

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES
CURSO DE DIREITO

**REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA:
QUESTÕES POLÊMICAS EM RAZÃO DA CARÊNCIA
DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA**

Rosangela Stimamiglio

Lajeado, junho de 2015

Rosangela Stimamiglio

**REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA:
QUESTÕES POLÊMICAS EM RAZÃO DA CARÊNCIA
DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA**

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II - Monografia, do Curso de Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como parte da exigência para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Profa. Ma. Bianca C. Bertrani

Lajeado, junho de 2015

Rosangela Stimamiglio

**REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA:
QUESTÕES POLÊMICAS EM RAZÃO DA CARÊNCIA
DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA**

A Banca examinadora abaixo aprova a Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia, do curso de graduação em Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como parte da exigência para obtenção do grau de Bacharela em Direito:

Profa. Ma. Bianca Corbellini Bertani – orientadora
Centro Universitário UNIVATES

Profa. Leila Viviane Scherer Hammes
Centro Universitário UNIVATES

Profa. Dra. Olinda Maria de Fátima L. Saldanha
Centro Universitário UNIVATES

Lajeado, 26 de junho de 2015

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer aos meus familiares - especialmente aos meus filhos amados - pelo apoio, confiança e compreensão.

Agradeço, também, a minha orientadora, professora Bianca Corbellini Bertani, pelo auxílio, orientação e sugestões que enriqueceram o estudo para a realização do trabalho.

Aos demais professores do curso de Direito, pela transmissão dos conhecimentos.

Enfim, muito obrigada a todos que, direta ou indiretamente, auxiliaram na minha formação acadêmica.

RESUMO

A reprodução medicamente assistida é um procedimento de reprodução humana artificial que auxilia os casais com problemas de infertilidade e esterilidade em seu projeto parental. Trata-se de um tema especialmente polêmico, pois gera conflitos em razão da falta de legislação existente e envolve direitos fundamentais em sua análise. Assim, esta monografia tem como objetivo geral analisar a reprodução assistida, sua abrangência, e como o ordenamento jurídico dá conta das consequências jurídicas, especialmente em se tratando de questões polêmicas, em virtude da carência de legislação afim. A pesquisa realizada é de caráter qualitativo, efetivada por meio de método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental. Dessa forma, as reflexões começam pela evolução da estrutura familiar e dos princípios condutores do direito de família. Em seguida, faz-se um estudo da filiação e da relação de parentesco, além de abordar a reprodução assistida e suas técnicas. Finalmente, examina-se as questões polêmicas sobre a reprodução artificial e suas implicações jurídicas, devido à falta de legislação pertinente, verificando-se o direito comparado e analisando os entendimentos jurisprudenciais sobre o assunto. Nesse sentido, conclui-se que para solucionar os questionamentos sobre a reprodução medicamente assistida e suas decorrências no meio jurídico, com o propósito de assegurar a realização das potencialidades humanas e da manutenção da dignidade, é necessária, além de buscar como fundamento a base principiológica constitucional, a doutrina e a jurisprudência, uma legislação específica para trazer maior segurança jurídica nas decisões.

Palavras-chave: Reprodução medicamente assistida. Princípios Constitucionais. Deficiência legislativa.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 AS FAMÍLIAS: EVOLUÇÃO E PRINCÍPIOS CORRELATOS	10
2.1 Evolução da estrutura familiar	10
2.2 Conceito de família	13
2.3 Contexto principiológico constitucional da família	15
2.3.1 Princípio da dignidade humana	16
2.3.2 Princípio da solidariedade.....	17
2.3.3 Princípio da igualdade e o respeito às diferenças	18
2.3.4 Princípio da liberdade.....	20
2.3.5 Princípio da pluralidade de formas da família	20
2.3.6 Princípio da afetividade	21
2.3.7 Princípio da paternidade responsável.....	23
2.3.8 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	23
2.3.9 Princípio da proibição do retrocesso social.....	25
2.4 As famílias possíveis	26
3 DIREITO DE FILIAÇÃO	30
3.1 Relação de parentesco	30
3.2 Conceitos de filiação	33
3.3 A filiação e suas espécies	35
3.4 Reprodução humana medicamente assistida	40
3.4.1 Reprodução humana assistida homóloga	45
3.4.2 Reprodução humana assistida heteróloga	46
4 REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA: QUESTÕES POLÊMICAS EM RAZÃO DA CARÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA	48
4.1 Legislação nacional sobre a reprodução medicamente assistida	48
4.2 A reprodução medicamente assistida na legislação estrangeira	51
4.3 Bioética e o Biodireito na reprodução assistida	53
4.4 Reprodução assistida e seus reflexos nas relações familiares.....	55
4.4.1 Embriões excedentes e o direito à vida	56
4.4.2 A reprodução assistida homóloga <i>post mortem</i>	63

4.4.3 O direito a identidade genética e o direito ao sigilo do doador	66
4.4.4 Maternidade de substituição: Quem é a mãe?	70
4.4.5 Direito à paternidade e maternidade dos homoafetivos	71
4.5 Princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como forma de solução dos conflitos da reprodução assistida	75
5 CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS.....	83

1 INTRODUÇÃO

As mudanças sociais e a evolução do mundo globalizado introduziram novos valores na sociedade contemporânea, gerando a reformulação do conceito de família. Atualmente, prepondera a estrutura familiar baseada no afeto, com a finalidade de desenvolvimento de seus membros. Nessa perspectiva, as relações de parentesco geram grande interesse em virtude da ocorrência de novos fenômenos e descobertas científicas.

A ciência traz ao universo jurídico novos questionamentos que repercutem diretamente no direito de família. A descoberta das técnicas de reprodução humana assistida como alternativa aos problemas de esterilidade ou infertilidade é um dos fenômenos que gera inúmeros reflexos no âmbito jurídico, principalmente em relação às origens, critérios e efeitos da filiação e no direito sucessório. Por isso, diante da evolução da ciência e dos atuais acontecimentos sociais, justifica-se relevante discutir a reprodução medicamente assistida por ser um tema em construção, que gera dúvidas em relação à abrangência de seus efeitos, principalmente nas relações familiares, por efeito da deficiência de legislação específica.

Assim, tendo em vista que o planejamento familiar é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988 e que a reprodução artificial é tema inerente a ele, o que se busca são possíveis respostas para uma série de desafios de difícil solução diante da inexistência de previsão legal.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende, como objetivo geral, analisar a

reprodução medicamente assistida no Brasil, sua abrangência, bem como as consequências jurídicas e a ausência de legislação afim. O estudo discute como problema: como o ordenamento jurídico dá conta das consequências jurídicas decorrentes das questões polêmicas resultantes da reprodução medicamente assistida? Como hipótese para tal questionamento, entende-se que o ordenamento jurídico brasileiro não abrange todas as implicações decorrentes da reprodução medicamente assistida e não traz soluções jurídicas para os mais diversos conflitos, proporcionando uma instabilidade jurídica. À vista disso, acredita-se que a melhor resposta para possíveis soluções seria buscar como fundamento a base constitucional principiológica do direito de família. Além disso, em razão da não existência de lei específica no ordenamento jurídico, surge a necessidade de normas jurídicas pertinentes para a regulamentação do uso das técnicas de reprodução assistida para proporcionar maior segurança jurídica na solução dos conflitos e de suas consequências legais.

A pesquisa, quanto à abordagem, será qualitativa, tendo como características o aprofundamento no contexto estudado e a perspectiva interpretativa desses possíveis dados para a realidade, conforme esclarecem Mezzaroba e Monteiro (2009). Para obter a finalidade desejada pelo estudo, será empregado o método dedutivo, cuja operacionalização se dará por meio de procedimentos técnicos baseados na doutrina, legislação e jurisprudência, relacionados, inicialmente, ao estudo da família e aos princípios fundamentais para o Direito de Família, passando pelo direito de filiação, para chegar ao ponto específico da reprodução medicamente assistida e suas questões polêmicas em razão da carência de legislação específica.

Dessa maneira, no primeiro capítulo de desenvolvimento deste estudo, serão abordadas a evolução da composição familiar e as famílias possíveis. Inicialmente, será apontada a evolução da estrutura familiar, caracterizando a família na atualidade. Ainda, seguem as considerações sobre as famílias na sociedade brasileira contemporânea e os princípios pertinentes ao direito das famílias, devido sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, serão descritos os conceitos de filiação e suas espécies, além da identificação da relação de parentesco. Também será conceituada a reprodução medicamente assistida. Assim, para compreender melhor

este método, num primeiro momento, faz-se necessário identificar as principais técnicas adotadas, além dos procedimentos técnicos de reprodução assistida homóloga e heteróloga.

Adiante, no terceiro capítulo, um estudo específico sobre as questões polêmicas advindas da reprodução medicamente assistida será realizado. Além disso, será examinada a reprodução medicamente assistida na legislação nacional e no direito comparado, a bioética e o biodireito em reprodução assistida, além das questões polêmicas sobrevindas da reprodução artificial e seus reflexos nas relações familiares devido à falta de legislação específica e, ainda, o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais como forma de solução dos conflitos.

Isto posto, a fim de dirimir conflitos, merece respaldo o tema a ser desenvolvido, verificando-se a necessidade do direito de acompanhar a evolução e suprir as omissões existentes. Logo, torna-se importante averiguar as questões polêmicas e buscar uma melhor adequação jurídica, aliando as normas existentes aos princípios que norteiam o ordenamento jurídico, para tentar solucionar os questionamentos sobre a reprodução artificial e suas consequências no meio jurídico, a fim de assegurar a realização das potencialidades humanas e da manutenção da dignidade.

2 AS FAMÍLIAS: EVOLUÇÃO E PRINCÍPIOS CORRELATOS

A família e a sociedade estão em constante movimento e, como resultado, ocorrem inúmeras mudanças, dentre elas novas formas de composição familiar. Constatase, nessa perspectiva, que os avanços tecnológicos na área de reprodução humana também geraram transformações e produziram reflexos nas estruturas familiares, especialmente quanto às formas de filiação. Assim, considerando que o planejamento familiar é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988 e a reprodução medicamente assistida é tema a ele inerente, torna-se igualmente relevante sua análise.

Por esse ângulo, observa-se que a ideia da transnacionalização provocou uma revolução na ciência e, novos temas, como a reprodução assistida, estão a desafiar os operadores jurídicos na busca de respostas mais rápidas e eficazes aos casos concretos. Diante do exposto, nesse capítulo o objetivo será descrever a evolução histórica da estrutura familiar, sua conceituação atual, os princípios inerentes ao direito das famílias e os novos arranjos familiares.

2.1 Evolução da estrutura familiar

A família, base da sociedade, passou por um processo evolutivo de acordo com as necessidades da sociedade em cada época, o que propiciou a sua configuração atual, levando a uma definição mais ampla. As transformações não

foram apenas quanto aos valores, mas também quanto a sua composição ao final do século XX, ressalta Lôbo (2011). De igual modo, os fundamentos que sustentam a família foram alterados: “a família tradicional aparecia através do direito patrimonial, porém a família atual é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida”, salienta Lôbo (2011, p. 28).

Conforme Gonçalves (2014), a família sofreu influências do direito romano, estruturada de forma com que o poder familiar era exercido pelo patriarca, detentor da autoridade sobre a esposa e todos os seus descendentes. A família, para os romanos, era constituída através do casamento. Deste modo, percebe-se o reflexo no direito brasileiro que definiu o casamento como família no Código Civil de 1916, precisamente em seu artigo 229, deliberando que o casamento instituía a família legítima, conforme constata Almeida e Rodrigues Júnior (2012).

O direito canônico também orientou o direito de família durante a Idade Média, até o século XVIII, de acordo com Gonçalves (2014). Neste período, acreditavam que o matrimônio era um sacramento e o divórcio, nesse contexto, seria prejudicial à formação da prole e da índole da família, segundo Wald (2009). Ainda, Venosa (2014) acrescenta que no direito canônico, a mulher era considerada relativamente incapaz e havia discriminação entre filhos legítimos e os filhos tidos fora do casamento.

Durante a Idade Média, Gonçalves (2014) alinhando-se aos autores citados, ressalta que o direito canônico norteava as relações familiares. O autor afirma que, apesar das regras do direito romano continuarem a influenciar a família no tocante ao pátrio poder e as relações patrimoniais, pode-se observar uma gradual presença de regras de origem germânica.

Com o advento da Revolução Industrial¹ e a Revolução Francesa² e com o

¹ A revolução industrial teve início no século XVIII, na Europa, possuindo como marco a substituição do trabalho artesanal pelo uso de máquinas. Essa revolução ocasionou transformações econômicas e sociais. Segundo Venosa (2014), foi nesse momento que ocorreu a substituição da família como unidade econômica passando a ser entendida de forma igualitária.

² A Revolução Francesa foi um movimento político e social que ocorreu no final do século XVIII na França, que gerou avanço em relação aos direitos humanos, influenciando no seu respeito proteção em todo o mundo. (A REVOLUÇÃO FRANCESA...2009).

surgimento do feminismo e da inclusão da mulher no mercado de trabalho, ocorreu o declínio da família patriarcal, o que trouxe alterações significativas para a estrutura familiar, acrescenta Pereira (2012). Em que pese isto, Gonçalves (2014) destaca que o Código Civil de 1916 e as leis posteriores instituíam a família formada unicamente pelo casamento. Da mesma forma, conforme expõe Dias (2013), o casamento era a única forma de entidade familiar reconhecida pelo Estado antes da Constituição Federal Brasileira de 1988. Todavia, a última autora mencionada frisa que com o advento da Carta Magna atual, outras formas de famílias foram reconhecidas, porém sem conseguir abarcar todas as estruturas familiares existentes.

Assim, a família que inicialmente mantinha formação hierárquica, sofreu constantes transformações ao longo do tempo concedendo espaço à família democrática, o que fez prevalecer o vínculo da afetividade, igualdade e respeito recíproco:

O surgimento de novos paradigmas - quer pela emancipação da mulher, quer pela descoberta dos métodos contraceptivos e pela evolução da engenharia genética - dissociou os conceitos de casamento, sexo e reprodução. O moderno enfoque dado à família pelo direito volta-se muito mais à identificação do vínculo afetivo que enlaça seus integrantes (DIAS 2013, p. 31).

Portanto, segundo Gonçalves (2014) as mudanças sociais provocaram alterações no direito de família destacando a função social dela, pautada na igualdade e objetivando o desenvolvimento de seus membros, resultando na ampliação do seu conceito. Dessa forma, observa-se que a família se modifica com o passar do tempo e se reconstrói com as alterações da sociedade. Em virtude disso, torna-se importante verificar o conceito atual de família e as suas formas de constituição que, interlaçadas aos princípios correlatos às relações familiares, permitem novas formas de família e oportunizam o livre planejamento familiar, buscando a felicidade individual e familiar.

2.2 Conceito de família

Conforme já mencionado, a família é uma entidade dinâmica que sofreu inúmeras modificações ao longo do tempo. Devido às formas distintas de composição familiar, não é possível um conceito único. Nesse rumo, a doutrina e a jurisprudência caminham no sentido de ampliar o seu significado, buscando abarcar as mais variadas composições.

Inicialmente, é importante destacar que a Constituição Federal de 1988, no artigo 226, estabelece que a família é a base da sociedade e possui proteção especial do Estado. Segundo Madaleno (2013), a Constituição Federal buscou, com isso, acolher no plano jurídico a realidade social fática, garantindo o amparo do Estado às famílias existentes.

Numa pretensão conceitual do vocábulo, a família é vista em sentido restrito e num sentido mais amplo:

Necessário, destarte, antes de mais nada, precisar o sentido da palavra família, suscetível, na linguagem jurídica, de diversas significações. Num sentido restrito, o vocábulo abrange tão somente o casal e a prole. Num sentido mais largo, cinge o vocábulo a todas as pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cujo alcance ora é mais dilatado, ora mais circunscrito, segundo o critério de cada legislação. E, em sentido ainda mais amplo, surgem os elos socioafetivos, ao lado dos vínculos de sangue, como determinantes da existência de relação familiar (MONTEIRO e SILVA, 2012, p. 18).

De outro lado, na perspectiva atual, Diniz (2014, p. 27) elucida que se deve “vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade”. Ainda, a respeito da tentativa de uma conceituação única, Dias (2013) relata que os novos contornos da família desafiam essa possibilidade de identificação.

Em relação a estrutura familiar a Lei nº 8.742 de 1993, Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que dispõe sobre a organização da assistência social, caracteriza a família como aquela “composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os

irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto”. Ampliando esta ideia, a Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340 de 2006, que cria mecanismos de proteção para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, inovou ao trazer a vontade dos membros familiares como um dos elementos para definição de família. À vista disso, a lei dispõe no artigo 5º, II, que a família é “compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

Assim, conforme aduz Dias (2013), houve uma repersonalização das relações familiares, especialmente na busca pelo afeto, respeito e solidariedade. Por consequência, a família é o resultado das transformações sociais. A repersonalização das relações jurídicas da família aparece para revalorizar a dignidade humana e colocar a pessoa como centro da tutela jurídica, explica Lôbo (2011).

Diante disso, a família deve ser considerada como centro de preservação da pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de formar a célula básica da sociedade, revela Monteiro e Silva (2012). Outrossim, complementa Almeida e Rodrigues Júnior (2012) referindo ser a família um espaço para a realização e o crescimento pessoal de seus integrantes.

