projeto de lei traz previsão sobre a identidade do doador, expõe que aqueles nascidos por meio de processo de reprodução humana assistida terão acesso, a qualquer tempo, a todas as informações sobre o processo que te deu origem, inclusive a identidade civil do doador, obrigando o serviço de saúde responsável pela inseminação a fornecer as informações solicitadas, porém, mantendo os segredos profissionais e de justiça. O PL n° 1184/2003 aguarda parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)¹⁵⁹.

Outros projetos de lei como o PL n°120/2003 e o 4686/2004 também garantem ao indivíduo gerado através de reprodução humana assistida o direito de conhecer a identidade civil do doador do material genético¹⁶⁰.

Outros dois projetos mais atuais, o PL n°4892/2012 e o PL n°115/2015, propõem o sigilo do doador e o conhecimento da origem biológica, através de autorização judicial, para fins de preservação da vida e da saúde do indivíduo nascidos por meio da técnica de reprodução humana assistida¹⁶¹.

Pollyanna Thays Zanetti explana que no ano de 2016, a autorização judicial para registro do filho nascido através da reprodução assistida era indispensável, dessa forma, com intenção de resolver a questão, o Conselho Nacional de Justiça editou o provimento n°52/2016, que trouxe em seu artigo 2°, inciso II, a seguinte redação:¹⁶²

Art. 2º. É indispensável, para fins de registro e da emissão da certidão de nascimento,

a apresentação dos seguintes documentos:

[...]

II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando a técnica adotada, o nome do doador ou doadora, com registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas, assim como o nome de seus beneficiários;¹⁶³

¹⁵⁹Idem.

¹⁶⁰Idem.

¹⁶¹Idem.

¹⁶²Ibidem, p. 239.

¹⁶³BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Provimento n° 52/2016. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em

Em um parecer¹⁶⁴, a advogada Débora Gozzo elabora críticas sobre tal provimento, acerca da quebra do sigilo entre médico e doador, afirmando que a resolução obriga o médico a revelar a identidade civil do doador, o que é proibido pela Resolução nº2121/2015 do Conselho Nacional de Medicina. Ainda, atesta que embora seja competência do Conselho Nacional de Justiça editar normas referentes ao registro público, nesse caso, o mesmo se excedeu ao legislar sobre a matéria que é de competência do Poder Legislativo da União. Por fim, expõe que o provimento não distingue doações passadas e futuras, abrangendo tanto as inseminações ocorridas antes de sua entrada em vigor quanto depois, o que não é admitido em matéria de direito civil, podendo apenas a lei penal retroagir no tempo em benefício do réu.

2.4 Direito Comparado: Código Civil Argentino

Diferente do Brasil, a Argentina trata a filiação mediante técnica de reprodução assistida em seu atual Código Civil (Ley nº 26.994/2014), determinando em seu artigo 55 que a filiação pode ter lugar pela natureza, através da adoção ou da técnica de reprodução humana assistida, regulando as regras gerais referentes à filiação através de intervenção médica nos artigos 560 a 564¹⁶⁵.

Sarah Abreu Coxir et al. explicam que até o ano de 2013 a Argentina não possuía uma lei de nível federal que regulasse a Reprodução Humana Assistida no país. Contudo, a província de Buenos Aires já possuía regulamentação, a Lei nº14.208, aprovada no fim do ano de 2010. Tal Lei, a primeira em nível provincial a legislar sobre esse tema na Argentina, era muito restritiva, delimitando o acesso ao tratamento apenas a casais, e permitindo apenas técnicas de reprodução homóloga.¹⁶⁶

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

¹⁶⁴GOZZO, Débora. Comissão de estudos de direito de família e das sucessões. Instituto dos Advogados de São Paulo, 2016. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-iasp-reproducao-assistida.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

¹⁶⁵ MADALENO, Rolf., op. cit., p.702.

¹⁶⁶COXIR, Sarah Abreu et al. Estudo das regulamentações de reprodução humana assistida no Brasil, Chile, Uruguai e na Argentina. **Reprodução e Climatério**, São Paulo, v.29, p. 27-31, jan.- abr. 2014, p. 30.

No ano de 2013, em 23 de julho, entrou em vigor a Lei nº26.862, atualmente vigente em todo o território argentino, lei essa que tem como objetivo garantir acesso integral aos procedimentos e técnicas médicas da Reprodução Assistida¹⁶⁷

Sarah Abreu Coxir et al. expõem que os principais pontos da Lei nº26.862 são o acesso gratuito aos procedimentos médicos para todos os cidadãos, sejam eles casais heterossexuais ou homossexuais, ou ainda pessoas solteiras que possuam algum problema de saúde, o sistema de saúde pública cobrirá todo argentino e todo habitante que tenha residência definitiva na Argentina, não tendo limite de idade para tal procedimento. Em situações de reprodução medicamente assistidas que necessitem de materiais genéticos doados, esses deverão ser provenientes de bancos de embriões ou gametas devidamente inscritos no Registro Federal de Estabelecimentos de Saúde do Ministério da Saúde, a doação nunca terá caráter lucrativo e comercial. Por fim, estão incluídos na cobertura desse artigo os serviços de preservação de gametas ou tecidos reprodutivos que tem como destino aquelas pessoas que não podem concluir uma gestação, incluindo os menores de 18 anos, que por motivo de saúde, tratamento médico ou intervenções cirúrgicas que possam gerar o comprometimento da capacidade de procriar.¹⁶⁸

Se comparada com a antiga lei da provincia de Buenos Aires, a nova lei de Reprodução Humana Assistida da Argentina é um projeto avançado, vez que não necessita de comprovação de infertilidade dos receptores, assim como não necessita que os receptores estejam em um relacionamento, não discrimina sexo ou idade, disponibilizando técnicas de alta complexidade e novos procedimentos e técnicas desenvolvidas mediante avanços técnico-científicos quando forem autorizados pelo Ministério da Saúde¹⁶⁹.

