

ANDRÉA FIRMINO DE MEDEIROS MARCOLINO

**REPRODUÇÃO ASSISTIDA “POST MORTEM” E O DIREITO DA CRIANÇA À
CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

MESTRADO EM DIREITO

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
Osasco – SP
2013

ANDRÉA FIRMINO DE MEDEIROS MARCOLINO

**REPRODUÇÃO ASSISTIDA “POST MORTEM” E O DIREITO DA CRIANÇA
À CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

Dissertação apresentada à banca examinadora do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração “Positivização e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos”, inserida na linha de pesquisa “Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais”, sob a orientação da Prof. Dra. Débora Gozzo.

Osasco – SP
2013

ANDRÉA FIRMINO DE MEDEIROS MARCOLINO

**REPRODUÇÃO ASSISTIDA “POST MORTEM” E O DIREITO DA CRIANÇA
À CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

Osasco, ____/____/____

Nota: _____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dra. Débora Gozzo
Orientadora
UNIFIEO – Centro Universitário FIEO

Prof. Dr. Paulo Salvador Frontini
UNIFIEO – Centro Universitário FIEO

Prof. Dra. Débora Vanessa Caús Brandão
UNIFIEO – Centro Universitário FIEO

“Porque o Senhor dá a sabedoria,
e da sua boca vem a inteligência
e o entendimento”.
(Bíblia - Provérbios, 6.2)

“O coração do homem pode fazer planos,
mas a resposta certa dos lábios
vem do Senhor”.
(Bíblia - Provérbios, 16.1)

AGRADECIMENTOS

À Dra. Débora Gozzo, agradeço sinceramente pela atenção, pelo privilégio de ter sido sua orientanda, a senhora é meu exemplo de mestre, me fez compreender que a disciplina, a inteligência e a perseverança andam de mãos dadas. Obrigada por não me deixar desistir.

Aos meus professores do mestrado em especial ao Dr. Paulo Salvador Frontini.

À minha mãe, que por muitas vezes me substituiu no cuidado ao meu filho nesses dois anos e meio do mestrado.

Às minhas amigas Maria Cândida Martins Alporti, Claudia Patricia Freitas Costa, Carina Pedroso Uchida e Ursula Spisso Monteiro, amigas que a vida me deu de presente, incentivadoras de meu sucesso, amo vocês.

Ao Jair Lima de Oliveira, ao Helber Daniel Rodrigues Martins, meus colegas do mestrado.

Ao meu pastor Gerson J. Rodrigues e minha pastora Giselli Rodrigues vocês são benção na minha vida.

Ao Arthur meu filho lindo! Agradeço a você o sentimento que despertou em mim.

Ao meu pai, "in memoriam", o grande amor da minha vida. De quem eu vou sempre sentir saudade.

A meu eterno amor, Mário Marcolino, meu marido e grande amigo.

À Deus, Autor da minha vida, te amo meu Senhor, obrigado pelo seu cuidado, pelo seu amparo, obrigada por me permitir estudar, Tu sabes o quanto eu sou grata por isso.

RESUMO

O presente trabalho analisou a reprodução assistida *post mortem* frente ao direito da criança à convivência familiar.

Para realização desse objetivo, analisamos preliminarmente os princípios constitucionais fundamentais afeitos à matéria de reprodução assistida humana que devem ser respeitados para sua utilização.

Tratamos ainda da reprodução humana assistida e suas espécies, das novas modalidades de filiação e seus efeitos.

Por último trouxemos um título sobre a ética necessária a tais condutas, as diversas formas de família na sociedade atual, o afeto, e as razões que entendemos inconstitucional o dispositivo que autoriza a reprodução assistida *post mortem*.

Palavras-chave: Reprodução Assistida “Post Mortem”. Direito da criança. Convivência Familiar. Dignidade Humana.

ABSTRACT

The present study analyzes the assisted reproduction "post mortem" (after death) compared to the right of children to family.

For this, we need a preliminary examination of the fundamental constitutional principles related to assisted human reproduction procedures that should be respected to be effected.

We will treat about the assisted human reproduction procedures that should be respected to be effected.

We will treat about the assisted human reproduction and all variations, new forms or affiliation modalities and its effects.

Finally we will keep to ethics that should guide such conduct, the different forms of family at current times, affectionate relationship, and the reasons for our conclusion that the law is unconstitutional authorizing assisted reproduction "post mortem" (after death).

Keywords: Assisted Reproduction "Post Mortem". Right of the child. Family coexistence. Human Dignity.