Dias (2013) argumenta que atualmente é difícil definir família e, dessa forma, há necessidade de ter uma visão pluralista dos possíveis arranjos familiares unidos pela afetividade. Ainda, ressalta Pereira (2012), que a partir da compreensão de que a família é um núcleo estruturante do sujeito, não importa a maneira como a família se constitui num ordenamento jurídico pautado na ética. Assim, as estruturas familiares previstas na Constituição Federal de 1988 são exemplificativas, pois o conceito de família por sua abrangência, traz implícito outros modelos dependendo da sua efetivação na experiência de vida, infere Lôbo (2011).

Enfim, as famílias atualmente aparecem num ambiente estável alicerçado no afeto, visando o crescimento pessoal dos seus componentes e não se delimitam a uma estrutura ou origem única, podendo apresentar variedades, em concordância com Almeida e Rodrigues Júnior (2012). Logo, conclui-se que não há uma única

forma de conceituar a família. A compreensão de família está estruturada, principalmente no afeto e na dignidade humana sendo verificada de maneira ampla, abrangendo várias formas estruturais. Torna-se, portanto, importante analisar os princípios inerentes ao direito de família para, posteriormente, verificar as possíveis constituições de família.

2.3 Contexto principiológico constitucional da família

O direito das famílias é um dos ramos do direito que se modifica com maior frequência, em virtude de absorver as mudanças que ocorrem no meio social. É notório que a legislação não consegue acompanhar todas essas transformações. Com base nesse contexto, Pereira (2012) acredita que os princípios constitucionais são a melhor forma de viabilizar a adequação da justiça e de exercer a otimização do direito.

Diante disso, os princípios são essenciais para o Direito de Família, sendo que toda e qualquer decisão deve necessariamente considerá-los, caso contrário, distanciar-se-iam do ideal de justiça³ e de ética⁴, pretendidos pelo sistema jurídico, segundo Pereira (2012). O mesmo autor elucida que o papel dos princípios é informar e proporcionar a consecução da dignidade humana, possibilitando um direito em conformidade com a realidade.

Em conformidade com o citado, nas relações jurídicas atuais as normas se revelaram insuficientes, mostrando-se relevante a aplicação dos princípios, que são o norte de todo o ordenamento jurídico. Segundo Pereira (2012), os princípios assumem o papel de informação, possibilitando a conquista da dignidade humana. No mesmo sentido, Lôbo (2011, p. 58) considera como evolução do direito “a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava”.

³ Conforme Pereira (2012), a justiça pode ser vista como um valor moral e como um valor jurídico. O autor destaca que de acordo com a ótica pela qual é visto, o justo pode ser relativo e relativizável, especialmente no direito das famílias. Não há uma definição unívoca, portanto.

⁴ “A ética é a ciência ou filosofia que fará a eleição das melhores ações tendo como horizonte o interesse coletivo, universal” (ALMEIDA e CHRISTMANN, 2009, p. 4).

Por conseguinte, considerando os princípios fontes basilares no direito das famílias, serão elencados os principais intrínsecos a esse ramo: o princípio da dignidade humana, o princípio da solidariedade, da igualdade e o respeito às diferenças, o princípio da liberdade, o princípio da pluralidade de formas da família, o princípio da afetividade, o princípio da paternidade responsável, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da proibição do retrocesso social.

2.3.1 Princípio da dignidade humana

A dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios, pelo qual se irradiam os demais produzindo efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, de acordo com Dias (2013). Explica Madaleno (2013, p. 46) que o princípio da dignidade da pessoa humana para o Direito de Família possui a finalidade de “assegurar a comunhão plena de vida, e não só dos cônjuges, dos unidos estavelmente, mas de cada integrante da sociedade familiar”. Nessa perspectiva, Dias (2013, p. 66) pondera que “a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer”.

O princípio da dignidade da pessoa humana é definido por Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 76) como:

Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.

Para Madaleno (2013), o princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto e trata da defesa inflexível de cada um dos cidadãos, devendo predominar a personalização do ser humano e de sua família. Desse modo, conforme os ensinamentos de Lôbo (2011, p. 61), “viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto”. Nessa diretriz, Pereira (2012, p.117) explicita a partir de Kant, que “as coisas têm preço e as pessoas, dignidade.

Isto significa dizer que no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade”.

Isto posto, Pereira (2012) compreende que os direitos humanos possuem alicerce na dignidade da pessoa humana e que nenhum Estado pode mudar as necessidades da natureza do homem social, como por exemplo a saúde e a educação. Acrescenta que o Direito de Família está vinculado aos direitos humanos e à dignidade humana a partir do momento em que todos os tipos de constituição de família estiverem inclusos no vínculo social.

Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa permeia todo o ordenamento jurídico, principalmente se revelando no direito de família:

A dignidade, portanto, é o atual do paradigma do Estado Democrático de Direito, a determinar a funcionalização de todos os institutos jurídicos à pessoa humana. Está em seu bojo a ordem imperativa a todos os operadores do Direito de despir-se de preconceitos – principalmente no âmbito do Direito de Família-, de modo a se evitar tratar de forma indigna toda e qualquer pessoa humana, principalmente na seara do Direito de Família, que tem a intimidade, a afetividade e a felicidade como seus principais valores (PEREIRA, 2012, p. 126-127).

Em síntese, Pereira (2012, p.121) ressalta a importância desse princípio ao Direito de Família quando diz ser necessária “a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares”. Conclui o mesmo autor que a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional, ético e um princípio geral do direito.

2.3.2 Princípio da solidariedade

A solidariedade constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil conforme trata o artigo 3º, inciso I da Carta Magna de 1988. Pereira (2012, p.232-233), sustenta a “solidariedade como princípio norteador do Direito de Família advém da ideia que traduz uma relação de corresponsabilidade entre pessoas unidas, inclusive por um sentimento moral e social de apoio ao outro”.

O princípio da solidariedade familiar ocorre entre os cônjuges, os

companheiros e em relação aos filhos e, decorre da assistência material e moral, de acordo com Lôbo (2011). Partilhando do mesmo entendimento, Madaleno (2013) salienta que as relações familiares e afetivas só podem se sustentar e se desenvolver num ambiente de compreensão e cooperação mútuas.

A Constituição Federal Brasileira vigente estabelece no artigo 229 que: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Ainda, no Código Civil Brasileiro vários artigos tratam do princípio da solidariedade, dentre eles o artigo 1.696 que trata sobre alimentos: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

O Estatuto das Famílias, Projeto de Lei do Senado nº 470/2013, que visa regular e proteger os novos arranjos familiares, além de centralizar e adequar as normas que regem as famílias, também traz, no artigo 14, a solidariedade, pautada no dever de assistência entre os componentes da família, ressaltando que “as pessoas integrantes da entidade familiar têm o dever recíproco de assistência, amparo material e moral, sendo obrigadas a concorrer, na proporção de suas condições financeiras e econômicas, para a manutenção da família”.

O princípio da solidariedade, segundo Dias (2013) origina-se dos vínculos afetivos e gera deveres mútuos aos integrantes da família. Conclui-se, desse modo, que “seria impensável pudessem os cidadãos em formação ser relegados ao abandono e jogados à própria sorte, não permeasse como direito fundamental o princípio da solidariedade.” (MADALENO, 2013, p. 94).

2.3.3 Princípio da igualdade e o respeito às diferenças

O princípio da igualdade está intrinsecamente atrelado à cidadania, pressupondo o respeito às diferenças, em concordância com Pereira (2012). O referido autor salienta que a igualdade perante a lei, revela que todos devem estar incorporados no vínculo social. Nesse sentido, Dias (2013) acrescenta que é

necessário assegurar direitos a quem a lei ignora e, que se atribua direitos a todas as situações merecedoras de tutela.

Ainda, assinala Dias (2013), que o sistema jurídico possui como ideia central a igualdade ligada à ideia de justiça, assim o juiz não deve aplicar a lei produzindo desigualdades. O artigo 5º da Carta Magna dispõe sobre o princípio da igualdade que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Nas relações familiares, o princípio da igualdade e o respeito às diferenças merece destaque nas relações entre homens e mulheres, conforme mencionado nos artigos 5º, inciso I; artigo 226, § 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, além do artigo 1.511 do Código Civil Brasileiro de 2002. O princípio da igualdade estende-se à união estável e a todo tipo de família trazendo colaboração e afastando a submissão, de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2014).

Em relação à igualdade na filiação, esse princípio encontra amparo no § 6º do artigo 227 da Constituição Federal Brasileira de 1988 que dispõe que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Ainda, estende-se o princípio da igualdade ao planejamento familiar que deve ser de livre decisão do casal, proibida qualquer forma coercitiva de imposição por parte do Estado ou por particulares, conforme os artigos 226, §7º da Constituição Federal Brasileira e o artigo 1.565, § 2º do Código Civil Brasileiro de 2002.

Conclui Dias (2013), que é imperioso conceder direitos em nome do princípio da igualdade para as situações ignoradas pela lei que merecem tutela, como por exemplo as uniões homoafetivas. Assim, assegura Pereira (2012), que o princípio da igualdade e o respeito às diferenças é um princípio fundamental ao Direito de Família, porque sem ele não existe dignidade e muito menos justiça.

2.3.4 Princípio da liberdade

O princípio da liberdade é reconhecido como um direito humano fundamental, de maneira a garantir a dignidade da pessoa humana, expõe Dias (2013). Segundo Madaleno (2013) o princípio da liberdade está presente no âmbito familiar pela liberdade de escolha na constituição da entidade familiar, na decisão acerca do planejamento familiar, entre outros.

Em relação ao princípio da liberdade:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral. (LÔBO, 2011, p. 70).

Acrescenta o autor supracitado, que um exemplo de liberdade de escolha é o direito outorgado aos que se utilizarem do método de inseminação artificial heteróloga. Conforme o artigo 1.597, inciso V, do Código Civil Brasileiro de 2002, com a prévia autorização do marido, a mulher utiliza o sêmen de outro homem para a concepção do filho.

A importância da liberdade pode ser traduzida nas palavras de Madaleno (2013, p. 92), “de liberdade necessita o homem para poder desenvolver todas as suas potencialidades, fazendo ou deixando de fazer alguma coisa por vontade própria, quando não o for em virtude de lei”. Portanto, constata-se que “o papel do direito é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual”. (DIAS, 2013, p. 66).

2.3.5 Princípio da pluralidade de formas da família

A Constituição Federal Brasileira de 1988 rompeu com o modelo familiar assentado apenas no casamento, trazendo outras formas de família, que se tornou

um lugar de afeto e de comunhão de amor, na visão de Pereira (2012). O referido autor ressalta que é na busca da felicidade que o indivíduo se viu livre dos padrões estáticos para construir sua família.

A pluralidade de formas de família não é recente e vem ocorrendo com a evolução da sociedade, porém a sua constatação jurídica é recente, asseguram Almeida e Rodrigues Júnior (2012). A exemplo disso, a Constituição Federal Brasileira de 1988 trata no artigo 226, §3º e §4º sobre a união estável e a família monoparental. Ainda em conformidade com os autores citados, a Carta Magna contempla essas duas entidades familiares ao lado do casamento numa tentativa do ordenamento jurídico se amoldar à realidade social.

Nesse sentido, Dias (2013) esclarece que mesmo as uniões homoafetivas não se encontrando expressas, devem fazer jus ao amparo legal, pois seria injusto suprimir do ordenamento jurídico todo e qualquer tipo de entidade familiar fundadas no afeto e engajadas mutuamente. Por conseguinte, o caráter de inclusão, o princípio da dignidade da pessoa humana e a ética justificam o destaque da aplicação do princípio da pluralidade de formas às uniões homoafetivas, compreende Pereira (2012).

Almeida e Rodrigues Júnior (2012) rematam que a proteção concedida à família pela Carta Magna de 1988 deve ser interpretada de modo amplo, não importa sua origem ou estrutura, basta compreender que a família é fundada em relações de afeto e voltada à proteção humana, propondo uma pluralidade de formas.

2.3.6 Princípio da afetividade

A família que antes possuía uma essência econômica, religiosa e política passou a ter o afeto como vínculo principal da sua formação, destaca Pereira (2012). Na visão do mesmo autor, o afeto é um elemento essencial a qualquer tipo de relacionamento conjugal ou parental. Nesse sentido, (Madaleno, 2013, p.98) esclarece que “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para o fim e ao cabo de dar

sentido e dignidade à existência humana”.

O princípio da afetividade é fundamental nas relações socioafetivas e o afeto difere do princípio da afetividade, visto que “é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles”. (LÔBO, 2011, p. 72).

A afetividade, segundo Almeida e Rodrigues Júnior (2012), adquire relevância jurídica, entretanto, somente nos relacionamentos públicos e permanentes. Os referidos autores acrescentam que o afeto na família contribui para a formação pessoal de seus componentes. Explica Lôbo (2011, p. 72) que “o princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar”.

Dias (2013) esclarece que o afeto não é apenas uma ligação entre os membros da família, ele deriva da convivência e objetiva alcançar a felicidade, tornando as famílias mais humanas. Exprime Lôbo (2011, p. 21) que “a realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época”.

A afetividade encontra-se presente nas entidades familiares e merece atenção jurídica:

A conclusão emerge por si. A afetividade, embora merecedora de atenção jurídica, o é porque pode se tornar elemento constitutivo e integrante das relações familiares, fruto da espontaneidade e da autonomia privada e, assim, geradora de certos efeitos na órbita do Direito. A sua existência nas entidades familiares é elemento fático; porém, não jurídico. O caráter de juridicidade, o cunho normativo-imperativo, está relacionado às consequências que a presença do afeto, na construção das relações familiares, pode gerar. (ALMEIDA e RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.43).

Enfim, não importa o modelo de família, a afetividade é o que une seus integrantes, servindo como parâmetro para a solução dos conflitos nas relações familiares, conclui Lôbo (2011). Ainda, na visão de Dias (2013) o afeto além de unir os componentes da entidade familiar, torna as famílias mais humanas, assim o princípio da afetividade é um dos principais norteadores do direito de família.

2.3.7 Princípio da paternidade responsável

Em relação ao princípio da paternidade responsável, Pereira (2012) articula que constitui no amparo material, moral e afetivo e, seu desrespeito resulta no pagamento de indenização. Ainda, o mesmo autor ressalta que a paternidade faz nascer deveres ao responsável, no entanto, o abandono acarreta sérias consequências, dentre elas a criminalidade.

De acordo com o Estatuto das Famílias, o abandono afetivo pelo responsável que tinha o dever de cuidado gera indenização patrimonial ou extrapatrimonial. Conforme Pereira (2012), o abandono viola direitos e gera danos psicológicos ao filho. O último autor revela que o princípio da reponsabilidade deve ser respeitado particularmente nas relações do direito de família.

O princípio da paternidade responsável também é encontrado no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no artigo 27, que reconhece o estado de filiação como direito personalíssimo, imprescritível e indisponível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, sem, contudo, deixar de observar o segredo de Justiça.

O dever de cuidado recíproco entre pais e filhos encontra respaldo na lei nos artigos 226, §7º e 229 da Constituição Federal Brasileira de 1988 e, tornam expresso o princípio da paternidade responsável que, como expõe Pereira (2012), é um dos pilares do direito de família. O mesmo trata esse princípio como um desdobramento dos princípios da dignidade humana, da afetividade e responsabilidade.

2.3.8 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Os interesses da criança e do adolescente são direitos que devem ser tratados com primazia pela família, pelo estado e pela sociedade, por se tratar de ser humano em desenvolvimento e possuidor de dignidade humana, explica Lôbo

(2011). Ainda, Pereira (2012) esclarece que a criança e o adolescente estão em situação de vulnerabilidade, portanto ocupam posição de destaque na entidade familiar e merecem proteção integral. A ideia da proteção integral está fundada na concepção de que a criança e o adolescente não são meros objetos e sim, sujeitos de direitos em condição peculiar de desenvolvimento, finda Lôbo (2011).

A Constituição Federal Brasileira de 1988 no artigo 227, consagra o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e explica sobre a absoluta prioridade aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, *in verbis*:

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

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que versa sobre os direitos infanto-juvenis, no seu artigo 1º, acolhe a proteção integral e no seu artigo 3º, reconhece o gozo dos direitos fundamentais já previstos na Carta Magna:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.
[...]

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

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente orienta os processos judiciais que abarcam o interesse dos menores, como por exemplo a decisão de guarda a quem possui condições satisfatórias para educar e criar o menor, com base no caso concreto e fundada especialmente no amor e no afeto, como considera Pereira (2012). Diniz (2014) também esclarece que esse princípio serve de norte aos conflitos derivados da separação judicial ou divórcio, além de garantir o desenvolvimento total dos direitos da personalidade da criança e do adolescente. Portanto, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser observado em todos os conflitos aos quais os indivíduos infanto-juvenis estejam envolvidos, orientando o intérprete na defesa da garantia dos direitos

fundamentais dos mesmos, conclui Pereira (2012).

2.3.9 Princípio da proibição do retrocesso social

A ideia central do princípio da proibição do retrocesso social refere-se aos direitos sociais adquiridos que quando alcançados pelo homem passam a ser protegidos e garantidos constitucionalmente como direitos fundamentais não podendo ser subtraídos, destaca Canotilho (2002). Partilhando da mesma concepção, Barroso (2009) afirma que a proibição ao retrocesso social está principalmente vinculada aos princípios que abrangem os direitos fundamentais e pressupõe que as normas infraconstitucionais os concretizem. O autor mencionado segue explicando que o principal efeito dos princípios constitucionais é a ampliação progressiva dos direitos fundamentais.