¹⁶⁷Idem.

¹⁶⁸Idem.

¹⁶⁹Idem.

3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

3.1 Paternidade e Maternidade Socioafetiva na Reprodução Assistida

Heteróloga

O Código Civil traz em seu artigo 1597, incisos III, IV e V, três hipóteses de filiação proveniente da reprodução assistida, fazendo uso da técnica da fecundação artificial homologa, mesmo com o genitor já falecido; presumindo-se filho aqueles gerados a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentes de concepção artificial eminentemente homóloga, e os filhos havidos através da técnica de fecundação artificial heteróloga, quando existir prévia autorização do marido¹⁷⁰.

Segundo TychoBrahe as técnicas de reprodução assistida são avanços biotecnológicos criados para sítar problemas de esterilidade, e acabar com alguns problemas de infertilidade.¹⁷¹

Para Maria Berenice Dias os avanços tecnológicos na questão da reprodução assistida fez derrocar todo o sistema de presunções de paternidade, da maternidade e da filiação. Essas técnicas são utilizadas a fim de substituir os métodos naturais, quando há dificuldade ou impossibilidade no processo natural, permitindo a geração da vida, independente do ato sexual, por meio de método científico, artificial ou técnico.¹⁷²

Sucintamente, a reprodução assistida pode ser realizada de maneira homologa ou heteróloga, isto é, utilizando-se do material genético do próprio casal através da fecundação *in vitro*, ou, utilizando material genético de um doador anônimo, com o consentimento prévio do pai, assim respectivamente¹⁷³.

Ressalta-se que a prática de reprodução assistida pode ser utilizada por casais homossexuais sem a exigência de comprovação de esterilidade, uma vez que a

¹⁷⁰ MADALENO, Rolf, op. cit., p.700.

¹⁷¹FERNANDES, TychoBrahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: Aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 52.

¹⁷²DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito...**, op. cit., p. 421.

¹⁷³Ibidem, p.422.

infertilidade já decorre da própria orientação sexual do casal, admitindo-se também o duplo registro da criança¹⁷⁴.

Maria Berenice Dias explica que ao contrário das demais hipóteses de reprodução assistida, na fecundação heteróloga gera a presunção *juris et de jure*, ou seja, de direito e por direito, pois a filiação não pode ser contestada uma vez que houve consentimento do marido, trata-se de uma presunção absoluta de paternidade socioafetiva.¹⁷⁵

Aquele que consente com a reprodução assistida heteróloga não tem direito de impugnar, tendo a paternidade socioafetiva estabelecida desde a concepção, logo no início da gravidez. Ocorre que se fosse permitida a impugnação, pelo segredo médico e o direito ao anonimato do doador, a paternidade seria algo incerto. Por esse motivo, em caso da reprodução heteróloga, de nada adianta a prova da inexistência do vínculo consanguíneo e o exame de DNA se fora consentida¹⁷⁶.

Após a inserção do óvulo, não cabe retratação do consentimento, uma vez que a gestação já está ocorrendo. Porém, esse consentimento tem duração definida, pois se considera o fim do casamento ou da união estável, e, nesses casos é necessário que haja a hipótese de revogação do consentimento, desde que feita antes da implantação do embrião¹⁷⁷.

Maria Berenice Dias discorre que a presunção da paternidade persiste mesmo após a morte do marido, resguardada no artigo 1597, inciso II do Código Civil. Ocorre que a tal situação tem gerado inúmeras discussões na doutrina, havendo inclusive apontamentos de que a mulher teria que se manter como viúva para submeter-se ao procedimento, o que seria uma exigência absurda, uma vez que não há como ter certeza que a mesma não teria relações sexuais com alguém, além de que, seria extremamente preconceituoso e desnecessário, em face da segurança que desfruta o exame de DNA.¹⁷⁸

Embora muitos doutrinadores acreditem que existe uma paternidade/maternidade socioafetiva na reprodução assistida heteróloga, podemos

¹⁷⁴Idem.

¹⁷⁵Ibidem, p. 425.

¹⁷⁶Idem.

¹⁷⁷Idem.

¹⁷⁸Idem.

batizá-la também como uma paternidade/maternidade afetiva-real, isto é, são os laços de afeto que se encontram na real paternidade, é o amor, a amizade, o companheirismo e o apoio que estabelece a paternidade/maternidade.

Para Adelita de Cássia Lemes a paternidade/maternidade biológica não tem qualquer valor diante do vínculo afetivo entre a criança e aquele que dá amor e carinho, cuida e participa de sua vida. O afeto tem valor jurídico, logo, na medida em que é reconhecido a paternidade/maternidade pelo afeto, a posse de estado de filho poderá entrar em conflito com a presunção *pateris est*, isto é, que atribui ao marido a paternidade do filho concebido durante o casamento. No conflito entre a lei e o fato, deve prevalecer o afeto.¹⁷⁹

Adelita de Cássia Lemes complementa que pai/mãe afetivo é aquele que ocupa na vida da criança o lugar real de pai/mãe, desempenhando tal função. É uma espécie de adoção de fato, que ao dar amor, carinho e proteção a criança expõem o foro mínimo de filiação, apresentando em todos os momentos da vida do filho.¹⁸⁰

Podemos dizer que afeto é à base da formação humana, adequando o ser humano ao meio social, nascendo da convivência. O afeto também faz com que a vida familiar seja vivida de maneira mais intensa, em que cada integrante tem participação integral na felicidade do outro. Não há que se falar em paternidade/maternidade, biológica ou não, sem se falar em afeto, vez que somente o laço consanguíneo não une famílias, não cria qualquer relação¹⁸¹.