SÚMARIO

INTRODUÇÃO	10
I – PRINCÍPIOS AFETOS A REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1. Direitos Fundamentais e dignidade humana	14
2. Direitos Fundamentais e sua eficácia horizontal	20
3. Direito Fundamental à reprodução humana artificial e a dignidade da pessoa humana	24
4. Dos direitos da personalidade	32
5. Dignidade da pessoa humana no âmbito do planejamento familiar	37
6. Princípio da paternidade responsável	41
7. A doutrina da proteção integral da criança e o princípio do melhor interesse da criança	43
8. O melhor interesse da criança e o direito à reprodução	47
9. Direito Fundamental à convivência familiar	50
10. Princípio da igualdade no âmbito familiar	54
11. Princípio constitucional da igualdade dos filhos	56
12. Princípio da solidariedade da família	60
13. Dignidade humana e sua influência nas relações paterno-filial	62
II – ASPECTOS GERAIS DA REPRODUÇÃO HUMANA E SEUS DESDOBRAMENTOS NA FILIAÇÃO	63
1. Reprodução humana assistida e suas espécies	63
1.1 Inseminação artificial homóloga e heteróloga	69
1.2 Reprodução humana artificial e sua historicidade	72
1.3 A Resolução n. 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina e a reprodução humana	74
1.4 Reprodução humana assistida “post mortem”	77
1.5 Panorama breve da reprodução humana assistida “post mortem” no direito estrangeiro	81
2. Sobre a filiação	86

2.1 Espécies de filiação no direito brasileiro	89
2.2 Filiação decorrente da reprodução assistida	91
2.3 Efeitos da filiação: nome, alimentos e sucessão	94
2.3.1 O nome	94
2.3.2 Os alimentos	95
2.3.3 O direito sucessório	98
3. Presunções em matéria de filiação no direito civil	102
3.1 Presunção de paternidade	102
3.2 Presunção de maternidade	103
3.3 Presunção de paternidade decorrente da reprodução assistida	105
III – REFLEXÕES SOBRE AS PRINCIPAIS QUESTÕES ATINENTES A REPRODUÇÃO ASSISTIDA	107
1. As novas formas de família e as constituições de famílias monoparentais	107
2. Da inconstitucionalidade da reprodução assistida “post mortem” frente ao direito da criança à convivência familiar	110
3. O afeto e a reprodução “post mortem”	120
4. A ética da medicina e as ciências biológicas	124
CONCLUSÃO	129
REFERÊNCIAS	131

INTRODUÇÃO

O progresso tecnológico na área da biomedicina ganhou destaque nas últimas décadas, trazendo inúmeras descobertas que acabaram por trazer qualidade de vida e bem-estar ao ser humano.

No campo da medicina reprodutiva, esses avanços se intensificaram, posto que hoje é possível a perpetuação da espécie humana de forma artificial quando a forma natural se mostrar inviável.

Se por um lado isso acabou por trazer vantagens a aqueles que tinham o sonho de ter um filho, por outro, acabou por trazer insegurança jurídica à sociedade moderna, posto não existir até os dias atuais limites a essa prática, não havendo no nosso ordenamento jurídico positivo legislação regulamentando a matéria de reprodução assistida humana. Certo é que a sociedade é dinâmica e as relações mudam conforme a humanidade vai evoluindo e novos experimentos são descobertos. Dessa forma, diante desses novos anseios da sociedade devemos ter em mente que a evolução em qualquer área da ciência tem de dialogar com os direitos fundamentais.

Assim é que o avanço na área de reprodução humana deve ser pautado em valores morais, éticos e no respeito ao ordenamento jurídico, para que haja um equilíbrio entre progresso e respeito aos direitos e garantias fundamentais.

E diante dessas novas descobertas na área da reprodução humana alguns conceitos tradicionais do direito tornaram-se frágeis. O exemplo disso é que até bem pouco tempo a única forma de uma criança ser gerada era naturalmente, porém hoje já é possível sem que ocorra a conjunção carnal, que a mulher venha a engravidar.

Dentre muitas outras inovações temos a possibilidade de gerar uma criança no útero de uma mulher que não o da mãe. A utilização de esperma de terceiro, e também a possibilidade de gerar filhos após a morte do pai.

Para a análise do tema tão complexo, é necessária uma abordagem no primeiro capítulo de alguns princípios constitucionais fundamentais afeitos a matéria de reprodução humana assistida, por meio do estudo dos direitos fundamentais, tomando sempre como base a dignidade humana.

Ressaltamos que a permissão legislativa da reprodução medicamente assistida após a morte do genitor, traz diversas consequências nas relações familiares que pode ser prejudicial à futura criança.

Assim é que no primeiro capítulo trataremos da conduta dos pais na utilização da reprodução assistida “post mortem”, levando em consideração que o direito de reproduzir-se é um direito fundamental, porém esse direito fundamental não é absoluto e por isso deve estar em consonância com outros direitos fundamentais que precisam ser observados no exercício da reprodução humana assistida.

Assim se um casal que não pode ter filhos se utiliza da técnica de reprodução assistida para realizar o seu projeto parental, isto parece perfeitamente legítimo. No entanto, no caso de ser utilizada a reprodução assistida após o falecimento do pai, aí parece ser discutível se os direitos dessa criança estão sendo observados em sua plenitude.