O princípio da proibição do retrocesso social tem como propósito proteger os direitos fundamentais sociais materializados contra uma restrição ou supressão, mesmo de forma parcial do legislador, destaca Sarlet (2001). Trata-se de uma eficácia negativa das normas constitucionais, ensina o mesmo autor. Nesse sentido, Canotilho (2002) afirma que deve ser constitucionalmente garantido o núcleo central dos direitos já efetivados, sendo esse o limite imposto ao legislador.

Inegável, portanto, a importância dos princípios em qualquer relação jurídica. Tal afirmação se revela, segundo Pereira (2012, p.58), pois “os princípios exercem uma função de otimização do Direito. Sua força deve pairar sobre toda a organização jurídica, inclusive preenchendo lacunas deixadas por outras normas [...]”. Desse modo, os princípios no direito de família são tratados como valores essenciais e devem nortear as questões familiares existentes, agrega Dias (2013).

Observa-se, a partir do exposto, que as novas formas de constituição da família e as relações jurídicas decorrentes dessas relações estão apoiadas essencialmente nos princípios constitucionais que norteam o direito de família, conforme destaca-se:

Enfim, organizar juridicamente as intrincadas e complexas relações familiares neste tempo de declínio do patriarcalismo, do pós-feminismo, de avanços científicos e biotecnológicos, requer dos operadores do Direito a ampliação da compreensão de que as relações jurídicas de família, antes, acima e depois de estarem sustentadas nas regras e nos códigos, estão assentadas em uma principiologia jurídica, cuja força motriz deve ser sempre em direção ao sujeito ético, que por sua vez pressupõe o sujeito de desejo. E é por isso que não se pode mais falar em Direito de Família, mas em Direito de Famílias. (PEREIRA, 2012, p. 262-263).

Verifica-se, à vista disso, que para organizar juridicamente as relações familiares, os operadores do direito devem além do uso das normas, buscar ampliar a sua compreensão na base principiológica do direito. Contudo, devido à quantidade de princípios que abarcam o direito de família e a organização jurídica, difícil apontar quais exatamente deverão ser utilizados, razão pela qual opta-se por aqueles que melhor protegem os direitos fundamentais dos envolvidos no caso concreto.

2.4 As famílias possíveis

As famílias atuais apresentam-se das mais variadas formas, resultante dos diversos tipos de relacionamentos existentes na sociedade brasileira. Assim, para que não haja discriminação e a fim de que ocorra justiça, todas as formas plurais existentes merecem a proteção do Estado.

Desta maneira, Dias (2013) percebe a necessidade do reconhecimento de outros arranjos familiares além do casamento, devido às transformações sociais das relações interpessoais e dos costumes. Conseqüentemente, Azevedo (2013) ressalta a importância da proteção de todos tipos de entidades familiares e a repressão às discriminações.

Preceitua Azevedo (2013, p. 10) que “o ser humano é um ser gregário, que necessita viver em família, cujo modo de constituição ele escolhe, firmando-se um costume admitido em sua coletividade, que vai transpondo gerações”. Como resultado, atualmente é possível constatar que “a convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que seu conceito se pluralizou.” (DIAS, 2013, p. 39).

A Constituição Federal Brasileira de 1988 não listou todas as possíveis formas de entidades familiares, segundo Dias (2013). Ainda, no entendimento Tartuce e Simão (2013), o rol constante na Carta Magna vigente é exemplificativo, dessa forma podem aparecer outros tipos de famílias, além das expressas no texto constitucional. Assim, a lista das possíveis organizações familiares é significativa, conforme Pereira (2012), alguns serão mencionados sem a pretensão de esgotar todas as formas existentes atualmente:

- a) **Família formada pelo casamento:** Na visão de Lôbo (2011, p.100), o “casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”. O casamento há muito tempo representou a única possibilidade de constituição de família e não visava a proteção do desenvolvimento e a proteção do indivíduo antes da Carta Magna de 1988, explicam Almeida e Rodrigues Júnior (2012). Atualmente, devido a sua tradição constitui uma das formas de constituição de família ainda relevante, e se trata do modelo predominante na sociedade brasileira, conforme constata Lôbo (2011);
- b) **União Estável:** é uma entidade familiar formada pela convivência contínua, pública e duradoura com escopo de constituir família, consoante ao artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro. Importante ressaltar, que “a união estável nasce com o afeto entre os companheiros, constituindo sua família, sem prazo certo para existir ou para terminar”. (AZEVEDO, 2013, p. 159). Em relação à união estável, a Constituição Federal Brasileira de 1988 inovou a reconhecendo como uma entidade familiar e possibilitando sua conversão em casamento, segundo Wald (2009);
- c) **Família monoparental:** Conforme Lôbo (2011) a família monoparental é aquela composta pelos descendentes e um dos genitores, como é o caso do divórcio ou da adoção por uma pessoa solteira. Dias (2013) acrescenta que a doutrina nomeou essa entidade e os direitos da família monoparental não estão regulados, embora comporte um grande número de casos. Entretanto, o primeiro autor elucida a proteção constitucional dessa formação familiar,

explicando que a morte do ascendente resulta no desaparecimento da família monoparental, mesmo no caso de nomeação de tutela aos descendentes;

- d) **Família anaparental:** Almeida e Rodrigues Júnior (2012) consideram que a família anaparental é aquela organizada sem a participação dos pais, formada por pessoas unidas pelo vínculo afetivo de afinidade que coabitam. Dias (2013) cita como exemplo de família anaparental a convivência de duas irmãs na mesma casa ao longo de vários anos formando um patrimônio conjunto. Assim, na possibilidade do falecimento de uma delas a outra ficaria com a integralidade do patrimônio sem precisar dividir com os outros irmãos;
- e) **Família homoafetiva:** o arranjo familiar compreendido por pessoas do mesmo sexo que conservam um vínculo afetivo de forma duradoura refere-se à família homoafetiva, segundo Almeida e Rodrigues Júnior (2012). Os autores ressaltam que essa família não está elencada na Carta Magna de 1988, mas que o Supremo Tribunal Federal⁵, por unanimidade, reconheceu essa entidade familiar e, “dentre os principais argumentos invocados a sustentar tal posição, encontram-se o direito fundamental à constituição familiar, a proibição à discriminação das pessoas em função do sexo e o direito à busca da felicidade”. (ALMEIDA E RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.71);
- f) **Família recomposta:** é aquela emanada da união estável ou do casamento, em que os seus componentes possuem filhos provenientes de outras relações resultando numa diversidade de vínculos, como Dias (2013) afirma. Almeida e Rodrigues Júnior (2012, p. 67) explicam: “o poder familiar não se estende ao novo membro, o qual passa a ter, juridicamente, apenas uma relação de afinidade com o filho daquele com quem compõe um casal ou par.” Contudo, explica Lôbo (2011) que essa convivência acarreta dúvidas quanto aos direitos e deveres resultantes, visto que se torna necessário que a madrasta ou ao padrasto contraiam atribuições características de uma mãe ou pai biológico.

Pelo exposto, verifica-se que a Constituição Federal Brasileira de 1988

⁵ ADPF 132/2008 julgada conjuntamente com a ADI 4.277/2009

acolheu a família democrática, permitindo as mais diversas estruturas familiares e não admitindo nenhum tipo de discriminação entre seus integrantes. Assim sendo, as novas famílias são fundadas no afeto, na solidariedade e na dignidade da pessoa humana, esclarece Canotilho (2013). Ainda, segundo Pereira e Pereira (2014, p. 22), sobre as mudanças e o novo perfil da família, foram delineados “novos paradigmas e novos modelos de família, centrados na dignidade da pessoa humana e na solidariedade familiar, visando à realização integral de seus membros”.

Destarte, devido à pluralização da família, percebe-se a existência de várias entidades familiares, sem com isso, esgotar todas as possibilidades existentes. Conseqüentemente, as alterações ocorridas na família têm refletido na relação de parentesco de maior relevância, a filiação. Desse modo, devido à evolução da família e da sociedade, novos tipos de família poderão surgir, por conseguinte, o direito baseado na dignidade humana e nos direitos humanos tem a missão de acolhê-las e protegê-las.

3 DIREITO DE FILIAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 baniu as designações discriminatórias quanto à filiação, assegurando direitos aos filhos adotivos e aos nascidos ou não do casamento. Dessa forma, a parentalidade provém do estado de filiação e independe de origem biológica ou afetiva. Assim, ressalta-se que as famílias atuais com suas variadas estruturas passam a dar mais importância aos laços afetivos e não somente à descendência genética.

As mudanças nas estruturas familiares, especialmente quanto às formas de filiação, foram causadas notadamente devido à evolução tecnológica. Dessa forma, a reprodução assistida ganhou espaço com a finalidade da realização pessoal de parentalidade e constituição de uma família, superando suas investidas naturais frustradas e na tentativa de superação dos problemas com infertilidade e a esterilidade.

Assim, o objetivo, neste capítulo, será identificar a relação de parentesco; o conceito de filiação; a filiação e suas espécies; além da reprodução medicamente assistida e os procedimentos de reprodução assistida homóloga e heteróloga.

3.1 Relação de parentesco

As transformações sociais mudaram a feição da família. Essas mudanças manifestam-se de forma significativa principalmente na representação da família e

nas relações de parentesco. Ratifica-se a afirmação, tendo em vista que a família é o espaço para o desenvolvimento e construção da identidade de seus membros. Dessa forma, em relação ao parentesco, os seres humanos necessitam buscar a sua identidade através da descendência familiar civil e biológica.

A relevância do conhecimento do parentesco se dá devido aos direitos e as obrigações advindas das relações de parentalidade e afetividade. Isto posto, convém explicar que o “direito de família regula as relações patrimoniais e morais decorrentes do casamento, das demais entidades familiares e da relação de parentesco”. (LISBOA, 2013, p.41). Assim, por obra de sua importância é necessário entender as relações de parentesco para, em seguida, adentrar no assunto filiação.

Para Lôbo (2011, p. 206), parentesco “é a relação jurídica estabelecida pela lei ou por decisão judicial entre uma pessoa e as demais que integram o grupo familiar, nos limites da lei”. Na visão de Lisboa (2013, p. 42) o parentesco “é a relação existente entre sujeitos oriundos de um tronco ancestral comum, por natureza ou em decorrência da lei”. Gagliano e Pamplona Filho (2014, p.655), estendem o conceito, salientando ser a relação de parentesco fundada na afetividade “entre pessoas integrantes do mesmo grupo familiar, seja pela ascendência, descendência ou colateralidade, independentemente da natureza (natural, civil ou por afinidade)”. Compartilhando da mesma ideia, Diniz (2014) explica que o parentesco não é apenas o consanguíneo, mas que existe também esta relação no convívio socioafetivo.

A família é composta das mais variadas formas, conseqüentemente, a relação de parentesco comporta diversas classificações relevantes, que, conforme Dias (2013) abrange o biológico (paternal ou maternal), civil, por afinidade, em linha reta ou linha colateral. Assim, além do sentimento e dos valores, a relação de parentesco permite a identificação dos indivíduos vinculados a determinado grupo da sociedade, destaca Lôbo (2011).

Dessa forma, o parentesco natural ou consanguíneo é encontrado em linha reta ou colateral até o quarto grau. É um vínculo de sangue que une familiares, como é o caso de pai e filho, explica Diniz (2014). Partilhando desse raciocínio, Dias (2013, p. 353) esclarece que “parentes consanguíneos são as pessoas que têm

entre si um vínculo biológico”. A mesma autora, define ascendente como a pessoa que dá origem a outra e os descendentes que emanam da filiação. Ainda, o Código Civil Brasileiro de 2002 no artigo 1.591, esclarece que os parentes em linha reta são aqueles que possuem uma relação de ascendência e descendência entre si. Nesse sentido, Venosa (2014) especifica que o parentesco em linha reta é infinito e que cada geração corresponde a um grau.

Já o parentesco colateral, também chamado de transversal ou oblíquo, é aquele que possui ascendentes comuns, sendo limitado até o quarto grau para fins legais. Assim, como ressalta Lôbo (2011, p. 210) são considerados “parentes colaterais ou transversais: irmão, tio, sobrinho, sobrinho-neto, tio-avô e primo (filho do tio, também chamado primo em primeiro grau)”. Igualmente, Dias (2013) explica que o parentesco colateral procede de um genitor comum, porém as pessoas não descendem uma das outras e ainda, não há parentesco colateral em primeiro grau.

A afinidade pelo Código Civil Brasileiro de 2002, é considerada como relação de parentesco e foi ampliada aos companheiros. Não possui limitações na linha reta (aos ascendentes e descendentes), mas ao contrário se observa na linha colateral (aos irmãos do cônjuge ou do companheiro). Não se extingue a parentalidade por afinidade pela dissolução da união ou do casamento, em linha reta, mas sim na transversal. Da mesma forma, o parentesco por afinidade, conforme Monteiro e Silva (2012, p. 419) “é o vínculo que se estabelece entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro consorte”. Todavia, Gagliano e Pamplona Filho (2014) ressaltam que os companheiros e os cônjuges, apesar de integrarem a família, não são parentes entre si. Nesse sentido, acrescenta Lisboa (2013) que a doutrina majoritária concorda que não existe relação de parentesco entre os cônjuges ou companheiros em razão de que não procedem da mesma família.

O parentesco por afinidade gera direitos e obrigações, além do convencionalmente obrigatoriamente pelo casamento ou pela união estável, mesmo sendo diferente do parentesco de sangue, informa Lôbo (2011). Ainda, Gonçalves (2014) esclarece que a afinidade é puramente pessoal e delimitada por lei, logo com o rompimento do casamento ou da união estável, continuam ligados pela afinidade os sogros, a nora e o genro, porém os concunhados não possuem relação de parentesco entre si. Assim, conclui Madaleno (2013) que não existe descendência,

portanto, não há contagem de graus no parentesco por afinidade. O mesmo autor revela, ainda, que as novas formas de entidades familiares trazidas pela evolução da sociedade fortaleceram os vínculos de parentesco por afinidade.

Logo, o Código Civil Brasileiro de 2002 no artigo 1.593, estabelece que o parentesco pode ser natural ou civil, conforme resulte na consanguinidade ou outra origem. O parentesco civil na visão de Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 658) refere-se a uma “modalidade de parentesco que se define por exclusão, ou seja, entende-se por parentesco civil toda modalidade de parentesco não fundada na reprodução biológica ou na relação de afinidade”. Por conseguinte, Rodrigues (2004) compreende que o parentesco civil ocorre da adoção ou de outra origem, abrangendo a reprodução assistida.

Além disso, o artigo 1.597, nos incisos III, IV e V do Código Civil Brasileiro de 2002, pressupõe a relação de parentesco aos filhos advindos da reprodução assistida. Consequentemente, é perceptível que o parentesco não está limitado pelos laços consanguíneos e da adoção. A evolução da biotecnologia resultou num novo tipo de parentesco, a filiação advinda da reprodução assistida, conforme Monteiro e Silva (2012). Em suma, verifica-se a importância da relação de parentesco no direito, especialmente no direito de família, devido aos efeitos legais resultante do mesmo, tornando-se relevante a análise também da filiação e seus desdobramentos.

3.2 Conceitos de filiação

O direito de família sofre inúmeros efeitos advindos da filiação, por isso, é de extrema importância a averiguação do seu conceito. Assim sendo, Rizzardo (2014, p. 50) explica a relevância do tema ao direito de família, “posto que os filhos são uma das razões maiores do casamento, representando a continuidade da espécie, e sendo uma amostra do futuro da humanidade”. Assim, conforme Gonçalves (2014, p.320), “em sentido estrito, filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais”.

Nesse contexto, cabe ressaltar a importância e abrangência da filiação como

fato relativo ao direito:

Todo ser humano possui pai e mãe. Mesmo a inseminação artificial ou as modalidades de fertilização assistida não dispensam o progenitor, o doador, ainda que essa forma de paternidade não seja imediata. Desse modo, o Direito não se pode afastar da verdade científica. A procriação é, portanto, um fato natural. Sob o aspecto do Direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos. Portanto, sob esse prisma, o direito de filiação abrange também o pátrio poder, atualmente denominado poder familiar, que os pais exercem em relação aos filhos menores, bem como os direitos protetivos e assistenciais em geral (VENOSA, 2014, p. 231).

Rodrigues (2004, p. 321) aduz que “a filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado”. Por outra perspectiva, a filiação pode ser vista como um enlace:

Filiação é um conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação heteróloga. Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade. A filiação procede do latim, *filiatio*, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace (LÔBO, 2011, p. 217).

Além disso, uma nova discussão sobre o conceito de filiação reforça a ideia de laços com vínculo afetivo:

A filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo ainda (CC, arts. 1.593 a 1.597 e 1618 e s.), ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga (DINIZ 2014, p. 499).