Ainda, o afeto é uma forma de concretizar a dignidade da pessoa humana, vez que o princípio da afetividade está diretamente relacionado a convivência familiar, na constância de comunhão de vida e o dos vínculos afetivos, objetivando acima de tudo o bem estar pessoal, tendo em vista que o afeto é um sentimento espontâneo, desprovido de interesses, que constitui o vínculo familiar¹⁸².

¹⁷⁹LEMES, Adelita de Cássia. A Relevância da Paternidade Socioafetiva Sobre a Paternidade Meramente Biológica ou Registral. In: **Âmbito Jurídico**, 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/a-relevancia-da-paternidade-socioafetiva-sobre-a-paternidade-meramente-biologica-ou-registral/>>. Acesso em: 23 set. 2019.

¹⁸⁰Idem.

¹⁸¹Idem.

¹⁸²Idem.

3.2 Os Direitos Fundamentais

Segundo Nathalie Carvalho Cândido, os direitos fundamentais são direitos que tem por objetivo zelar pela manutenção da vida humana de forma digna e livre. Atualmente, os direitos fundamentais resguardados pelas inúmeras constituições do mundo têm como base a Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948), a qual se deu pelos esforços das Organizações das Nações Unidas (ONU).¹⁸³

De acordo com Fábio Konder Comparato, citado por Leandro Sousa Bessa, os direitos fundamentais são direitos humanos, assim reconhecidos por autoridades a quem competem editar normas. Esses mesmos direitos não ficam estagnados no tempo, e por esse motivo são classificados em quatro gerações de acordo com sua abrangência de proteção.¹⁸⁴

Para o Ministro Celso de Mello, citado por Alexandre de Moraes, os direitos de primeira geração estão relacionados aos direitos civis e políticos, abrangendo as liberdades clássicas, negativas ou formais. Os direitos de segunda geração tratam de direitos econômicos, sociais e culturais, que abarcam as liberdades positivas, concretas e reais. Os de terceira geração dedicam-se aos poderes de titularidade coletiva atribuídos de modo geral a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade constituindo assim um importante processo de desenvolvimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis.¹⁸⁵ Por fim, a quarta geração dos direitos fundamentais, segundo Severo Hrynieswicz e Regina Fiúza Sauwen está diretamente relacionada aos direitos que tem por finalidade regulamentar os efeitos da revolução biotecnológica sobre a sociedade.¹⁸⁶

O ordenamento jurídico brasileiro abarca inúmeros direitos humanos, assegurados constitucionalmente, reconhecidos como direitos fundamentais como

¹⁸³CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. Os direitos fundamentais e as técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga. In: **DireitoNet**, 2007. Disponível em:

<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3672/Os-Direitos-Fundamentais-e-as-Tecnicas-de-Reproducao-Medicamente-Assistida-Heterologa>>. Acesso em: 4 set. 2019.

¹⁸⁴BESSA, Leandro Sousa. **Colisões de Direitos Fundamentais: Propostas de Solução**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/125.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2019

¹⁸⁵MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas S/A, 2002, p. 59.

¹⁸⁶HRYNIESWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiúza. **O direito "in vitro": da bioética ao biodireito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 74.

forma de proteção ao princípio da dignidade humana, inclusive os de quarta geração, que protege aqueles envolvidos em procedimentos biotecnológicos, como por exemplo, aqueles nascidos através de reprodução humana assistida¹⁸⁷.

3.3 Direito à Intimidade e Direito ao Conhecimento da Ascendência Genética

Segundo Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira o direito a intimidade e o direito da ascendência genética são direitos fundamentais assegurados pelo nosso ordenamento jurídico. São direitos fundamentais por serem direitos humanos que o legislador admitiu em nosso ordenamento, e direitos de personalidade pois são atribuídos ao ser humano despido de seu tipo social.¹⁸⁸

O direito a intimidade é aquele que protege o doador do material genético na reprodução humana assistida heteróloga, assentado na Resolução nº1.358 do Conselho Federal de Medicina e previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X¹⁸⁹. Edson Ferreira da Silva, aludido por RuiStoco, conceitua o direito a intimidade como poder jurídico de suprimir do conhecimento alheio e omitir qualquer divulgação de aspecto sobre nossa existência que, de acordo com os valores sociais da atualidade interessa manter em sigilo.¹⁹⁰

Adriano de Cupis, mencionado por René Ariel Dotti, divide o direito o conteúdo do direito a intimidade em cinco grupos, o direito à honra e à reserva, direito a vida e à integridade física, direito à liberdade, direito moral e direito à identidade pessoal.¹⁹¹ Para José Roberto Neves Amorim em um apanhado geral da intimidade, os segredos de cada pessoa devem continuar em sigilo até que ela decida divulgá-lo ou autorize sua divulgação. Na esfera privada, dentro da família, do lar, o sigilo tem caráter personalíssimo, sendo a divulgação e o uso de confidencias ato de intromissão. Todos

¹⁸⁷ CÂNDIDO, Nathalie Carvalho, op. cit., loc. cit.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de. Genoma humano, direito à intimidade e novo código civil: problemas e soluções. **Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da PUC-RS**. Porto Alegre, v. 29, p.111-124, 2004, p. 115.

¹⁸⁹ CÂNDIDO, Nathalie Carvalho, op. cit., loc. cit.

¹⁹⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.1641.

¹⁹¹ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**: possibilidades e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 24.

possuem o direito de guardar sigilo sobre o conhecimento de fatos pessoais e íntimos.¹⁹²

Logo, compreende-se que o doador de material genético é possuidor do direito de sigilo, isto é, de forma que outras pessoas não obtenham conhecimento sobre esse fato¹⁹³.

Se por um lado é defendido o direito ao sigilo do doador na técnica de reprodução assistida heteróloga, por outro lado também se defende o direito do ser gerado em conhecer suas origens genéticas¹⁹⁴.

Alguns autores defendem o direito ao conhecimento das origens genéticas com base no princípio da dignidade da pessoa humana, como Belmiro Pedro Welterque afirma que o ser gerado ou os pais, em qualquer hipótese, investigar e/ou negar a paternidade/maternidade biológica, vez que lhes são assegurados os direitos de cidadania e de dignidade da pessoa humana.¹⁹⁵ Contudo, como explica Nathalie Carvalho Cândido, o direito do doador também é assegurado pelo mesmo princípio, visto que o direito a intimidade se trata de uma ampliação dos direitos fundamentais que existe justamente para assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁹⁶

Compreende-se também que o direito ao conhecimento da ascendência genética advém da Constituição Federal, em seu artigo 227, §6º, que prevê que todos os filhos terão direitos e qualificações iguais, logo, é devido ao ser gerado através da reprodução humana assistida heteróloga o direito ao conhecimento de suas raízes genéticas, da mesma forma que indivíduos nascidos através de relações sexuais têm esse direito de conhecimento.¹⁹⁷

Ticho Brahe Fernandes, apontado por José Roberto Moreira Filho, no mesmo sentido, explana que:

Ao se negar a possibilidade do aforamento de ação investigatória por criança concebida por meio de uma das técnicas de reprodução assistida, em

¹⁹²AMORIM, José Roberto Neves. **Direito sobre a história da própria vida**. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigosc/amorim_direito.doc>. Acesso em: 20 jul. 2019.

¹⁹³CÂNDIDO, Nathalie Carvalho, op. cit., loc. cit.

¹⁹⁴Idem.

¹⁹⁵WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 229.

¹⁹⁶CÂNDIDO, Nathalie Carvalho, op. cit., loc. cit.

¹⁹⁷Idem.

inaceitável discriminação se estará negando a ela o direito que é reconhecido à outra criança, nascida de relações sexuais.¹⁹⁸

Alguns autores defendem inclusive que o direito ao conhecimento das origens genéticas também está ligado ao direito de personalidade, tanto em relação ao direito a vida quanto ao direito a identidade. Com relação ao direito a integridade física e a vida, deve ser considerado o desenvolvimento da medicina em relação ao reconhecimento e cura de doenças genéticas pela análise da ascendência genética¹⁹⁹. Assim, explica Paulo Lôbo que o objeto da tutela do direito a aqueles gerados através da reprodução humana assistida é assegurar o direito a personalidade, na condição direito à vida, vez que estudos da atualidade apontam a importância do indivíduo saber o histórico de saúde se seus ascendentes para que assim possam prevenir doenças genéticas e assim melhor zelar pela sua própria vida.²⁰⁰

Em relação ao direito à identidade, Marcílio José da Cunha Neto, mencionado por Nathalie Carvalho Cândido, afirma que ao filho é reservado o direito de conhecer o doador de seu material genético, como direito intrínseco à sua personalidade. Essa reserva se dá por se tratar de um direito personalíssimo, e conseqüentemente, impassível de empecilho.²⁰¹

Logo, podemos verificar que ambos os direitos, seja o do ser gerado, seja o do doador, estão assegurados no texto constitucional, tratando-se de uma colisão entre direitos fundamentais²⁰².

¹⁹⁸MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2744/direito-a-identidade-genetica>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

¹⁹⁹CÂNDIDO, Nathalie Carvalho, op. cit., loc. cit.

²⁰⁰LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4752>>. Acesso em: 11 set. 2019.

²⁰¹CÂNDIDO, Nathalie Carvalho, op. cit., loc. cit.

²⁰²Idem.

3.4 A Colisão de Direitos Fundamentais

O direito tem como base normas que são divididas em princípios e regras, sendo os princípios considerados “vigas mestras” do nosso ordenamento jurídico²⁰³.

Segundo Mello referenciado por Judicael Sudário de Pinho:

[...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.²⁰⁴

Os princípios são normas mais genéricas do que as regras, vez que não tratam de um fato específico²⁰⁵. Mas, para Judicael Sudário de Pinho devem ser interpretados como uma opção pelo o favorecimento de determinado valor, devem ser levados em conta na apreciação jurídica de inúmeros fatos e situações jurídicas possíveis.²⁰⁶

Nathalie Carvalho Cândido explica que essa abstração maior em relação aos princípios tem extrema relevância na solução de conflitos, isso porque, caso exista regras contrárias, verifica-se uma antinomia sanável a partir do critério de especialidade, hierarquia, antiguidade, etc, em uma excluirá a outra, enquanto que, no caso de vir a existir dois princípios opostos, não se pode usar o mesmo método, vez que são gerais, não obedecem a uma hierarquia e surgem a qualquer tempo, por atuação do constituinte originário.²⁰⁷

Conforme elucida José Joaquim Gomes Canotilho em caso de conflito entre princípios os mesmos podem ser ponderados, pois possuem apenas “exigências” que devem ser cumpridas. Já as regras possuem fixações normativas permanentes, tornando impossível a validade de regras contraditórias.²⁰⁸

No caso dos direitos fundamentais, embora não se trate de princípios, a solução de conflito deve ser aplicada da mesma forma, vez que tem como objetivo assegurar

²⁰³Idem.