Como é expresso por Scalquette (2014), a filiação como relação de parentesco pode ser resultante de vínculo sanguíneo ou de outra origem legal, como por exemplo a reprodução assistida, realizada com material genético de terceira pessoa. Observa-se, portanto, que a filiação deve ser analisada de forma mais ampla, numa visão moderna e atual, na tentativa de abranger todas as formas possíveis:

Assim, preferimos conceituar a filiação como a relação de parentesco em linha reta de primeiro grau que se estabelece entre pais e filhos, seja essa relação decorrente de vínculo sanguíneo ou de outra origem legal, como no caso de adoção ou reprodução assistida com utilização de material genético de pessoa estranha ao casal (SCALQUETTE, 2014, p. 86).

Nesse contexto, pode-se afirmar que a filiação e, conseqüentemente, os direitos reprodutivos são uma das vertentes do planejamento familiar, tratado pela Carta Magna de 1988 como um direito fundamental de livre decisão do casal. Dessa forma, destaca Dias (2013), que nem o Estado e, tampouco a sociedade, podem interferir no planejamento familiar do casal.

Sob esta perspectiva, Lôbo (2011, p.219) explica que “no Brasil, os pais são livres para planejar sua filiação, quando, como e na quantidade que desejarem, não podendo o Estado ou a sociedade estabelecer limites ou condições”. Na mesma linha de raciocínio, Canotilho (2013, p. 2122) revela que a Carta Magna atual, inclui o planejamento familiar como um direito fundamental e essa proteção jurídica é conferida “à família como um grupo social, como pessoas que conjuntamente constroem um ambiente no qual possam, individualmente, cada uma, melhor se desenvolver”.

Em síntese, cabe salientar a importância da perfilhação no âmbito familiar, pois a “relação de filiação é o vínculo mais importante da união e aproximação das pessoas. Constitui um liame inato, emanado da própria natureza, que nasce instintivamente e se prolonga ao longo da vida dos seres humanos [...]” (RIZZARDO, 2014, p. 50). Assim, considerando a importância dos vínculos gerados através da filiação e seus desdobramentos legais, é relevante verificar as espécies de filiação existentes no ordenamento jurídico brasileiro, para após tratar da reprodução medicamente assistida, tema principal do estudo.

3.3 A filiação e suas espécies

A filiação no Código Civil de 1916 estabelecia um tratamento desigual entre os filhos legítimos e os ilegítimos. Dessa maneira, estes possuíam situação inferior aos demais, unicamente reconhecidos por vontade dos pais e não havendo a

possibilidade de uma ação de reconhecimento de paternidade interposta pelo filho ilegítimo, explica Wald (2009). Esse panorama se estendeu por muito tempo, praticamente até a Constituição Federal de 1988:

A desigualdade entre filhos, particularmente entre filhos legítimos, ilegítimos e adotivos, era a outra e dura face da família patriarcal que perdurou no direito brasileiro até praticamente os umbrais da Constituição de 1988, estruturada no casamento, na hierarquia, no chefe de família, na redução do papel da mulher, nos filhos legítimos, nas funções de procriação e de unidade econômica e religiosa. A repulsa aos filhos ilegítimos e a condição subalterna dos filhos adotivos decorriam naturalmente dessa concepção (LÓBO, 2011, p. 219).

Monteiro e Silva (2012) esclarecem que, com a entrada em vigor da Lei nº 8.560/92, que regula a investigação da paternidade dos filhos havidos fora do casamento, ocorreram modificações significativas. A partir desse momento, o reconhecimento dos filhos - havidos ou não do casamento - foi possibilitado sem qualquer restrição, destacam os últimos autores.

A distinção entre filhos acabou, em princípio, com entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, que trouxe a proibição de toda e qualquer discriminação em relação à filiação, além de igualdade de direitos, afirma Rodrigues (2004). Assim, “toda essa abominável discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos, biológicos ou adotados, felizmente é coisa do passado”. (COELHO, 2014, p.164).

A Constituição Federal Brasileira de 1988 estabeleceu, no artigo 227, §6º, o princípio da igualdade de filiação, revelando que os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. O Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 20, também consagra o princípio da igualdade para todos os tipos de filiação, proibindo qualquer forma de discriminação. No mesmo sentido, o Código Civil Brasileiro de 2002 nos artigos 1.596 e 1.597 permite reconhecer os filhos concebidos durante o casamento sem, contudo, discriminar os filhos havidos fora do casamento.

À vista disso, Coelho (2014) classifica a filiação em quatro espécies: filiação biológica e não biológica, que é subdividida em adotiva, por substituição e socioafetiva. Tais espécies podem ser assim descritas:

A filiação é biológica quando o filho porta a herança genética de quem consta como pai e mãe de seu registro de nascimento. Pode ser natural, se a concepção derivou de relação sexual entre os genitores, ou não, quando feita *in vitro*. A filiação não biológica, por sua vez, compreende aquela em que os gametas, ou mesmo um deles, não foram fornecidos pelas pessoas identificadas como pai e mãe no registro de nascimento (por substituição). Também não são biológicas as filiações socioafetiva e adotiva. Mas essa classificação, assim como a que distingue entre filiação havida dentro e fora do casamento, são meramente ilustrativas. Em qualquer caso, os direitos e deveres associados à relação de filiação (ou de paternidade ou maternidade) são idênticos (COELHO, 2014, p.166).

Quanto à filiação biológica cabe elucidar que “o filho pode ser concebido de forma natural ou também através do auxílio médico, com a utilização de técnicas que possibilitam o encontro do espermatozoide com o óvulo, ou, ao menos, facilitam-no.” (SCALQUETTE, 2010, p.44). Ainda, sobre o mesmo assunto, é importante esclarecer que:

Biológica é denominada a filiação quando, como o nome indica, decorre das relações sexuais dos pais. O filho tem o sangue dos pais – daí ser filho consanguíneo. De observar que a filiação biológica distingue-se em legítima, legitimada e ilegítima. Legítimos consideram-se os filhos gerados na vigência do casamento civil de seus pais. Legitimados, os gerados antes desse casamento, que os legitima. Ilegítimos, os nascidos fora do casamento civil de seus pais, os quais, por sua vez, se distinguem em naturais *stricto sensu* e espúrios. Naturais são os filhos cujos pais não se achavam impedidos de se casar um com o outro quando foram concebidos (RIZZARDO, 2014, p. 50).

Em relação à filiação socioafetiva, esta “constitui-se pela manifestação do afeto e cuidados próprios das demais espécies de filiação entre aquele que sabidamente não é genitor ou genitora e a pessoa tratada como se fosse seu filho” (COELHO, 2014, p. 179). Logo, o parentesco que o Código Civil Brasileiro menciona no artigo 1.593, quando diz “outra origem”, refere-se à filiação socioafetiva que está relacionada ao afeto. O argumento sustentado por Gagliano e Pamplona Filho (2014) para determinar a consagração jurídica da paternidade socioafetiva é o vínculo do coração, que foi reconhecido pelo Estado independentemente dos laços de sangue.

Outra configuração de filiação, considerada não biológica, é a adoção e pode ser dessa forma conceituada:

A adoção vem a ser o ato judicial pelo qual, observados os requisitos legais, se estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua

família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. [...] A adoção é, portanto, um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre o adotante, ou adotantes, e o adotado um liame legal de paternidade e filiação civil. Tal posição de filho será definitiva ou irrevogável, para todos os efeitos legais, uma vez que desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, salvo os impedimentos para o casamento (CF, art. 227, §§ 5º e 6º), criando verdadeiros laços de parentesco entre o adotado e a família do adotante (DINIZ, 2014, p. 571 e 572).

A adoção, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, é medida excepcional e irrevogável, concede a condição de filho ao adotado com os mesmos direitos e deveres. Na visão de Lôbo (2011), a adoção é um ato jurídico complexo e decorre de decisão judicial para surtir efeito, além de ser um direito indisponível.

A filiação não biológica pode ser verificada também através da maternidade por substituição que pode ser elucidada:

Quem não consegue ter filhos por meio natural pode se submeter a técnica de reprodução assistida, que se realiza pela doação de gameta ou temporária de útero. O contratante dos serviços médicos será, para todos os fins de direito, o pai ou mãe da pessoa que vier à luz por sua iniciativa (COELHO, 2014, p.171).

Considera-se importante frisar que o Código Civil Brasileiro de 2002 inovou trazendo no artigo 1.597, os incisos III, IV e V: as espécies de filiação por substituição. Nesse sentido, Scalquette (2014) complementa que esses incisos se referem à filiação decorrente da reprodução assistida, hipótese em que há a busca de auxílio médico para gerar um filho.

Diniz (2014), exprime que o direito, quando trata de filiação, utiliza-se de presunções. Assim, a autora constata que, devido à inviabilidade de prova direta da paternidade, o Código Civil Brasileiro de 2002 se estrutura em presunções de caráter relativo quanto ao pai, que pode contestá-la ou eliminá-la provando o contrário. Dividindo a mesma opinião, Lôbo (2011, p. 220) acrescenta que pela dificuldade da atribuição da paternidade, “essas presunções têm por finalidade fixar o momento da concepção, de modo a definir a filiação e certificar a paternidade, com os direitos e deveres decorrentes”. Assim, Dias (2013) explica que os filhos havidos na constância do casamento não necessitam de reconhecimento devido sua presunção legal.

Por outro lado, tem-se o reconhecimento voluntário dos filhos fora do casamento de forma irrevogável, que poderá ser feito conforme as disposições do Código Civil Brasileiro de 2002:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:
I - no registro do nascimento;
II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Todavia, não ocorrendo o reconhecimento voluntário do filho, este poderá demandar judicialmente através da ação de investigação de paternidade, com seus efeitos retroagindo à data do nascimento do filho, segundo Gonçalves (2014). Assim, o Estatuto da Criança do Adolescente aponta no artigo 27 que o reconhecimento do filho é um direito personalíssimo, imprescritível e indisponível. Compartilha da mesma opinião, Madaleno (2013, p.515) quando esclarece que o Supremo Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de que o reconhecimento da filiação “é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado apenas o segredo de justiça [...]”. Ainda, Gonçalves (2014) destaca que todos os meios de prova são aceitos na investigação de paternidade, especialmente o teste de DNA (ácido desoxirribonucleico), trazendo deste modo, plena convicção quanto à paternidade investigada.

Por fim, a importância do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento são os efeitos na esfera patrimonial e moral, sendo o principal a consolidação da relação de parentesco entre o genitor e seu descendente, conforme Gonçalves (2014). Assim, conclui Coelho (2014) que não importa qual a espécie de filiação, muito menos a entidade familiar pertencente, o genitor e seus descendentes possuem direitos e obrigações análogos. Portanto, a origem da filiação biológica na atualidade não é relevante, pois a evolução da ciência possibilitou a manipulação genética e o uso de técnicas de fecundação, como a reprodução assistida homóloga e heteróloga, a gravidez por substituição, dentre outras como Dias (2013) explicita.

À vista disso, Madaleno (2013) revela que as novas estruturas das famílias

passam a dar mais importância aos laços afetivos, não sendo suficiente somente a descendência genética. Apenas a mera concepção não é condição necessária para estabelecer uma relação de amor e afeto entre pais e filhos.

3.4 Reprodução humana medicamente assistida

Os filhos representam a continuidade da família, configurando a parentalidade um desejo da maioria das pessoas. Nesse seguimento, a incapacidade de procriação acarreta inúmeros problemas, pois essa aspiração está diretamente relacionada à realização pessoal. Para as mulheres a maternidade é de fundamental importância, ao passo que aos homens assegura sua descendência, explicam Borges Júnior, Cortezzi e Farah (2011). Os mesmos autores articulam que existe uma pressão pelos familiares e pela sociedade aos casais que não possuem filhos, acarretando sérios problemas, inclusive alguns de caráter psicológico. Portanto, as técnicas de reprodução assistida despontam numa tentativa de colaboração aos casais com problemas de fertilidade ou de esterilidade.

A evolução da ciência possibilitou aos casais com problemas de fertilidade ou esterilidade a realização do desejo da formação de uma família. Através desse ângulo, Rizzardo (2014, p. 54) explica que “parte-se de uma situação biológica especial, em que os casais não conseguem a procriação pelo sistema tradicional da união sexual do homem e da mulher”. Madaleno (2013) destaca que a reprodução artificial permite superar a esterilidade e a realizar o desejo da paternidade e da maternidade. Verifica-se, então, a possibilidade de gerar vidas e de estabelecer um vínculo de filiação e, sobretudo, de afeto através dos métodos de reprodução assistida.

Ademais, é importante demonstrar que existe uma diferenciação entre infertilidade e esterilidade. “A infertilidade é a incapacidade de concepção após um ano e meio de tentativa sem uso de método anticoncepcional em ritmo sexual adequado” (ABDELMASSIH, 2007, p.3-4). O mesmo autor assegura a existência da “infertilidade primária”, que é aquela em que nenhuma vez ocorreu a gravidez e, a “infertilidade secundária”, quando já ocorreu a gravidez, porém ocasionou aborto.

A esterilidade, por sua vez, é tratada atualmente como a incapacidade absoluta de conceber, podendo estar relacionada ao homem ou a mulher, explica Abdelmassih (2007). Assim, a esterilidade conjugal ocorre quando o casal, mesmo sem o uso de anticoncepcionais, depois de dois anos de constantes atos sexuais não consegue uma gravidez a termo, complementa Scalquette (2010).

No entendimento de Borges Júnior, Cortezzi e Farah (2011), a infertilidade é um problema de interesse público reconhecido pela Organização Mundial da Saúde, e os métodos de reprodução assistida afluíram com o escopo de solucionar esse problema. Todavia, cabe ressaltar que não são apenas a esterilidade ou a infertilidade os motivos da procura pela reprodução assistida, mas também as doenças genéticas que preocupam os genitores. Em consequência disso, ocorre o aumento da busca por procedimentos médicos com o objetivo de evitar a transmissão de doenças familiares aos filhos, com o intuito de garantir qualidade de vida, destaca Scalquette, 2010.

A reprodução assistida na visão de Scalquette (2010), propõe facilitar o encontro do espermatozoide com o óvulo, com objetivo de proporcionar a fecundação de forma assistencial. Essa assistência pode ser feita de duas formas: “aconselhamento e acompanhamento da periodicidade da atividade sexual do casal a fim de otimizar as chances de que ela resulte em uma gravidez; ou pelo emprego de técnicas médicas avançadas, de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo [...]” (SCALQUETTE, 2010, p. 58). Isto posto, a reprodução humana assistida pode ser assim conceituada:

A técnica pode ser definida como fecundação artificial, pela qual se dá a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais de cópula. A palavra deriva do latim, e tem origem no verbo inseminare formado pela preposição in (em) mais seminare, incorporando o termo sêmen que significa semente, e é empregada no sentido de procriar, gerar, propagar. [...] Pode ser chamada de concepção artificial, fertilização artificial, fecundação ou fertilização assistida, e consiste no processo que leva o óvulo a entrar em contato com o espermatozóiide, resultando um ser humano, sem a cópula carnal (LOUREIRO, 2009, p. 95).

A reprodução medicamente assistida vista como projeto parental pelos casais inférteis ou estéreis e as formas de fecundação artificial podem ser definidas da seguinte forma:

A reprodução ou procriação assistida consiste, basicamente, na realização do projeto parental pelo uso das técnicas de inseminação artificial e fecundação *in vitro* homóloga ou heteróloga e da maternidade por substituição àqueles impedidos de obtê-la pelas vias naturais. No concernente ao lugar da fecundação, a procriação assistida pode ser intracorpórea, sempre que a fecundação ocorrer *in vivo*, ou seja, na cavidade uterina da mulher, ou extracorpórea, quando ocorrer *in vitro*, ou seja, a união dos gametas (concepção) é viabilizada, prescindindo-se do ato sexual (VASCONCELOS, 2006, p.13).

Vale destacar, que a inseminação e a fecundação são estágios diferentes e, “em realidade a fecundação será sempre um processo da natureza, apenas estimulada pela ciência através de um artifício instrumental para, posteriormente gerar a fecundação” (MADALENO, 2013, p. 522). A reprodução assistida é o gênero e dela deriva duas espécies: a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial. Segundo Scalquette (2010), as técnicas de reprodução humana medicamente assistidas podem ser realizadas por diversos métodos, sendo possível elencar os mais comuns:

- a) **Inseminação artificial:** A técnica de reprodução medicamente assistida mais simples é a inseminação artificial, que consiste na estimulação da ovulação, a coleta do sêmen e a introdução através de um cateter dos espermatozoides preparados no canal genital da mulher, explica Scalquette (2010). Complementa Madaleno (2013, p.524) que é um procedimento com recursos limitados e, “a inseminação ou a introdução do sêmen no útero feminino em procedimento laboratorial não garante a fecundação, porque o óvulo e o espermatozoide podem não se fundir”. Ademais, a inseminação artificial é admissível na forma homóloga e heteróloga, portanto “devemos atentar para a precisão terminológica, lembrando sempre que inseminação é a colocação do sêmen na mulher, seja esse sêmen do próprio marido ou de um doador”. (SCALQUETTE, 2010 p.66).
- b) **A fertilização *in vitro*** é um método de reprodução medicamente assistida realizada em laboratório na proveta, o famoso bebê de proveta, que pode ser na forma homóloga ou heretóloga, segundo Loureiro (2009). Nessa perspectiva, Madaleno (2013) propaga que a fertilização *in vitro* é uma técnica artificial em que o espermatozoide fecunda o óvulo, resultando num embrião a ser introduzido no útero da mulher numa tentativa de desencadear

a gravidez. Ainda, Vasconcelos (2006) esclarece que o uso da fertilização *in vitro* pode ocorrer com a doação de espermatozoide ou do óvulo, com a doação de embrião e ainda, com a mãe de substituição que é o empréstimo de útero.