²⁰⁴PINHO, Judicael Sudário de. **Apostila de Direito Constitucional**. UNIFOR. Fortaleza, 12 ago. 2002, p. 68.

²⁰⁵ CÂNDIDO, Nathalie Carvalho, op. cit., loc. cit.

²⁰⁶PINHO, Judicael Sudário de, op. cit., p. 69.

²⁰⁷CÂNDIDO, Nathalie Carvalho, op. cit., loc. cit.

²⁰⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 168.

os valores dignidade e liberdade a vida humana, assim, não sendo possível sua exclusão em caso de conflito. Salienta-se que assim como os princípios, os direitos fundamentais são normas genéricas, não havendo contrariedade em caso de colisão, isto é, um direito não é contrário do outro, apenas se diferem no caso concreto²⁰⁹.

Edílson Pereira de Farias explica que os princípios têm como objetivo a solução de conflitos e colisões de normas corriqueiras no ordenamento jurídico, por motivo da ampliação dos direitos fundamentais e outros valores constitucionais essenciais, ambos possuidores de caráter de princípios.²¹⁰

Caso haja conflito entre os direitos fundamentais, há a possibilidade de utilizarmos três princípios para verificar qual direito deve prevalecer: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da unicidade da constituição e da concordância prática e o princípio da proporcionalidade²¹¹. Com a aplicação do princípio da unicidade da constituição podemos distinguir qual dos direitos em conflito deve permanecer, sendo que o escolhido para o caso deve ter como objetivo harmonizar o texto constitucional²¹².

Edílson Pereira de Farias explana que ao aplicarmos o princípio da concordância prática, os direitos fundamentais e valores constitucionais devem ser harmonizados através de juízo de ponderação que almeje preservar e executar os direitos e bens protegidos pela nossa Constituição Federal.²¹³

Será aplicado o princípio da proporcionalidade a fim de definir qual dos princípios deve ser utilizado, visando sempre o objetivo a ser alcançado, isto é, um direito é afastado quando há outro que se adapta melhor a situação e protege um bem superior²¹⁴.

Por fim, Nathalie Carvalho Cândido esclarece que quando não houver meios que possibilitem a solução de conflito através da interpretação harmônica da Constituição e pela apreciação dos direitos fundamentais, invoca-se o princípio da dignidade da pessoa humana, vez que o direito fundamental deve se sobrepor, ou

²⁰⁹ CÂNDIDO, Nathalie Carvalho, op. cit., loc. cit.

²¹⁰ FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996, p. 41.

²¹¹ BESSA, Leandro Sousa, op. cit., loc. cit.

²¹² CÂNDIDO, Nathalie Carvalho, op. cit., loc. cit.

²¹³ FARIAS, Edílson Pereira de, op. cit., p. 98.

²¹⁴ CÂNDIDO, Nathalie Carvalho, op. cit.,

seja, como os direitos fundamentais têm como finalidade a proteção da dignidade humana, deverá prevalecer aquele que em maior grau defenda este princípio.²¹⁵

3.5 Princípio da Dignidade Humana Como Forma de Solução de Conflitos

Segundo Severo Hrynieswicz e Regina Fiúza Sauwena pessoa humana é a principal razão de ser do ordenamento jurídico, sendo um “valor absoluto”, vez que é dotada de racionalidade, espiritualidade e superioridade física em relação aos outros seres. Pelo valor da pessoa humana ser a causa da existência de um ordenamento jurídico, podemos dizer que as normas existam em prol da pessoa, a serviço da humanidade e sua dignidade, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana a tradução jurídica do valor da pessoa humana.²¹⁶

É o princípio da dignidade humana que dá sentido aos direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal, tendo suma importância na solução de conflitos dos mesmos²¹⁷. Para Edílson Pereira de Farias o princípio da dignidade humana satisfaz um relevante dever constitucional: o de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, dando unicidade e coerência aos mesmos, sendo especificado e densificado na Constituição Federal.²¹⁸

Assim, Nathalie Carvalho Cândido explica que quando há conflito entre direitos fundamentais, quando o âmbito de proteção de um invade o âmbito de proteção do outro, a melhor forma de solução é a análise de qual direito tem maior zelo pela dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais não são normas passíveis de exclusão, não apenas por serem equiparados aos princípios, mas por se tratarem de cláusulas pétreas, todavia, os mesmos podem ser objeto de ponderação em caso de conflito.²¹⁹

No caso da reprodução humana assistida heteróloga, para solucionar a colisão de direitos existentes a fim de definir se o interesse que deve prevalecer é do ser

²¹⁵Idem.

²¹⁶HRYNIESWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiúza, op. cit., p. 61.

²¹⁷CÂNDIDO, Nathalie Carvalho, op. cit., loc. cit.

²¹⁸FARIAS, Edílson Pereira de, op. cit., p. 54.

²¹⁹CÂNDIDO, Nathalie Carvalho, op. cit., loc. cit.

gerado ou do doador, deverá ser analisado cada situação de conflito em particular, o quanto o direito fundamental em questão protege a dignidade da pessoa humana²²⁰.

Entre os vários motivos que levariam o ser gerado a querer conhecer seu doador podemos destacar a falta de uma mãe ou de um pai juridicamente estabelecido no caso da técnica ser utilizada apenas por um indivíduo; a vontade e possibilidade de desconstituir a paternidade estabelecida anteriormente, seja por motivos de desentendimento ou por afeição material; da necessidade de analisar o material genético do doador para assim preservar e zelar pela saúde da criança gerada; a preocupação de gerar vínculos parentais contrários a moral e os costumes; ou então pela simples curiosidade de conhecer suas raízes genéticas, ou conhecer aquele que auxiliou no projeto parental naqueles que reconhece como pais²²¹.