- c) **A fertilização de gametas para as trompas** é uma variedade da fertilização *in vitro*, que permite a fecundação no corpo da mulher e não em laboratório. O espermatozoide e os óvulos são coletados e introduzidos por um cateter e a fertilização ocorre naturalmente, explica Madaleno (2013). Essa técnica é mais aceita e diminui o risco de gravidez fora do útero, destaca o mesmo autor.
- d) **A transferência de zigoto para as trompas** é a técnica que permite a fecundação no laboratório, variedade da fertilização *in vitro*. Após no máximo quarenta e oito horas de efetuada a fecundação no laboratório, é colocado o óvulo fecundado, que leva o nome de zigoto, nas trompas da mulher, explica Madaleno (2013).
- e) **A mãe de substituição** é aquela que empresta o útero recebendo o embrião do casal doador, também chamada de portadora. Outra hipótese de mãe de substituição, ocorre quando ela empresta o óvulo e o útero e será fecundada pelo sêmen do casal, em que a esposa é infértil, porém deverá renunciar a maternidade e entregar a criança ao casal que a contratou, explica Madaleno (2013). Acrescenta Abdelmassih (2007) que no Brasil essa técnica é conhecida como barriga de aluguel, permitida sem fins lucrativos, geralmente ocorre com utilização do útero de uma parente até segundo grau, porém no caso da doadora não possuir parentesco se faz necessário uma autorização do Conselho Regional de Medicina.
- f) **Micromanipulação** é a técnica de reprodução medicamente assistida em que ocorre a injeção do espermatozoide no interior do óvulo através de microagulhas, especialmente na hipótese de carência de espermatozoides, isto é, no caso de infertilidade masculina. Consiste num método similar ao da fertilização *in vitro*, por isso ocorre de forma extracorpórea, e conseqüentemente é feita em laboratório conforme esclarece Scalquette (2010).

É pertinente ressaltar, que o Conselho Federal de Medicina na resolução nº 2.013/2013, explana que podem ser pacientes das técnicas da reprodução medicamente assistida todas as pessoas capazes e, além disso, que é obrigatório o consentimento informado:

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

3 - O consentimento informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas a serem submetidas às técnicas de reprodução assistida.

Ainda, cabe advertir, com base na igualdade enquanto direito fundamental da pessoa humana previsto na Constituição Federal de 1988, que é permitido ser paciente das técnicas da reprodução medicamente assistida os casais homoafetivos e as pessoas solteiras, é o que estabelece de forma harmônica, a resolução de 2013 do Conselho Federal de Medicina.

Namba (2009) revela que a primeira reprodução assistida com resultados demonstrados pela ciência fora ocasionada por John Hunter e ocorreu no ano de 1791. Entretanto, Scalquette (2010) divulga que no ano de 1978, precisamente no dia 25 de julho, nasceu na Inglaterra, Louise Joy Brown, consagrado mundialmente como o primeiro bebê de proveta. No Brasil, o nascimento de Ana Paula Caldeira em 7 de outubro de 1984 em Curitiba, revelou um marco na medicina brasileira ao nascer o primeiro bebê gerado através da fertilização *in vitro*, segue mencionando o autor.

Desse modo, é visível que após essas grandes conquistas, as técnicas de reprodução assistida passaram a se desenvolver e a transformar a realidade dos casais com problemas de infertilidade. Assim, de acordo com o explanado, a reprodução artificial humana pode ocorrer de duas formas: fecundação artificial homóloga e heteróloga, as quais serão especificadas a seguir.

3.4.1 Reprodução humana assistida homóloga

A inseminação artificial homóloga ocorre “quando o material genético do filho é coincidente como material genético dos pais, ou seja, óvulo da mãe e do espermatozoide do pai”. (SCALQUETTE, 2010, p.52). Assim, Dias (2013, p.375) esclarece que “chama-se de concepção homóloga quando decorre da manipulação de gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação *in vitro*, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo.” Compartilhando do mesmo entendimento, Silveira e Araújo Netto (2013, p. 64) relatam que a fertilização *in vitro* “é uma técnica sob a qual o material genético do casal é obtido e manuseado em laboratório, ocorrendo a fecundação antes do embrião ser implantado no útero”. Os mesmos autores citados anteriormente, elucidam que poucos embriões são implantados e o restante são congelados para uma possível utilização futura, até mesmo após o óbito do marido.

Diante das considerações, percebe-se que tanto a inseminação artificial quanto a fertilização *in vitro* podem ser de forma homóloga. A técnica de reprodução artificial homóloga, que manipula o sêmen do marido e o óvulo da esposa, é admitida no direito brasileiro, necessitando da permissão do marido durante a vida, conforme Madaleno (2013). Não obstante, o artigo 1.597, inciso III do Código Civil Brasileiro de 2002 permite a inseminação artificial mesmo quando o marido tenha falecido.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 reconhece no artigo 1.597, incisos III e IV, a presunção de concepção na constância do casamento dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga mesmo após o falecimento do marido e a qualquer tempo, tratando-se de embriões excedentários quando a concepção for de maneira artificial homóloga.

Entretanto, a doutrina prevê que a viúva somente conseguirá fazer uso do método da inseminação artificial na forma homóloga se o marido deixou consentimento expresso através de um documento autenticado ou na forma de testamento, esclarece Madaleno (2013). Reforçando a ideia da necessidade do consentimento, Lôbo (2011, p. 223) explica que “o princípio da autonomia dos

sujeitos, como um dos fundamentos do biodireito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim”. Porém, no entendimento do primeiro autor mencionado, o Código Civil Brasileiro de 2002 não esclarece a necessidade de autorização expressa do esposo para a inseminação artificial homóloga após sua morte.

Conclui-se, a partir do descrito acima, que a reprodução assistida homóloga se trata de uma forma de concepção que utiliza o material genético do casal, que possui fertilidade, porém não alcança a fecundação através do ato sexual. Consequentemente, explica Madaleno (2013), a sociedade aceita essa técnica, visto que, com ajuda instrumental proporciona ao casal a satisfação pela conquista da procriação.

3.4.2 Reprodução humana assistida heteróloga

A fecundação heteróloga é uma espécie de filiação não biológica, por substituição. A concepção, neste caso, ocorre com material genético de um terceiro doador e o vínculo de filiação é definido com a parturiente, porém se o marido consentir ele será o pai por presunção legal, elucida Dias (2013). Assim, a fertilização *in vitro*, é possível ocorrer na forma heteróloga na hipótese de um doador de sêmen, no caso de infertilidade ou esterilidade do marido, ou doação de óvulo no caso da mulher. Além disso, esse método proporciona o uso de uma barriga de aluguel ou de um útero de substituição, de acordo com Loureiro (2009).

Complementando, Madaleno (2013, p. 529) esclarece que a técnica de reprodução assistida da inseminação artificial heteróloga ocorre quando é utilizado “o sêmen de um doador que não o marido ou o companheiro, sendo imprescindível o expresso consentimento do parceiro”. O último autor mencionado, esclarece ainda, que em regra, a identidade do doador é mantida em sigilo, e o esperma é armazenado de forma qualitativa num banco de sêmen. Contudo, Coelho (2014) salienta que é necessária a autorização daquele que tenha o gameta substituído e somente é válida durante o relacionamento conjugal, assim havendo o rompimento da união estável ou do casamento acaba a presunção de paternidade.

À vista disso, o último autor mencionado afirma não ocorrer a presunção da paternidade após o falecimento do marido como ocorre na reprodução artificial homóloga. Ainda, salienta Dias (2013) que é possível a revogação da concessão da fecundação heteróloga no caso da separação do casal, porém deve ocorrer antes que a implantação do óvulo na mulher, caso contrário não é admitida a retratação. Compartilhando da mesma ideia, Lôbo (2011) explica que o consentimento do marido com a doação do sêmen de outro homem - no caso da reprodução heteróloga - é irrevogável, baseado no princípio da boa-fé e não é admitida uma investigação de paternidade, portanto consiste numa presunção da paternidade absoluta.

Em suma, a reprodução humana medicamente assistida abordada nesse tópico, é utilizada nos casos de infertilidade ou esterilidade do casal, entretanto, também poderá ser usada para evitar a transmissão aos filhos no caso de uma doença genética grave dos pais.

Diante do exposto, verifica-se que a filiação pode ser entendida como um vínculo afetivo entre pais e filhos. Esse enlace deve ser visto de forma ampla de acordo com as mudanças sociais e as atuais relações familiares, revelando novos valores da sociedade. Tais valores levaram à ampliação das formas de constituição da família e refletiram também na filiação. Dessa forma, não cabe mais a diferenciação de filhos legítimos e ilegítimos, sendo reconhecidas e ampliadas as relações afetivas, pois são reflexos das mudanças sociais.

Atualmente as conquistas da ciência também geraram transformações em relação à procriação ao possibilitar a reprodução humana assistida aos que possuíam o desejo de ter filhos e conviviam com a infertilidade ou esterilidade. Entretanto, essas mudanças trouxeram impactos nas relações familiares, gerando conflitos jurídicos em razão da carência de legislação inerente. Assim, torna-se importante a análise desses conflitos, demonstrando como o ordenamento jurídico busca solucioná-los.

4 REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA: QUESTÕES POLÊMICAS EM RAZÃO DA CARÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

A reprodução assistida com o avanço científico evoluiu, todavia de forma mais rápida que o direito. Surgiram, dessa forma, situações novas e desconhecidas, trazendo a necessidade da intervenção do ordenamento jurídico para solucionar os conflitos resultantes desta relação no cenário familiar.

Nesse contexto, as regras do direito positivo restaram insuficientes às mais diversas questões decorrentes dos conflitos jurídicos resultantes da reprodução humana. Assim, os princípios configuram-se como norteadores, pelo julgador.

Este capítulo, portanto, terá o objetivo de examinar a reprodução medicamente assistida na legislação nacional e no direito comparado; a bioética e o biodireito em reprodução assistida; questões polêmicas e seus reflexos nas relações familiares devido à falta de legislação específica sobre a reprodução medicamente assistida no Brasil e, ainda, o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais como base de solução dos conflitos.

4.1 Legislação nacional sobre a reprodução medicamente assistida

Atualmente, no Brasil, não há regulamentação específica dispendo sobre a reprodução medicamente assistida. Dessa maneira, por se tratar de tema extenso e gerador de diversas consequências jurídicas, especialmente no direito de família,

torna-se imprescindível a delimitação jurídica da matéria, segundo Ferraz (2011). O mesmo autor destaca, por outro lado, que as técnicas de reprodução assistida são consideradas pelo artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal de 1988, direito fundamental e uma atividade científica livre, independente de censura ou licença. No entanto, esse direito encontra limitações e deve ser ponderado quando em confronto com outros direitos fundamentais.

Um dos direitos fundamentais que está constantemente em pauta é o direito à vida, e para solucionar as questões jurídicas que o envolvam, é preciso utilizar o fundamento constitucional da dignidade humana, pois não se admite que a atividade científica ofereça perigo à pessoa e a sua dignidade, segundo o posicionamento de Diniz (2009).

O Código Civil Brasileiro, por sua vez, reconhece no artigo 1.597, nos incisos III, IV e V, os filhos advindos das técnicas de reprodução medicamente assistida, entretanto não esclarece quais efeitos resultam dessa filiação. Assim, o Código Civil atual trata de forma insatisfatória sobre a reprodução assistida, não conseguindo solucionar os inúmeros conflitos dela resultante, defende Ferraz (2011).

Na mesma linha de raciocínio, Madaleno (2013) elucida que o Código Civil de 2002 não aponta soluções para as questões mais complexas e trata de forma superficial acerca da reprodução assistida. Acrescenta o referido autor, que devido às inúmeras e contínuas mudanças, além das numerosas descobertas genéticas, quando se trata do assunto reprodução assistida, é necessária regulamentação por meio de uma lei especial, porque os códigos são estáveis e sua peculiaridade é exatamente para dar maior segurança às leis.

Sobre o assunto, o Estatuto das Famílias apenas menciona no capítulo sobre a filiação, quando trata da presunção de paternidade dos filhos havidos por inseminação homóloga e heteróloga, a necessidade do consentimento expresso, livre e informado, porém em ambos os casos não prevê a filiação *post mortem*. Admite ainda, a possibilidade do filho nascido da inseminação heteróloga conhecer o seu vínculo genético, todavia sem criar relação de parentesco e sem possuir direito aos alimentos.

É importante salientar, que o posicionamento das principais religiões quanto à

reprodução assistida diverge, segundo Maluf (2013). Assim, a autora salienta que sob o ponto de vista moral, a Igreja Católica é inicialmente contrária às técnicas de reprodução assistida, já a religião luterana, o presbiterianismo, anglicanismo e a congregação cristã do Brasil são favoráveis. O judaísmo, o islamismo e as testemunhas de Jeová são favoráveis à inseminação artificial e ao congelamento do material genético, porém são contra a doação deste e dos embriões, conforme a autora supracitada, que também revela que os ortodoxos são contrários à doação do material genético e ao congelamento dos embriões e da sua doação. Por fim, considerando mais liberais por acreditar na reencarnação, a estudiosa acrescenta o posicionamento do budismo e do espiritismo que aceitam as técnicas de reprodução assistida, inclusive a doação de embriões e do material genético.

Na atual situação brasileira, existem projetos de leis que não foram aprovados que dispõem sobre a reprodução medicamente assistida, dentre eles destacam-se o projeto de lei nº 1135/2003, o nº 1184/2003 e o de nº 115/2015. Os dois primeiros projetos de lei buscam regulamentar o emprego das técnicas de reprodução humana assistida. Já o projeto de lei de nº115/2015, estabelece a criação de um Estatuto da Reprodução Assistida, com escopo de regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis, administrativas e penais. No capítulo II, do último projeto de lei mencionado, são discutidos os direitos e deveres, garantindo a transparência e o conhecimento na relação do médico com o paciente.

Existe, também, a Lei de Biossegurança, Lei nº 11.105/05, que estipula normas de segurança e mecanismos de fiscalização das atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, visando a proteção à vida e à saúde humana. Contudo, ela não dispõe sobre a reprodução medicamente assistida, apenas aborda a manipulação de células-tronco dos embriões excedentes oriundos da fertilização *in vitro* para a finalidade de pesquisa, explica Ferraz (2011).

Assim, em virtude da falta de legislação específica e afim de nortear a reprodução medicamente assistida no Brasil, o Conselho Federal de Medicina criou a resolução 2013/13, adotando as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida, elucida Ferraz (2011). Nesse sentido, segundo a resolução aludida são adotados alguns princípios éticos na aplicação das técnicas

de reprodução assistida, com a função de auxiliar nos problemas de fecundação. Dessa forma, ficou estabelecida pelo Conselho Federal de Medicina, a proibição de selecionar características biológicas, inclusive o sexo do bebê, salvo para evitar doenças genéticas. Visando um resultado satisfatório, é estipulado no capítulo I, dos princípios gerais do Conselho Federal de Medicina da resolução de 2013, que a genitora deve ter, no máximo, a idade de cinquenta anos e que o número de embriões implantados é de até quatro considerando a idade da futura mãe, que quanto mais velha, mais embriões necessitará.

É indispensável esclarecer que o Conselho Federal de Medicina proíbe a comercialização do material genético e impõe sigilo sobre a identidade dos doadores, consoante Ferraz (2011). Ainda, a respeito da resolução apontada, a autora mencionada revela que na hipótese de o médico violar as normas, será penalizado apenas administrativamente pela classe, todavia não será punido penalmente pela inexistência de tipos penais. Portanto, as normas estabelecidas pela resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina não têm força de lei, são apenas normas éticas, sendo incontestável a necessidade de uma lei que regularize a reprodução medicamente assistida e suas consequências perante a sociedade, argumenta a autora supracitada.

4.2 A reprodução medicamente assistida na legislação estrangeira

Os conflitos advindos da reprodução artificial devido à ausência de legislação específica no Brasil, faz com que se busque respostas nas leis esparsas, nos princípios e no direito estrangeiro. No tratamento dado à reprodução assistida através do Direito Comparado, constata-se que existem singularidades e diferenças, algumas serão verificadas na sequência.

Os Estados Unidos e a Europa foram os primeiros locais onde se desenvolveu a reprodução medicamente assistida, disciplinada inicialmente através de comitês de normas éticas até a criação de normas específicas para tratar sobre o assunto, destaca Ferraz (2011). Os Estados Unidos possuem uma peculiaridade em relação ao tema, pois é o único país que aceita a comercialização de óvulos e de

sêmen, inclusive divulgam na *internet*, possibilitando a escolha do material como se a filiação fosse uma coisa a ser adquirida, segundo a autora mencionada.