Para Nathalie Carvalho Cândido nos casos em que aquele que foi gerado através de reprodução assistida heteróloga almejar conhecer seu doador por motivo de falta de pai ou mãe juridicamente estabelecido, ou pela mera curiosidade de conhecer suas raízes genéticas, o interesse do mesmo só deverá prevalecer sobre o direito a intimidade do doador quando e se for comprovado que esse conhecimento é de suma importância psicológica do ser gerado.²²²

Desta forma, explana José Roberto Moreira Filho:

Ao legar ao filho o seu direito de conhecer a sua verdadeira identidade genética, estamos reconhecendo-lhe o exercício pleno de seu direito de personalidade e a possibilidade de buscar nos pais biológicos as explicações para as mais variadas dúvidas e questionamentos que surgem em sua vida, como, por exemplo, as explicações acerca da característica fenotípica, da índole e do comportamento social[...].²²³

H. Scholler, mencionado por Ingo Wolfgang, expõe que a dignidade da pessoa humana só será efetivamente assegurada quando existir o pleno desfrute dos direitos fundamentais, de forma especial, quando houver o pleno desenvolvimento da personalidade.²²⁴ Nathalie Carvalho Cândido, no mesmo sentido, complementa que o direito do ser gerado de conhecer seu doador se sobrepõe ao direito do doador a intimidade, vez que a redução do direito a intimidade no caso concreto só poderá vir

²²⁰Idem.

²²¹Idem.

²²²Idem.

²²³MOREIRA FILHO, José Roberto, op. cit., loc. cit.

²²⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p.294.

a gerar apenas alguns empecilhos e a falta de conhecimento genético poderá trazer ao ser gerado inúmeras sequelas morais que podem perdurar por toda a sua vida.²²⁵

Caso haja a necessidade de conhecer o doador a fim de preservação da vida do ser gerado é incontestável a preeminência em termos de importância do direito ao conhecimento da origem genética em relação ao direito a intimidade do doador. O sigilo de uma pessoa não poderá em qualquer hipótese ser maior que a vida de outra, tendo em vista que a vida é o bem mais precioso e mais protegido do nosso ordenamento jurídico²²⁶. Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, referido por Jesualdo Eduardo de Almeida Junior, a legislação brasileira deveria seguir o exemplo da lei sueca, vez que embora o anonimato dos doadores seja regra em quase todos os países que possuem legislação a respeito da reprodução assistida heteróloga, atendendo o interesse da criança ou do adolescente, a lei sueca não prevê o anonimato, haja vista que a necessidade de prevenir doenças genéticas, além de permitir que o ser gerado conheça seu doador quando atingir a maioridade é maior que o direito ao sigilo.²²⁷

Para Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior, o filho gerado a partir da reprodução assistida heteróloga deve ter acesso aos dados biológicos do doador para descoberta de possíveis impedimentos matrimoniais, pois manter o sigilo absoluto poderá vir a ocasionar relacionamentos incestuosos, nada podendo impedir que irmãos, ou o próprio doador com a prole contraiam matrimônio por pura ignorância com relação as suas raízes genéticas.²²⁸

Nathalie Carvalho Cândido explica que em situações onde o conhecimento da origem tem como objetivo evitar a formação de vínculos parentais em desacordo com a moral e os costumes o direito a intimidade deve ser deixado em segundo plano, até porque podem existir circunstâncias em que o próprio doador terá interesse em saber se aquela pessoa com quem irá contrair matrimônio foi ou não gerada a partir de seu material genético. Assim, nessa hipótese o direito a intimidade iria de encontro com a

²²⁵CÂNDIDO, Nathalie Carvalho, op. cit., loc. cit.

²²⁶Idem.

²²⁷ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 838, n. 94, p.87-100, ago. 2005, p. 95.

²²⁸Ibidem, p. 96.

dignidade humana de forma incongruente, se, após contrair núpcias o casal descobrisse que há um impedimento moral em seu matrimônio.²²⁹

Na hipótese de o ser gerado querer conhecer o doador a fim de desconstituir a paternidade/maternidade antes estabelecida por motivos de desentendimento ou avidez material, é praticamente unânime a opinião dos doutrinadores ao defender o sigilo do doador, tendo em vista que o caso não teria relação nenhuma com o princípio da dignidade humana, mas sim interesses pessoais daquele gerado através de reprodução humana assistida, ferindo a dignidade e sentimentos daqueles que como pais foram estabelecidos, se após anos dedicados ao ser gerado, fossem desconstituídos por um ato de extrema ingratidão²³⁰.

Logo, podemos dizer que o conhecimento das raízes genéticas pode ser fundamental sobre o direito do doador ao anonimato, pois é o direito protegendo de maneira mais ampla o princípio da dignidade humana em casos relacionados à reprodução humana assistida heteróloga, dando a oportunidade da criança ou do adolescente desenvolver sua personalidade²³¹.

Conforme explana Belmiro Pedro Welter no caso de doação de material genético, seja de sêmen ou de óvulo, existe a possibilidade da investigação de paternidade/maternidade, pois tanto a prole quanto o pai biológico têm o direito assegurado constitucionalmente de saber sua origem, visto que faz parte do direito a personalidade e dos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Contudo, se já houver paternidade/maternidade socioafetiva constituída, esse direito a investigação se limitará a três hipóteses: por necessidade psicológica do ser gerado ao conhecimento de suas raízes genéticas; para precaver impedimentos matrimoniais; e para resguardar a vida e saúde daquele gerado através das técnicas nas questões de doenças genéticas.²³²

Nathalie Carvalho Cândido ressalta que o direito ao conhecimento do doador do material genético em caso de reprodução humana assistida heteróloga não é um dever, logo, se a criança ou adolescente não mostrar interesse em conhecer suas

²²⁹CÂNDIDO, Nathalie Carvalho, op. cit., loc. cit.

²³⁰Idem.

²³¹Idem.

²³²WELTER, Belmiro Pedro, op. cit., p. 232.

origens, a mesma não pode ser obrigada a conhecer, podendo se assim desejar permanecer no “escuro” no que diz respeito de sua origem genética.²³³

No caso da reprodução humana assistida heteróloga, não existe uma legislação que de fato regularize sobre o direito a ascendência genética e o direito do doador ao anonimato. Deste modo, se faz necessária a criação desta, visando regularizar a situação que se encontram os doadores de material genético e aqueles gerados através da técnica²³⁴.

²³³CÂNDIDO, Nathalie Carvalho, op. cit., loc. cit.

²³⁴ CÂNDIDO, Nathalie Carvalho, op. cit., loc. cit.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família é, com certeza, o agente impulsionador de nossas vidas, para que alcancemos a felicidade e, concomitantemente, é onde vivemos nossas maiores tristezas, angustias e medos. Nos tempos passados, a família era constituída por indivíduos cuja ligação era exclusivamente consanguínea, parental, não sendo levado em consideração quaisquer demais fatos. Ao mais, atualmente este conceito vem sendo alterado, levando-nos a conceitos familiares em que o afeto é a base de tudo, nos desviando do modelo “tradicional” de família, e nos habituando aos diversos modelos que foram se desenhando com o passar do tempo, fazendo com que a verdade biológica valha cada vez menos frente à verdade afetiva.

Diversas técnicas surgiram a partir da evolução da bioética, sendo esta uma ciência que visa o melhoramento da qualidade humana, o que gerou reflexos nas estruturas familiares, principalmente em face das técnicas de reprodução assistida, fazendo cair por terra qualquer presunção de paternidade, maternidade e filiação. A reprodução assistida é uma forma acessória, secundária, sendo produzida às margens da relação sexual, buscando a fecundação, e assim, facilitando ou possibilitando a procriação por homens e mulheres.

A inseminação artificial é realizada a partir da introdução do sêmen na cavidade uterina, por métodos artificiais, podendo ser dividida em homóloga e heteróloga.

A inseminação assistida homóloga contém material genético proveniente de ambos os cônjuges interessados em gerar a prole, sendo indicada em casos de hipofertilidade, perturbações das relações sexuais e esterilidade secundária após tratamento esterilizante. Para esta técnica, em geral, não é necessário o consentimento do companheiro, vez que a prole será seu filho biológico, devendo este assumir todos os encargos provenientes do poder familiar. Tem como exceção apenas o caso de falecimento do pai, em que se faz necessária uma autorização expressa deste.

Já a reprodução assistida heteróloga é realizada de maneira a ser utilizado o material genético de um terceiro, de um doador anônimo, sendo indispensável o consentimento do companheiro nessa técnica, não havendo possibilidade de renúncia por parte dele após a implantação do óvulo fecundado.

Atualmente, o Brasil se encontra totalmente desvalido acerca da reprodução assistida, restringindo-se apenas ao Código Civil, em seu artigo 1.597, uma estigma, ao se comparar com a Argentina, que possui uma lei avançada acerca do tema. Por inexistir tal legislação em nosso país, o Conselho Federal de Medicina se viu na obrigação de delimitar o tema, criando Resoluções para tal. Ocorre que, por se tratar de um órgão administrativo, o Conselho não possui função legislativa, de modo que suas resoluções só podem vincular a classe médica, e não os cidadãos que não exercem a medicina.

Os direitos fundamentais são direitos que tem por objetivo zelar pela manutenção da vida humana de forma digna e livre. O direito à intimidade e o direito à ascendência genética são direitos fundamentais assegurados pelo nosso ordenamento jurídico. O direito à intimidade é aquele que protege o doador do material genético na reprodução humana assistida heteróloga, é o direito que o doador tem em se manter no anonimato. Já o direito à ascendência genética é o direito devido ao ser gerado a partir da reprodução assistida heteróloga ao conhecimento de suas raízes genéticas.

Assim, podemos verificar a existência de um conflito de direitos fundamentais envolvendo o doador e o ser gerado a partir da técnica de reprodução assistida heteróloga, conflito esse que deverá ser solucionado através do princípio da dignidade da pessoa humana, em que será analisado caso por caso, para que assim se determine qual direito deve sobrepor sobre o outro.

Conforme explanado ao longo do trabalho, podemos analisar que não aparenta ser correto atribuir a condição de absoluto a qualquer direito fundamental, tendo em vista situações em que dois ou mais direitos fundamentais podem entrar em colisão de modo que um deles deverá ceder, para que o outro se anteponha.

Ressalta-se que não é regra o mesmo princípio ser priorizado em todos os casos de colisão, isso porque deverá ser analisado o caso concreto, quando ausentes as normas específicas, para que assim seja aplicado o direito que melhor se adéqua a situação.

No que se refere à legislação sobre o tema abordado, vimos que o supracitado artigo 1.597 do Código Civil trata da filiação do ser gerado através desta técnica,

sendo essa filiação remetida ao casal que recorreu à técnica para a efetivação de seu plano familiar.

Observamos que, atualmente, a maternidade e a paternidade têm como base principal a afetividade, afastando cada vez mais o fator genético das relações familiares. Diante do contexto, as evoluções biotecnológicas, em conjunto com a modificação das relações sociais, tornam indispensável a modificação da concepção jurídica e a normatização da matéria acerca do tema, visando prevenir questões altamente complexas sobre a técnica, ou na inexecutabilidade dessa modificação, tratar-lhes de maneira homogênea.