Em Portugal é proibida a discriminação quanto ao fato da filiação resultar da inseminação artificial ou quanto ao patrimônio genético, preservando sempre a dignidade da pessoa humana, conforme Scalquette (2010). Ferraz (2011) esclarece ainda, que a lei criada em Portugal dispõe sobre as técnicas de reprodução assistida aplicadas como forma alternativa de reprodução, nos casos de infertilidade ou na ocorrência de doenças genéticas. Além disso, a última autora referida, revela que a lei portuguesa prevê sanções penais no caso de seu descumprimento e que as questões legais, éticas e sociais são discutidas pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

Na Alemanha, ocorre a proteção da vida e da dignidade da pessoa humana a todos os seres humanos sem distinção, inclusive quanto aos embriões excedentes. Entretanto, no Brasil ocorrem divergências sobre o assunto até porque o Código Civil atual atribui à personalidade jurídica com o nascimento com vida, revela Canotilho (2013). Já na Itália é permitido fecundar somente três embriões que deverão ser implantados na genitora, pois é vedado o congelamento e a existência de embriões excedentes, como afirma Ferraz (2011). A mesma autora expõe ainda, que a lei italiana delimita o acesso às técnicas de reprodução assistida aos cônjuges ou no caso das relações estáveis devidamente comprovadas, além de proibir o empréstimo do útero e a técnica da fecundação heteróloga.

No caso da maternidade de substituição, nos Estados Unidos é permitido ceder por tempo determinado o útero com possibilidade de pagamento, por outro lado na Espanha é proibido ceder o útero temporariamente mesmo de forma gratuita e, vindo a suceder, a filiação será determinada pelo parto, explica Scalquette (2010). Na Alemanha, conforme Maluf (2013) quanto à maternidade de substituição, o evento será considerado nulo quando for contratual e ainda, é proibida a maternidade sub-rogada, porém ocorrendo o nascimento através dessa técnica de reprodução assistida, será considerada a mãe aquela que pariu a criança. Já na Inglaterra, a doutrinadora mencionada, esclarece que não há proibição referente aos contratos de barriga de aluguel, todavia será considerada mãe aquela que concebeu a criança e adotiva aquela que doar o material genético.

Em relação à inseminação após a morte, a lei espanhola permite somente no caso de embrião advindo do projeto parental anterior ao óbito e somente nos seis meses seguintes à morte do doador e mediante escritura pública, esclarecem Alves e Oliveira (2014). Já na Inglaterra, a fecundação *post mortem*, como expõe Diniz (2009) é autorizada, mas o direito à herança ao filho concebido através dessa técnica de reprodução assistida somente estará garantido se existir um documento expresso.

A legislação da França quanto a reprodução assistida prevê o consentimento expresso do casal com a cooperação de uma equipe médica multidisciplinar, além da proteção penal que admite até prisão perpétua no caso de grupo organizado na prática de clonagem humana ou na prática de eugenia, afirma Scalquette (2010). A mesma autora diz que a inseminação artificial heteróloga na França somente é permitida em caráter excepcional, bem como a necessidade do consentimento do casal diante do juiz ou do tabelião, afastando a hipótese de todo material genético ser fornecido por um terceiro doador. Quanto à maternidade de substituição na França, há proibição desta prática, acrescenta a autora supramencionada.

Percebe-se, então, que algumas legislações estrangeiras já delimitam de maneira mais específica as questões inerentes à reprodução humana assistida. Assim, verifica-se relevante a análise, pois o direito comparado serve de suporte para a doutrina e a jurisprudência brasileira, oferecendo fundamentos para construção de regras para resolução de conflitos advindos da reprodução artificial.

4.3 Bioética e o Biodireito na reprodução assistida

A bioética é uma das experiências assimiladas pelo homem que segundo Namba (2009, p.10) se amolda “para a condução de sua vida e de sua evolução, com a característica específica da conciliação com a experimentação científica, pois, pragmaticamente, deve haver uma aplicação de suas descobertas na realidade”. Na mesma linha de raciocínio, Maluf (2013) entende que a bioética abrange os estudos éticos das atividades biológica e médica, indicando as condutas a serem adotadas objetivando o respeito à dignidade da pessoa humana e avaliando suas implicações

na sociedade.

Nesse rumo, o encontro da bioética e do direito é definido como biodireito, que consiste num novo ramo revolucionário do Direito Público, que estuda as relações jurídicas existentes entre os avanços científicos e o direito, visando a proteção da dignidade humana, conforme Maluf (2013). À vista disso, Lisboa (2013) explica que a bioética tem como escopo proporcionar qualidade de vida ao homem, encontrando-se diretamente ligada aos direitos de personalidade e influenciando o emprego das técnicas e na solução dos conflitos relacionados com a fecundação medicamente assistida.

A contribuição da bioética se dá através de seus princípios para orientar a reprodução assistida, dentre os fundamentais considera-se o princípio da não maleficência, da autonomia e da justiça, de acordo com Alves e Oliveira (2014). Os autores explicam que no caso da não maleficência, as atitudes devem ser ponderadas e avaliadas eticamente de forma que não causem danos a nenhuma pessoa nos casos de aplicação da reprodução medicamente assistida. Quanto ao princípio da justiça, trata-se da distribuição justa dos meios e recursos que são, na maioria das vezes, escassos e limitados. Ressaltam ainda, que no que concerne o princípio da autonomia, está relacionado à capacidade de decisão que não é absoluta, mas que está delimitada aos princípios da não maleficência e da justiça.

Cabe ainda destacar a visão de Ferraz (2011) sobre o princípio bioético da autonomia, que trata do consentimento livre e informado consoante aos valores morais de cada indivíduo relativo à escolha dos procedimentos médicos a serem adotados. Isso somente é possível na hipótese de os médicos científicarem o paciente sobre seu estado clínico e os tipos de tratamento que podem ser usados em cada caso específico.

A aplicação das técnicas da reprodução medicamente assistidas, necessitam de uma maior segurança às pessoas envolvidas e, ainda, a possibilidade da responsabilização por erros cometidos pelos profissionais implicados no uso das técnicas. Nesse sentido, Namba (2009, p. 7) explica que a “ética representa uma conduta adotada após um juízo de valor, que não pode ser dissociada da realidade, para não se tornar etérea. Em decorrência disso, é orientadora das ações a serem

realizadas”, sendo perceptível sua ligação com o direito.

Nessa linha de raciocínio, Borges Júnior, Cortezzi e Farah (2011) concordam que a bioética traz argumentos sensatos para a solução de conflitos e impõe limites na utilização das práticas da reprodução humana assistida. Ainda, os mesmos autores acreditam que devido à complexidade do assunto, apenas a ponderação de valores e princípios não é satisfatória, sendo indispensável que o direito estipule as regras para o indivíduo viver em sociedade. Além disso, Diniz (2009) demonstra que é imprescindível que o biodireito e a bioética estejam ligados aos direitos humanos, desprezando qualquer ato contrário à dignidade humana, por conseguinte, qualquer manifestação da ciência passível de prejudicar a integridade física ou a vida das pessoas não podem violar os direitos humanos e devem se submeter aos princípios éticos.

A garantia constitucional da dignidade humana é a base da bioética, à vista disso, limita a atuação do profissional no uso das técnicas de reprodução assistida, visando sempre o respeito, a qualidade de vida, enfim o bem da pessoa humana e, ainda, a legislação que possa surgir, destaca Ferraz (2011). Por fim, os princípios da bioética não são impostos obrigatoriamente para o direito, isto posto, é necessário que haja uma regulamentação que imponha limites e defina o que é ilegal perante os avanços científicos especialmente ligados à reprodução assistida, considerando sempre a dignidade da pessoa humana com o embasamento dessa discussão, elucida Loureiro (2009), razão pela qual se discutem as questões abaixo.

4.4 Reprodução assistida e seus reflexos nas relações familiares

As famílias atuais não estão mais subordinadas somente ao casamento, são identificadas especialmente pelo afeto que aproxima as pessoas, explica Ferraz (2011). A mesma autora revela que o contato sexual não é mais a única maneira de procriação e o direito ao planejamento familiar possui, dentre suas faces, o direito à reprodução assistida. Todavia, cabe destacar que a “família, mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de

integração das gerações” (LÔBO 2011, p. 52). Dessa forma, são notáveis a importância e a responsabilidade das relações familiares.

Nesse contexto, a reprodução assistida trouxe benefícios para composição da família aos casais com dificuldade de procriação. Contudo, devido sua complexidade e a falta de uma legislação específica, provoca inúmeros conflitos jurídicos. Logo, serão analisados os reflexos nas relações familiares sem, contudo, pretender esgotar todos os conflitos ocasionados pela utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida e sua carência de legislação específica.

4.4.1 Embriões excedentes e o direito à vida

Na reprodução assistida tanto na forma homóloga como na heteróloga, cabe destacar o assunto polêmico que é o destino atribuído aos embriões excedentes. Primeiramente, é importante definir o que é embrião. O Projeto de lei nº 1184/2003 que dispõe sobre a reprodução assistida, no parágrafo único, inciso I do artigo 1º denomina: “embriões humanos: ao resultado da união *in vitro* de gametas, previamente à sua implantação no organismo receptor, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento”.

Após, é importante ressaltar a inviolabilidade do direito à vida que é assegurada pela atual Constituição Federal no seu artigo 5º, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais. Diniz (2009) afirma que o direito à vida é cláusula pétrea e a ordem jurídica deve respeitar a vida por ser um bem que antecede ao direito. Dessa maneira, a vida é um direito personalíssimo que condiciona a proteção contra todos e contra tudo como dever absoluto e deve prevalecer sobre todas as coisas, acrescenta a mesma estudiosa.

Entretanto, surgem questões polêmicas na reprodução assistida quanto ao marco inicial da vida e sua proteção jurídica. Diante das divergências, surgem as correntes doutrinárias natalistas, concepcionistas e da teoria da personalidade condicional, explica Madaleno (2013). Conforme Loureiro (2009), os doutrinadores natalistas afirmam que antes do nascimento o embrião não tem personalidade e não

é pessoa, portanto não é sujeito de direitos. No caso da teoria concepcionista, seus adeptos alegam que a vida começa no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, destaca Vasconcelos (2006). Conseqüentemente, a concepção é o marco da personalidade do nascituro, em vista disso, ele é considerado uma pessoa de direitos, explica Madaleno (2013).

Finalmente, a teoria da personalidade condicional adota o posicionamento de que a personalidade é adquirida com a concepção, porém condiciona os direitos relacionados a ela com o nascimento com vida, conforme Madaleno (2013). Nessa perspectiva, Madaleno (2013) elucida que no Brasil predomina a teoria natalista segundo a qual, os direitos de personalidade estão condicionados ao nascimento com vida em conformidade com o Código Civil em vigor.

Ademais, a ciência e a religião também divergem quando o assunto está relacionado ao início da vida humana, explicam Corrêa, Giacoia e Conrado (2010). Os autores esclarecem, ainda, que a ciência na área da genética compreende que o início da vida ocorre com a fecundação, já na área da neurologia entendem que é a partir do momento em que o cérebro começa a funcionar. A embriologia acredita que a vida começa na terceira semana de gestação. Para a religião católica, a vida começa na fertilização, por outro lado, o judaísmo entende que inicia no décimo quarto dia de gestação, e o islamismo acredita que a vida inicia após cento e vinte dias de gestação, explicam os autores acima mencionados.

Sobre esse assunto, o Código Civil Brasileiro de 2002 dispõe acerca do direito de personalidade no seu artigo 2º, destacando que a personalidade civil inicia com o nascimento com vida, porém a lei põe incólume os direitos do nascituro desde a concepção. Entretanto, há divergências sobre quando exatamente inicia a vida humana, que segundo Vasconcelos (2006) é condição indispensável para a resolução dos problemas advindos da reprodução assistida.

Em contrapartida ao direito à vida, importante revelar que o embrião tem direito de não ser implantado na hipótese de malformações graves, segundo Alves e Oliveira (2014). Referente ao tema das experiências terapêuticas nos embriões vivos:

Diversas hipóteses são porém configuráveis:

- 1) experimentação terapêutica em prol do bem do próprio embrião;
- 2) experimentação com embriões excedentários quando tal se mostre adequado e necessário para assegurar a vida e a saúde de terceiros e;
- 3) embriões exclusivamente produzidos com fins de investigação (ALVES E OLIVEIRA, 2014, p. 74).

A Lei nº 11.105/05, Lei de Biossegurança versa sobre a possibilidade da utilização para pesquisa científica dos embriões excedentes, no seu artigo 5º, *in verbis*:

Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

No entendimento de Scalquette (2010), com base na Lei de Biossegurança, existe a autorização dos embriões excedentes para pesquisa, mas é necessário o consentimento dos genitores e somente poderão ser utilizados após três anos de congelamento, tempo suficiente para os pais decidirem se querem ter esses filhos, caso contrário ficariam eternamente congelados. Assim sendo, em relação a utilização do material genético, a mesma autora ressalta a importância da padronização e do controle como garantia de clareza, lealdade e idoneidade na manipulação das técnicas de reprodução assistida dividindo a responsabilidade das pessoas envolvidas.

Cabe ainda salientar o posicionamento da Igreja Católica que “condena a manipulação de embriões e seu descarte, cuja prática equipara ao aborto, e, portanto, também atenta contra a vida dos seres humanos”. (MADALENO, 2013, p. 522). Na mesma linha de raciocínio, Ferraz (2011) explica que a Igreja Católica defende a teoria concepcionista e por acreditar que a vida inicia com a fecundação, não aceita a eliminação ou o uso para pesquisas científicas dos embriões excedentes. Entretanto, os direitos do embrião não estão pacificados. Assim, é relevante tornar claro seus direitos por meio de normas jurídicas que protejam e solucionem os conflitos ante as polêmicas a respeito do início da vida e da

dignidade do embrião, concluem Corrêa, Giacoia e Conrado (2010).

Sob a ótica de Lisboa (2013), o embrião congelado é um ser em formação, não é um ser vivo, portanto, não possui personalidade e não faz jus à proteção jurídica. O autor mencionado segue explicando que os embriões excedentes são bens indisponíveis, não são pessoas, porém não admite que seu destino seja diferente da reprodução e, muito menos a sua exterminação ou sua comercialização.

Quanto ao destino dos embriões que sobraram, Madaleno (2013) partilha da ideia da existência de numerosas questões éticas, várias dúvidas e muitas divergências. Contudo, considerando que os embriões excedentes possuem vida humana, concorda com a sua implantação ou adoção, proibindo o descarte. Na mesma linha de raciocínio, Scalquette (2010), defende a utilização de um número mínimo de embriões fecundados evitando o excesso e, o quanto ao destino dos excedentes seria o implante ou a adoção, tudo isso, respeitando os princípios da paternidade responsável e o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Supremo Tribunal Federal se manifestou a respeito da Lei de Biossegurança e sua violação ao direito à vida referente à pesquisa científica com células tronco-tronco dos embriões excedentes na Ação direta de inconstitucionalidade colacionada abaixo:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. **INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA.** CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. **As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de**

manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - **LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL.** A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofias espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "in vitro", porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). III - **A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO.** O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. **O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível.** O Direito

infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. **O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.** IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello). V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. **A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável".** A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza

fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os mistérios da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia). VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. **Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto.** A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente. (ADI 3510, Relator (a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043). (Grifo nosso).

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador Geral da República, que alega a violação do direito à vida, a permissão da manipulação das células-tronco dos embriões excedentes para pesquisa científica,

tendo por objeto o artigo 5º da Lei Federal nº 11.105, Lei de Biossegurança. O Supremo Tribunal Federal se posicionou pela improcedência da ação e pela legitimidade da pesquisa científica para fins terapêuticos, alegando que a Carta Magna atual não define quando começa a vida humana e que não caracteriza aborto à pesquisa com células-tronco.

Isto posto, afirma que o embrião *in vitro* não é uma vida que está se formando pois, não possui terminações nervosas e não se trata de uma pessoa, e sim de um bem a ser protegido. A Lei de Biossegurança não autoriza a extirpação do embrião do corpo da mulher, portanto a pesquisa de células-tronco não caracteriza aborto, não viola o direito à vida e não é inconstitucional. Além disso, ficou evidente que a lei impõe o encaminhamento de todos os projetos de pesquisas com células-tronco aos comitês de ética e de pesquisa que funcionam nas universidades federais e que proíbe a comercialização do material biológico, tipificando como crime.

Enfim, ainda cabe ressaltar que o ordenamento jurídico não deve permitir que os embriões excedentes possam ser transformados em objetos e comercializados, assim, conforme Loureiro (2009), cabe ao direito elaborar normas de coerção ao biodireito, normas estas adaptadas às constantes mudanças científicas.

4.4.2 A reprodução assistida homóloga *post mortem*

O assunto referente à reprodução após a morte revela ser um grande desafio para o Direito devido à falta de clareza e regulamentação jurídica. Destarte, na reprodução assistida homóloga *post mortem* há os conflitos gerados quanto ao direito de sucessão dos filhos concebidos após a morte do pai biológico. Portanto, a grande discussão ocorre quanto ao direito de personalidade e ao direito de sucessão do embrião fecundado no laboratório e que aguarda a sua introdução no útero da mãe, elucida Dias (2013).

É relevante destacar que a Carta Magna de 1988 trata o direito de herança como um direito fundamental do ser humano. Contudo, mesmo com a autorização em vida pelo marido já falecido, os demais sucessores podem pedir uma

investigação de paternidade, assim “não irá mais se operar com a clareza da presunção legal, devendo o juiz afastá-la frente à nova união afetiva da viúva e buscar a verdade genética pelo exame de DNA.” (MADALENO, 2013, p. 526).

Todavia, o Código Civil Brasileiro de 2002 não aprofunda sobre o tema e fere o princípio da igualdade na filiação, quando reconhece em seu artigo 1.798 que tem direito à herança os filhos nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão. Em contrapartida, no caso da sucessão testamentária o Código Civil de 2002 previu no artigo 1.800, § 4º que caso tenha ocorrido dois anos após a abertura da sucessão e o herdeiro não for concebido, os bens reservados a ele caberão aos herdeiros, a não ser que o testador deixe disposição contrária expressa.

Uma questão intrigante é abordada por Diniz (2009), quando levanta a hipótese da morte do casal numa tragédia anterior à implantação do embrião no caso de uma fecundação homóloga, trazendo inúmeras questões sem resposta. Assim, a autora questiona se o embrião seria herdeiro do casal, quem teria responsabilidade sobre o embrião, se o estado decidirá sobre seu destino. Dessa forma, a autora mencionada defende uma legislação minuciosa e rigorosa e ainda sugere uma reflexão sobre a reprodução assistida, acreditando ser mais importante cuidar das crianças órfãs do que casais com problemas de infertilidade.

Lisboa (2013) apresenta outro problema que decorre da inseminação *post mortem*, que é a falta da figura paterna prejudicando o desenvolvimento da personalidade do filho e sua integralização na sociedade. Na visão de Gozzo e Ligiera (2012) é inadmissível a reprodução artificial após a morte, quando se trata de uma manifestação egoísta e unilateral da viúva ou do viúvo conforme o caso, comprometendo o desenvolvimento e o melhor interesse da criança que será órfã ao nascer e além disso, a fertilização artificial somente é justificável no caso de ser um projeto parental do casal estéril.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios já decidiu:

AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE

CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM.

1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC.

2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor.

3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim.

4. Recurso conhecido e provido.

(Acórdão n.820873, 20080111493002APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Relator Designado: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/09/2014, publicado no DJE: 23/09/2014. Pág.: 139). (Grifo nosso).

Trata-se de Apelação Cível, julgada pela 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, contra a sentença da magistrada de primeiro grau que declarou o direito da autora sobre o sêmen armazenado e autorizou sua remoção mediante o pagamento das mensalidades atrasadas. A empresa ré interpôs apelação alegando a ausência da autorização expressa do companheiro falecido para o uso do sêmen após a sua morte, negando o direito sobre o material genético criopreservado.

A autora da ação de conhecimento viveu em união estável com o *de cujus* por quatorze anos e ambos desejavam ter filhos, mas como o companheiro era portador de uma neoplasia maligna, contrataram a empresa para coleta e armazenamento do sêmen antes de iniciar o tratamento quimioterápico. O companheiro veio a óbito e a empresa ré nega a entrega do material genético sob o argumento da falta de autorização expressa para a utilização do material genético *post mortem*.

Os desembargadores decidiram pelo provimento do recurso, com base na ausência de autorização expressa pelo *de cujus* para a utilização do material genético após sua morte, pois não é possível presumir o consentimento do falecido sem ferir o princípio da autonomia da vontade⁶. Atualmente, o Conselho Federal de Medicina exige a autorização expressa para a utilização do material genético *post mortem*. A questão polêmica sobre a reprodução homóloga *post mortem* gera várias

⁶ O princípio da autonomia da vontade consiste na faculdade das partes expressarem livremente sua vontade através do contrato, desde que em conformidade com a lei. (PEREIRA, 2011).

implicações, especialmente sucessórias devido à carência de normas específicas que regulam a utilização após a morte do material genético colhido e criopreservado. Dessa forma, cabe ao intérprete suprir as lacunas existentes e dirimir tais questões com base nos princípios, na doutrina, na legislação existente e no direito comparado.

O doutrinador Lisboa (2013) se opõe ao direito sucessório dos embriões excedentários na técnica de reprodução assistida *post mortem*, apontando a inviabilidade da reserva de bens para um possível nascimento futuro, trazendo insegurança para a sucessão hereditária, condicionando sua mudança de opinião a uma legislação específica que suprisse os problemas existentes sobre o assunto. Em contrário senso, Scalquette (2010) é favorável à garantia dos direitos de herança aos filhos provenientes da reprodução artificial após a morte, com sustentação nos princípios da igualdade, ao direito à herança e ao princípio da dignidade humana, porém limites deverão ser previstos pela lei, que se ressalta não prever atualmente, para evitar a insegurança jurídica.

Por fim, segundo Silveira e Araújo Netto (2013) em função da legislação atual brasileira ser insuficiente, gera insegurança jurídica e é necessário recorrer aos princípios do direito para solucionar os conflitos decorrentes do Direito Sucessório na reprodução assistida homóloga *post mortem*. Os mesmos autores apontam o princípio da igualdade que eleva a igualdade de filiação e o princípio da dignidade humana, que proíbe todo o tipo de discriminação para solucionar o conflito ao direito sucessório dos filhos concebidos pela técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*.

4.4.3 O direito a identidade genética e o direito ao sigilo do doador

O direito de investigar a identidade genética do filho advindo da reprodução humana heteróloga é um direito fundamental inerente à personalidade humana, indisponível e não é possível ser transferido a outra pessoa, explica Ferraz (2011). No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe no seu artigo 27 que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e

imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Em contrapartida, em relação ao sigilo do doador de material genético, no Brasil não existe norma específica, porém existe a viabilidade de um filho ter dois pais: um biológico e outro afetivo, explica Namba (2009). Contudo, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2013/2013, no item IV, que trata da doação dos gametas e dos embriões, dispõe sobre a obrigatoriedade do sigilo sobre a identidade dos doadores e dos receptores e, somente em situações especiais mediante motivação médica, poderá ser revelado informações unicamente aos médicos, preservando a identidade civil. Da mesma forma, o projeto de lei nº 1184/2003 que trata sobre a reprodução assistida, nos seus artigos 8º e 9º, expõe que os estabelecimentos que praticam as técnicas são obrigados a zelar pelo sigilo da identidade dos doadores e seus beneficiários, somente permitindo a quebra do sigilo em casos autorizados por lei.

À vista disso, Borges Júnior, Cortezzi e Farah (2011) revelam que o sigilo entra em confronto com o acesso à informação que são direitos constitucionais de personalidade. Ainda, esclarecem que é possível resolver esse conflito judicialmente, porém não está pacificado e atualmente não existe preferência sobre a verdade biológica, mas sim a verdade socioafetiva, porque a Carta Magna elegeu as relações familiares construídas no afeto e na convivência.

Gagliano e Pamplona Filho (2014) posicionam-se quanto ao conflito entre o direito a identidade genética e o direito ao sigilo do doador, considerando que a afetividade prevalece sobre a paternidade biológica. Todavia, destacam a importância do conhecimento genético para evitar que dois irmãos se casem, ou ainda, na hipótese da necessidade de salvar uma vida, na busca por uma pessoa compatível para doação de órgãos.

Nesse seguimento, Scalquette (2010) defende a ideia do conhecimento à identidade genética, concedido de forma judicial e a ausência de direitos e obrigações entre o filho advindo da fecundação heteróloga e seu doador, restando o direito ao anônimato relativizado. Ainda, com base no princípio da dignidade humana encontrado na Constituição Federal vigente no artigo 1º, inciso III, há a

possibilidade de invocar pelo filho advindo da fecundação artificial heteróloga o direito ao conhecimento de sua identidade genética.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DEDUZIDO POR CASAL HOMOAFETIVO, QUE CONCEBEU O BEBÊ POR MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. DECISÃO QUE ORDENOU A CITAÇÃO DO LABORATÓRIO RESPONSÁVEL PELA INSEMINAÇÃO E DÔ DOADOR ANÔNIMO, BEM COMO NOMEOU CURADOR ESPECIAL À INFANTE. DESNECESSÁRIO TUMULTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE OU PRETENSÃO RESISTIDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O STATUS QUE JÁ DESFRUTA DE FILHA DO CASAL AGRAVANTE, PODENDO OSTENTAR O NOME DA FAMÍLIA QUE LHE CONCEBEU. 1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado. 2. **Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade - e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício.** 3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade. 4. **O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu.** DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70052132370, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013). (Grifos nosso).

O caso analisado se trata de Agravo de Instrumento interposto pelo casal

homoafetivo contra decisão que ordenou a inclusão da filha menor no pólo passivo, designando Defensor Público como curador além, da citação do Laboratório que fez o procedimento e do doador anônimo nos autos da ação de reconhecimento de filiação em jurisdição voluntária, ajuizada pelo casal. O casal se submeteu às técnicas de reprodução medicamente assistida através do método de fertilização *in vitro* cruzada e transferência embrionária, através do qual foi obtido o gameta masculino num banco de sêmen, utilizando o óvulo de uma e o embrião foi implantado no útero da outra companheira.

Cabe destacar que nesse caso, o direito ao sigilo do doador se contrapõe ao direito personalíssimo do reconhecimento do estado de filiação e que foi decidido pelo sigilo absoluto, alegando que a quebra do sigilo impossibilitaria o uso da técnica de reprodução assistida heteróloga, pois não haveriam mais doadores. Além disso, foi oportunizado à criança interessada, o exercício de seu direito personalíssimo de saber sua paternidade junto ao laboratório que possui as informações do doador, pois não cabe a terceiros e nem ao juiz de ofício a investigação de paternidade. O desembargador relator do caso em questão afirma que o reconhecimento da maternidade ou paternidade não ocorre unicamente através do vínculo genético e que o parentesco socioafetivo, baseado no afeto, prepondera no caso em questão.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente que foi consagrado no art. 100, inciso IV, da Lei n.º 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, optou pelo registro de nascimento da menor constando o nome das companheiras regularizando a situação da parentalidade e confirmando à criança o reconhecimento jurídico de filha do casal homoafetivo que, dessa forma, poderá usar o nome da família que a concebeu.

Por fim, Ferraz (2011) revela que não existe uma conformidade de opiniões no direito brasileiro e também no direito comparado se prevalece o direito à identidade genética ou o direito ao sigilo do doador. A autora supracitada apresenta a ponderação como forma de elucidação desse conflito, ressaltando a importância da análise do caso concreto e visando ao bem comum para trazer maior segurança jurídica à decisão do juiz.

4.4.4 Maternidade de substituição: Quem é a mãe?

No caso de mãe de substituição, surgem questionamentos no sentido de quem é a verdadeira mãe, aquela que cedeu o material genético ou aquela que carregou o filho em seu ventre durante nove meses? Nessa esfera, Ferraz (2011) informa que a convicção de que mãe é sempre certa relativizou-se com o advento da filiação decorrente da reprodução assistida especialmente na variedade heteróloga de gestação de substituição.

Na visão de Scalquette (2010) mãe é aquela que sentiu vontade de procriar e mobilizou o mundo jurídico para a concretização de seu sonho. Compartilhando da mesma opinião, Madaleno (2013) esclarece que a maternidade por substituição é um assunto complexo e, que a partir dos conflitos surgidos entre a mulher que gestou e aqueles que a contrataram, a solução deverá envolver o melhor interesse da criança, não importando a verdade biológica. À vista disso, o autor mencionado complementa que a presunção da maternidade não é uma verdade absoluta, ocasionando dúvidas a respeito de quem é a mãe, se aquela que deu à luz ou aquela que teve a intenção de ter o filho.

Importante salientar a hipótese de um casal homoafetivo fazer uso da técnica de reprodução assistida em que o óvulo de uma delas é fecundado em laboratório e implantado no útero da companheira. Nesse caso, ocorre uma dupla maternidade, esclarece Dias (2013). A autora mencionada explica que no caso em questão é permitido pela justiça no registro de nascimento o nome das duas mães, porém o pedido é concedido após o nascimento da criança, o que prejudica o direito à identidade da mesma desde logo.

Cabe enfatizar outro problema ético referente à maternidade de substituição, elencado por Abdelmassih (2007), que diz respeito ao caráter lucrativo ou comercial na condição da barriga de aluguel, que no Brasil é proibido e considerado antiético por muitos. Entretanto, o autor acredita que o pagamento serve de precaução e cuidados com a gravidez e ainda, julga ser injusto não recompensar a mãe substituta com a finalidade de sua sobrevivência e pelos serviços prestados. O mesmo autor expõe outro problema com relação ao uso do útero por uma pessoa

da família que nem sempre é possível e, que na maioria das vezes, resulta em discussões e até mesmo na destruição da família quando envolve dinheiro, como no caso de herança.

Em síntese, Ferraz (2011) explica que os conflitos resultantes da maternidade de substituição necessitam ser solucionados por intermédio do princípio da dignidade humana, da paternidade responsável e do princípio do melhor interesse da criança devido à omissão da legislação referente a matéria. Nesse sentido, Maluf (2013) destaca que a maternidade de substituição é uma técnica desestimulada pela maioria dos países por envolver questões delicadas e complexas, geradoras de conflitos bioéticos, religiosos e quanto às funções familiares. A mesma autora esclarece que no Brasil, essa técnica de reprodução medicamente assistida não possui solução jurídica, porque não há lei expressa sobre a maternidade de substituição.

4.4.5 Direito à paternidade e maternidade dos homoafetivos

A união entre homossexuais é uma realidade que não pode ser desconsiderada, pois está cada vez mais perceptível no meio social, com reconhecimento pela jurisprudência. Assim, embora a atual Constituição Federal não tenha feito referência expressa sobre a entidade familiar homoafetiva, é possível considerá-la baseada nos princípios da não discriminação, da igualdade, da pluralidade de formas familiares e da dignidade da pessoa humana (FERRAZ, 2011). Dessa forma, a família homoafetiva usufruirá do direito ao planejamento familiar e, conseqüentemente, ao uso das técnicas de reprodução assistida, conclui a autora já mencionada.

Na mesma linha de entendimento Sapko (2009) afirma que a família homoafetiva verifica com o surgimento da reprodução assistida, especialmente na variedade heteróloga, a possibilidade da paternidade ou da maternidade. A mesma autora compara a esterilidade com a situação do casal do mesmo sexo, pois da mesma forma não podem ter filhos e, ainda, frisa o desejo dos mesmos de gerarem seus próprios filhos.

Na visão de Almeida e Rodrigues Júnior (2012), os componentes das famílias homoafetivas são titulares de direitos e deveres semelhantes às demais entidades familiares, com base no direito fundamental da constituição familiar e na proibição da discriminação, contudo a realidade social e as situações complexas fizeram com que a jurisprudência se manifestasse em relação aos efeitos resultantes dessas uniões homoafetivas. Viabiliza-se assim, a possibilidade do direito à maternidade ou da paternidade aos casais homossexuais.

O Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre a união estável entre as pessoas do mesmo sexo, conforme jurisprudência colacionada:

E M E N T A: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) "QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS" (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as

peessoas em razão de sua orientação sexual. **RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR.** - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - **Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas.** **A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA.** - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE.** - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - **O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.** - **Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana.** Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. **A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS.** - **A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito.** - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra”

em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina. (RE 477554 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287 RTJ VOL-00220- PP-00572). (Grifo nosso).

O caso em questão é um agravo contra decisão que reconheceu a existência de união estável homoafetiva entre o pai da recorrente e outro homem. O Supremo Tribunal Federal por decisão unânime negou provimento ao agravo e manteve a decisão agravada. O Supremo afirma que ninguém pode ser desprovido de seus direitos e nem sofrer privações devido sua orientação sexual. Acrescenta que qualquer ser humano possui o direito fundamental de constituir uma família sem sofrer qualquer tipo de discriminação e reconhece o afeto como um dos fundamentos das famílias atuais.

Dessa forma, o STF em sua decisão, reconheceu a união estável entre os casais homoafetivos, desde que preenchidos os mesmos requisitos exigidos nas uniões heteroafetivas. Também qualificou a união estável homoafetiva como entidade familiar, com fundamento nos princípios da dignidade humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação. Enfim, salientou que a família homoafetiva possui os mesmos direitos e deveres que a família heteroafetiva, não devendo sofrer qualquer tipo de discriminação.

À vista disso, é possível um casal homossexual ter filhos com o uso de um gameta masculino ou feminino conforme o caso, devido o surgimento disjunção da procriação e do sexo trazidas pelas técnicas de reprodução assistida, especialmente na forma heteróloga. Nessa perspectiva, Ferraz (2011) complementa reconhecendo a possibilidade do uso da gestação de substituição aos casais homoafetivos como solução para a procriação, porém destaca o problema resultante dessa técnica de reprodução assistida heteróloga, que o filho teria duas mães ou dois pais conforme o caso. Sapko (2009) conclui que, com base no princípio constitucional da igualdade e no princípio da dignidade humana, os homossexuais possuem o direito à maternidade e à paternidade.

4.5 Princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como forma de solução dos conflitos da reprodução assistida

Conforme demonstrado, as relações sociais evoluem constantemente e, dessa forma, o direito não consegue acompanhar tais mudanças, adequando-se. Um dos temas em que é notório esse desajuste é a reprodução humana medicamente assistida, que em razão da carência legislativa, gera polêmicas em função de conflitos difíceis de solucionar. A solução dessas questões é muito importante, pois envolve direitos fundamentais, que merecem respeito.

Os direitos fundamentais consistem nos direitos dos indivíduos que vivem em sociedade com o escopo de proteção da pessoa humana e sua dignidade, além da função de não discriminação que abrange todos os direitos, ressalta Canotilho (2002). Acrescenta Leite (2014), que os direitos fundamentais se referem aos direitos humanos reconhecidos e positivados nos ordenamentos constitucionais internos de cada Estado.