Embora muitos doutrinadores acreditem que existe uma paternidade/maternidade socioafetiva na reprodução assistida heteróloga, podemos batizá-la também como uma paternidade/maternidade afetiva-real, isto é, são os laços de afeto que se encontram na real paternidade, é o amor, a amizade, o companheirismo e o apoio que estabelece a paternidade/maternidade.

Não podemos negar que existem diversas controversas sobre a reprodução assistida heteróloga, que a atual legislação não consegue solucionar, de modo que, como dito, o Conselho Federal de Medicina tenta regular através de resoluções. Como por exemplo, o direito ao anonimato do doador de material genético, em que o Conselho prevê que os dados do mesmo só serão fornecidos ao médico, se este os solicitar, podendo ser utilizados apenas com o intuito investigatório. O direito ao anonimato também tem como base o direito à intimidade previsto em nossa Carta Magna.

Ainda que evidente pelo estudo realizado que a paternidade/maternidade do ser gerado, através da técnica de reprodução assistida heteróloga, seja concedida aos receptores da doação, o ser gerado a partir da técnica tem o direito do conhecimento de suas origens, a sua ascendência genética, pois trata-se de suas raízes, suas características fenotípicas, psicológicas, o que não possui qualquer relação com o reconhecimento deste como filho, além de não gerar qualquer responsabilidade patrimonial.

Embora seja uma situação delicada e exista internamente uma convicção sobre qual direito deve se sobrepor sobre o outro, o aplicador do direito deverá analisar o caso concreto como se único fosse, para que assim decida qual deverá prevalecer, o

direito do doador ao anonimato ou o direito a ascendência genética do ser gerado a partir da técnica de reprodução assistida heteróloga.

Diante do exposto, é perceptível que a edição de uma lei específica sobre o tema faz-se necessária diante das peculiaridades das constantes consequências decorrentes da reprodução assistida heteróloga, visando regulamentar práticas que podem vir a ferir os princípios fundamentais, não apenas individuais, mas da humanidade como um todo, garantindo, assim, proteção para as próximas gerações. Por outro lado, essa mesma lei deverá ser flexível, não podendo ser revestida de regras extremas, para que assim, o desenvolvimento científico não seja prejudicado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 838, n. 94, p.87-100, ago. 2005.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ALVES. Leonardo Barreto Moreira (coord.). **Código das Famílias Comentado**: de acordo com o Estatuto das Famílias (PLN n. 2.285/07). Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

AMORIM, José Roberto Neves. **Direito sobre a história da própria vida**.

Disponível em:

<http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigosc/amorim_direito.doc>.

Acesso em: 20 jul. 2019.

BESSA, Leandro Sousa. **Colisões de Direitos Fundamentais**: Propostas de Solução. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/125.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2019.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito de família e sucessões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Provimento nº 52/2016. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível

em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1º Região). Processo: 013853-33.2013.4.01.3500. 7º Vara Federal de Goiânia. Ação Civil Pública. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Goiânia, 05 jun. 2013.

Disponível em:

<<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=138533320134013500&secao=JFGO>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. Os direitos fundamentais e as técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga. In: **DireitoNet**, 2007. Disponível em:

<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3672/Os-Direitos-Fundamentais-e-as-Tecnicas-de-Reproducao-Medicamente-Assistida-Heterologa>>. Acesso em: 4 set. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COXIR, Sarah Abreu et al. Estudo das regulamentações de reprodução humana assistida no Brasil, Chile, Uruguai e na Argentina. **Reprodução e Climatério**, São Paulo, v.29, p. 27-31, jan.- abr. 2014.

DANTAS, San Tiago. **Direitos de família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**: possibilidades e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FACHIN, Luis Edson. **Direito de Família**. 2.ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2003.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996.

FERNANDES, TychoBrahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito**: Aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Direito de Família – As Famílias em Perspectiva Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GLANZ, Semy. **A família mutante**: sociologia e direito comparado: inclusive o novo código civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOZZO, Débora. Comissão de estudos de direito de família e das sucessões. Instituto dos Advogados de São Paulo, 2016. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-iasp-reproducao-assistida.pdf>>. Acesso em: 26jun. 2019.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HRYNIESWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiúza. **O direito “in vitro”**: da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

LACAN, Jacques. **Os Complexos Familiares**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

LEMES, Adelita de Cássia. A Relevância da Paternidade Socioafetiva Sobre a Paternidade Meramente Biológica ou Registral. In: **Âmbito Jurídico**, 2019. Disponível em:<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/a-relevancia-da-paternidade-socioafetiva-sobre-a-paternidade-meramente-biologica-ou-registral/>>. Acesso em: 23 set. 2019.

LISBOA, Roberto Sesine. **Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 194, 16jan.2004. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/4752>>. Acesso em: 11 set. 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas S/A, 2002.

MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/2744/direito-a-identidade-genetica>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de. Genoma humano, direito à intimidade e novo código civil: problemas e soluções. **Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da PUC-RS**. Porto Alegre, v. 29, p.111-124, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Direito Civil: Alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. As novas estruturas parentais e conjugais. **Revista Consulex**, Brasília, ano XVII, n.402, out. 2010

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PINHO, Judicael Sudário de. **Apostila de Direito Constitucional**. UNIFOR. Fortaleza, 12 ago. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. 14.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

WALD, Arnold. **Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZANETTI, PollyannaThays. **O Conflito entre o Direito à Origem Genética e o Direito à Intimidade na Reprodução Assistida Heteróloga**. Disponível em: <<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/27ixgmd9/uqhlywul/4Jk0es0HE6NlxWmL.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2019.