Os direitos humanos, por sua vez, conforme Pérez Luño (apud TAVARES, 2014 p. 357) podem ser compreendidos como:

Um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Canotilho (2002) afirma que os direitos humanos se referem aos direitos dos povos invioláveis e universais, válidos em todos os tempos. Dessa forma, por serem universais estão reconhecidos nos costumes, nos princípios constitucionais, nos tratados e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, segundo Leite (2014).

A doutrina ao tratar do assunto, separa os direitos humanos em dimensões, que segundo Tavares (2014), são justificáveis pelas necessidades dos seres humanos serem infinitas, inesgotáveis e estarem em constante redefinição, resultando no surgimento de novas necessidades. Assim, os direitos de primeira dimensão são de caráter negativo, dentre eles, estão “a proteção contra a privação

arbitrária da liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade e segredo de correspondência”. (TAVARES, 2014, p. 352). Na concepção de Leite (2014), os direitos de primeira dimensão são direitos individuais de liberdade que constituem um comando negativo, imediato e limitado do poder estatal, como por exemplo o direito à vida, direito à proteção das mulheres, crianças e idosos contra a violência doméstica, entre outros.

A segunda dimensão, corresponde aos direitos de igualdade entre as pessoas e impõe ao estado uma prestação positiva composta pelos direitos de inclusão social, consoante Leite (2014). A Carta Magna de 1988 no artigo 6º estabelece que são direitos sociais: “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Já os direitos de fraternidade ou de solidariedade são classificados como direitos humanos de terceira geração e se caracterizam por serem coletivos, com por exemplo os direitos ambientais e do consumidor, revela Tavares (2014).

Os direitos humanos de quarta dimensão, segundo Antonio Carlos Wolkmer (apud LEITE, 2014, p. 97) são:

Os direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. Trata dos direitos que têm vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intrauterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética (clonagem), contracepção e outros.

Por fim, os direitos virtuais pertencem aos direitos de quinta dimensão, que servem para preservar o direito à informação, à privacidade, entre outros, conforme Leite (2014). O autor destaca, que há divergências no que se refere à existência de direitos humanos da quarta e quinta geração. Ressaltando ainda, que uma dimensão não se sobrepõe a outra, apenas pode receber uma nova compreensão de acordo com evolução histórica.

Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos no âmbito internacional foi um marco histórico para a consagração dos direitos da pessoa humana, legitimando especialmente os princípios da dignidade, igualdade, liberdade e fraternidade, como cita Leite (2014). Na percepção de Guerra (2014), o processo

de internacionalização dos direitos humanos influenciou o legislador constituinte elencando um rol de direitos fundamentais, dando condição privilegiada à dignidade da pessoa humana no sistema constitucional brasileiro.

A dignidade humana é intrínseca a todo o ser humano. Nessa linha de raciocínio, Côrrea, Giacoia e Conrado (2010, p. 45) concordam que o “homem não pode viver sem dignidade, isto porque se trata de um valor que confere respeito e tutela jurídica ao seu corpo e aos elementos virtuais que se encontram presentes em sua personalidade.” Com base nisso, o direito de família protege o ser humano garantindo a sua dignidade antes do nascimento até mesmo após a sua morte de maneira equitativa e sem discriminações, explica Dias (2013). Desse modo, o princípio da dignidade humana é a base do sistema jurídico atual e não é cabível cogitar direitos desvinculados deste princípio, salienta Pereira (2012).

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana nas questões de família deve ser compreendido de forma ética, no sentido de enxergar a pessoa na sua essência, como sujeito de direito que antecede os valores morais. Dessa forma, a utilização do princípio da dignidade humana nos conflitos especialmente no âmbito familiar resulta numa decisão mais justa, destaca Pereira (2012). A oportunidade de o ser humano continuar sua espécie que permita deixar a herança de sua existência no mundo em que vive, está continuamente vinculada à dignidade da pessoa humana, afirma Vasconcelos (2006).

Cabe ressaltar que os direitos fundamentais são a base para a realização da democracia de um estado, assim, é possível depreender que a Carta Magna asseverou os valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como de caráter obrigatório e fundamental no ordenamento jurídico brasileiro inserindo princípios com valores éticos e com intuito de estabelecer o equilíbrio na sociedade, conforme Piovesan (2015).

Relevante é o valor do ser humano tido como base de todo o ordenamento jurídico brasileiro, porque “noções como dignidade e direitos, que nascem com a pessoa e a acompanham por toda a vida, penetraram na consciência nacional como verdades morais, que compõem a base de uma sociedade justa”. (CRUZ, SARMENTO e SEIXAS 2014, p. 124). Nessa acepção, o princípio da dignidade

humana é um direito fundamental absoluto que serve de parâmetro para a elaboração das leis e sua observância resulta em segurança jurídica nas decisões conflitantes, esclarece a doutrinadora citada anteriormente. Assim, a violação dos direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna interfere de forma direta na conservação da dignidade humana, conseqüentemente a efetividade ética dos direitos fundamentais é essencial para a consolidação do caráter democrático adotado no Brasil, explica Cruz, Sarmiento e Seixas (2014).

Nesse contexto, os direitos reprodutivos emergiram como um dos temas recentes tendo se solidificado com a proteção internacional dos direitos humanos ligados ao desenvolvimento da personalidade e a liberdade do ser humano, consoante Piovesan (2014). À vista disso, é considerado um direito básico de cada pessoa a decisão livre e informada sobre a sua saúde reprodutiva e sexual, porém demanda políticas públicas por parte do estado que garantam esses direitos, explica a autora mencionada. Conseqüentemente, Scalquette (2010) defende para o uso da reprodução assistida, a necessidade de normatização, além do uso dos princípios constitucionais de tutela familiar na decisão dos conflitos advindos dos direitos reprodutivos.

Na visão de Diniz (2009, p.544), “essa nova técnica para criação de ser humano em laboratório”, que impulsionou a engenharia genética e a embriologia resultou num enorme desafio às ciências jurídicas e ao direito, devido aos sérios problemas éticos e jurídicos decorrentes. Dessa forma, Diniz (2009) acredita que é necessário além de impor limitações legais às clínicas médicas, estabelecer normas sobre reprodução humana assistida no âmbito da responsabilidade civil por dano patrimonial e moral que possam causar. Partilhando do mesmo entendimento, Scalquette (2010) ressalta além da necessidade da tutela jurídica, a responsabilização dos que usam as técnicas e dos que possuem o dever de controlar as mesmas, trazendo maior segurança para a vida e a realização dos usuários das técnicas de reprodução assistida.

Diante do exposto, verifica-se que o direito à reprodução assistida envolve direitos fundamentais e diz respeito especialmente ao planejamento familiar. Assim, a finalidade dessa técnica é a constituição da família, considerada pela Constituição Federal como a base da sociedade, sendo merecedora de proteção especial. Desse

modo, é de suma importância a delimitação jurídica desse tema, pois se trata de uma realidade muito frequente causadora de inúmeras consequências jurídicas de difícil solução no âmbito familiar. Tal delimitação jurídica não busca, entretanto, coibir os avanços das ciências, mas sim traçar um norte para a solução dos conflitos que decorrem dessa prática.

Dessa forma, a resolução dos conflitos decorrentes da reprodução humana assistida em razão da carência legislativa deverá observar sempre os princípios que norteiam o ordenamento jurídico, especialmente a dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança e o respeito aos direitos fundamentais, de acordo com o caso concreto em análise. Por conseguinte, é importante, além da utilização ponderada dos princípios, a regulamentação da reprodução humana medicamente assistida, para a utilização adequada das suas técnicas, de forma ética e para que concorra a pacificação sobre esse tema de caráter complexo.

5 CONCLUSÃO

Com as conquistas da ciência e a implementação da reprodução humana assistida, tornou-se mais fácil a concretização do desejo de um casal ter seus próprios filhos e constituir uma família. Apesar de ser uma mudança positiva no âmbito social, trouxe, ao mesmo tempo, incertezas no campo jurídico, principalmente no direito de família. Isso porque se trata de um tema complexo, que originou uma nova realidade jurídica com várias questões polêmicas, em razão da carência de legislação específica.

Assim, esta monografia ocupou-se em apresentar, no primeiro capítulo do desenvolvimento, a evolução histórica acerca da família, os princípios que orientam o direito de família e as famílias possíveis na atualidade. Ainda, neste estudo, observou-se que a Constituição Federal Brasileira de 1988 acolheu a família democrática, permitindo as mais diversas estruturas familiares, não admitindo nenhum tipo de discriminação entre seus integrantes. Assim, devido à pluralização da família podemos perceber a existência de várias entidades familiares fundadas no afeto e na prevalência da dignidade da pessoa humana.

Em seguida, abordaram-se o direito de filiação, a reprodução medicamente assistida e as principais técnicas existentes, além do método homólogo e heterólogo. Verificou-se que a Carta Magna de 1988 estabeleceu o princípio da igualdade de filiação e proibiu quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, tratando o planejamento familiar como um direito fundamental de livre decisão do casal. Constatou-se a existência das técnicas de reprodução assistida que surgiram com a finalidade de superar os problemas de saúde considerados de

interesse público, referentes à infertilidade e à esterilidade dos casais.

Na sequência, foram examinadas algumas questões polêmicas sobre a reprodução humana medicamente assistida e suas consequências jurídicas, devido à carência de legislação específica no Brasil. Assim, nas questões controvertidas analisadas, constatou-se o confronto de direitos fundamentais e percebeu-se a necessidade ao respeito da dignidade humana e ao melhor interesse da criança e do adolescente, na tentativa de encontrar soluções mais adequadas, além, incontestavelmente, da análise do caso concreto.

Como o objetivo geral do trabalho estava centrado na análise da reprodução assistida e suas questões deveras complexas e polêmicas, o capítulo final partiu da análise da reprodução humana medicamente assistida na legislação nacional e no direito comparado; a contribuição da bioética e o biodireito para a reprodução medicamente assistida; algumas questões polêmicas e seus reflexos nas relações familiares devido à insuficiência de aparato legal sobre a reprodução medicamente assistida no Brasil e, ainda, o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais como forma de solução dos conflitos.

Diante da análise do problema proposto para este estudo – como o ordenamento jurídico dá conta das consequências jurídicas decorrentes das questões polêmicas resultantes da reprodução medicamente assistida? –, pode-se concluir que a hipótese inicial levantada para tal questionamento é verdadeira, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro não abrange todas as consequências decorrentes da reprodução humana assistida e não traz soluções legislativas para os mais diversos e complexos conflitos resultantes.

Na busca de solução das adversidades inerentes ao tema, o direito comparado estabelece alguns parâmetros para o tratamento específico dessas questões, que podem trazer contribuições ao direito brasileiro, através das experiências estrangeiras. Porém, a legislação estrangeira apresenta diferentes modulações a respeito dos dilemas que envolvem a reprodução humana medicamente assistida, sendo tratada de forma mais flexível em alguns países e em outros de forma mais rigorosa. Assim, como no Brasil não existe legislação exclusiva sobre o assunto, cabe ao direito aliado aos princípios constitucionais inerentes ao

direito de família, em especial a dignidade da pessoa humana, além da doutrina e da jurisprudência, buscar uma melhor adequação jurídica aos conflitos e às questões polêmicas decorrentes da reprodução artificial humana trazendo maior segurança jurídica.

Portanto, depreende-se do estudo que a evolução tecnológica, especialmente na área da medicina em relação à reprodução medicamente assistida trouxe implicações na sociedade afetando especialmente o direito de família, entretanto, o direito não acompanhou essa evolução e não possui uma legislação específica para dirimir os conflitos resultantes. Trata-se de um tema muito delicado, pois envolve direitos fundamentais que merecem ser assegurados, como o direito à vida, à dignidade e o melhor interesse da criança e do adolescente, fazendo jus à atenção e ao cuidado maior na resolução de conflitos que os envolvam. Assim, acredita-se que as normas que venham a ser estipuladas para a regulamentação da reprodução assistida não devam impedir os avanços científicos, mas que sirvam para impor limites, coibir abusos e para equilibrar esse avanço de forma ética, ou seja, estabelecer limites necessários para compatibilizar o respeito à dignidade e aos demais direitos fundamentais com os avanços científicos.

REFERÊNCIAS

A Revolução Francesa de 1789 e seus efeitos no Brasil. Supremo Tribunal Federal. Notícias, STF. Brasília, 13 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110843>> Acesso em: 03 abr. 2015.

ABDELMASSIH, Roger. **Avanços em reprodução humana assistida**. São Paulo, Atheneu, 2007.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. **Ética e direito: Uma perspectiva integrada**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522467150>>. Acesso em: 06 abr. 2015.

_____, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522489916>>. Acesso em: 05 abr 2015.

ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa. Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas. **Revista Bioética**. 2014, v. 22: p.66-75. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/883/975 > Acesso em: 27 abr. 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**. Ed. Atlas, 2013. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522480739/page/iii>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502075313>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

BORGES JÚNIOR, Edson; CORTEZZI, Sylvia Sanches e FARAH, Leila Montenegro Silveira. **Reprodução humana assistida**. São Paulo: Ed. Atheneu, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.016, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do**

Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 03 abr. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993. **Lei Orgânica da Assistência**

Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm> Acesso em: 10 abr. 2015.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 abr. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Lei da Biossegurança**. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm> Acesso em: 14 abr. 2015.

BRASIL. Lei nº. 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 09 abr. 2015.

BRASIL. Projeto de lei do Senado nº. 470/2013. **Estatuto das Famílias**. Disponível

em:<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=140057&tp=1>> Acesso em: 19 mar. 2015.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.135/2003. Dispõe sobre a reprodução humana assistida. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117461>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.184/2003. Dispõe sobre a reprodução humana assistida. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

BRASIL. Projeto de Lei nº 115/2015. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013**, de 09 de maio de 2013. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Seção I, p. 119. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Rel. Min. Ayres Britto. Brasília. 29 mai. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 e ADPF 132. Rel. Min Ayres Britto. Brasília. 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 477554 AgR. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília. 16 ago. 2011. AGTES. Carmem Mello de Aquino Netta representada por Elizabeth Alves Cabral. AGDOS: Edson Vander de Souza e Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502212640>> Acesso em: 20 abr.2015.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Almedina, 2002.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação**. 3. ed. Lajeado: Univates, 2015. E-book. Disponível em: <<http://www.univates.br/biblioteca>>. Acesso em: 05 maio 2015.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil: Família, Sucessões**. 7. ed. v. 5, São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502217591> > Acesso em: 16 abr.2015.

CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo. **Biodireito e dignidade da pessoa humana: diálogo entre a ciência e o direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

CRUZ, Ariele Chagas; SARMENTO, Jorge; SEIXAS, Taysa Matos. **Direitos humanos fundamentais: estudos sobre o art. 5º da Constituição de 1988**. 1 ed. Saraiva, 2014. E-book. Disponível em:

<<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502616479>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 29. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. Saraiva, 2009.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 20080111493002APC, 3ª Turma Cível. Apelante: S.B.I.B.H.A.E., S.B.I.B.H.A.E. Apelados: N.H.B.G., N.H.B.G. Relatora: Desembargadora Nídia Corrêa Lima. Brasília, 23 set. 2014. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Juruá, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional**. 4. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502218093>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOZZO, Débora; LIGIERA Vilson Ricardo. **Bioética e direitos fundamentais**. 1. ed. Saraiva, 2012. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502163126>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: Direito de família e sucessões**. v. 5. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-Book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502218819>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. E-book. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502115224>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. **Introdução ao Biodireito**. 1. ed. Saraiva, 2009. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502137967>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. E-book. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-4878-8>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. Atlas, 2013.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil, 2: Direito de Família**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502167339>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Ed. Atlas, 2009. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522467051>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Obrigações e contratos: Pareceres do Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5608-0>> Acesso em: 24 abr. 2015.

_____; PEREIRA, Tânia da Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. V - Direito de Família**, 22. ed. Forense, 2014. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5513-7>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15 ed. Saraiva, 2015. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502618480>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 7. ed. Saraiva, 2014. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502213210>> Acesso em: 17 abr. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 70052132370. Oitava Câmara Cível. Agravante: F.S.S.P.P. Agravado: A.J. Desembargador: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre. 04 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5837-4>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28. ed. vol. 6. Ed. Saraiva, 2004. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502141513>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

SAPKO, Vera Lúcia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida**. 4. Reimpressão. ed. Juruá, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502152885>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Família e Sucessões**. 7. ed. Atlas, 2014. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522494132/page/86>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

SILVEIRA, Gabriela Nogueira Tomaz da; ARAÚJO NETTO, Henrique Batista de. Inseminação Artificial Post Mortem e suas Implicações no Âmbito Sucessório. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. v.32, fev/mar 2013, IBDFAM.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, Jose Fernando. Direito Civil - **Direito de família**. 8. ed. vol. 5 Método, 2013. E-book. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-4675-3>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Saraiva, 2014. E-book. Disponível em:

<<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502219618>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo, Atlas, 2006. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522472642>>. Acesso em: 18 abr. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 14. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2014. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522487103>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil: Direito de Família**. 17. ed. Saraiva, 2009. Disponível em: E-book. <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502135475>>. Acesso em: 02 abr. 2015.