No capítulo seguinte abordaremos a reprodução humana assistida e suas espécies, a inseminação artificial homóloga e heteróloga, a reprodução humana artificial e sua historicidade, a resolução n. 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, a reprodução humana “post mortem”, um breve panorama da reprodução “post mortem” no direito estrangeiro, sobre a filiação, seus efeitos e as presunções em matéria de filiação. Aqui o intuito inicial é entendermos as diversas técnicas e a forma como são realizadas.

Teceremos ainda algumas modificações na seara da filiação.

Por fim trataremos das diversas formas de família, e a constituição da família monoparental; abordaremos ainda a inconstitucionalidade da reprodução assistida *post mortem* frente ao direito da criança à convivência familiar; trataremos do afeto como sentimento que envolve as relações de família sobretudo entre pais e filhos; e ainda abordaremos a ética da medicina e das ciências biológicas na utilização da reprodução humana assistida.

Essa técnica, porém, até os dias de hoje é razão de muitos debates e questionamentos sobre a sua utilização. E o embate só é reforçado por conta da omissão legislativa específica.

Entre as espécies de reprodução humana assistida temos a reprodução assistida “post mortem”, onde o filho nasce após o falecimento de um dos seus pais, com material genético ou embriões congelados ainda em vida dos genitores. E é justamente nessa modalidade de reprodução de que trata nosso trabalho. Sem pretensão de esgotar os questionamentos existentes sobre a matéria nos ateremos a tão somente à reprodução “post mortem”.

Diante disso o presente trabalho pretende estudar os princípios nos quais essa técnica deve se pautar a fim de que não fira os direitos fundamentais conquistados ao longo da evolução da humanidade.

Dentre várias problemáticas do tema abordaremos o direito fundamental da criança à convivência familiar que no presente caso não é observado, e mostraremos que isso poderá trazer inúmeros prejuízos a essa criança.

Sabemos que hoje muitas crianças convivem sem a presença do pai ou da mãe, e isso pode se dá por diversas razões, como numa separação onde o cônjuge ou companheiro que não ficou com a criança não exerce sua obrigação de visitar seus filhos, com o falecimento dos pais, etc. Porém diferentemente ocorre com a utilização da técnica de reprodução “post mortem”, aqui a mãe escolhe desde o início que a criança terá que conviver sem a figura paterna.

Dessa forma, os questionamentos aqui levantados tem o intuito de estudar os efeitos da utilização da técnica de reprodução assistida “post mortem” na criança que nascerá, e mostrar que referida técnica vai contra os direitos fundamentais da criança.

Isto posto, levando em consideração a omissão legislativa, e entendendo que ela pode ser sanada em alguns aspectos no futuro, como no caso de vir a ser regulamentada a sucessão daqueles que nascem por meio dessa técnica. Por outro lado, não podemos dizer haver solução no que diz respeito ao direito da criança à convivência familiar com seus pais.

Assim o presente trabalho mostrará que à criança que nasce proveniente dessa técnica jamais terá seu direito fundamental de conviver com seus pais respeitado, o que mostraremos ser fundamental para um desenvolvimento saudável do ser humano.

Levantaremos ainda a questão da inconstitucionalidade da norma que permitiu a reprodução assistida “post mortem”, e mostraremos que ela não pode subsistir frente ao sistema legislativo pátrio em consonância com a Lei Maior.

Isto posto, o presente trabalho trata dos princípios fundamentais, das diversas técnicas de reprodução assistida, dos efeitos da filiação, da questão da ética, da monoparentalidade, do afeto: com intuito de mostrar a prejudicialidade da técnica ao direito fundamental e a outros vários direitos, sobretudo o da criança à convivência familiar.

Ressaltamos contudo, que em que pese toda essa evolução na área da ciência reprodutiva o direito pátrio ainda não regulamentou a matéria, o que acaba por transmitir uma sensação de insegurança a todos da sociedade.

Assim não nos propomos a esgotar o assunto devido sua complexidade e por existirem inúmeras questões a tratar, mas tentaremos abordar a problemática sob a ótica de que o direito da criança fruto dessa técnica não está sendo respeitado em vários aspectos, mais especificamente no que se refere ao direito fundamental dessa criança de conviver com seus pais.

I – PRINCÍPIOS AFETOS À REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Direitos fundamentais e dignidade humana

No cenário brasileiro atual, embora se saiba que nem sempre o princípio da dignidade da pessoa humana seja devidamente respeitado, na prática, não se concebe outra coisa senão o seu reconhecimento. Acompanhando essa evolução a Constituição Federal de 1988, no art. 1º, inciso III, pela primeira vez, inscreve-o como princípio fundamental do Estado brasileiro.

É sob a égide do Estado democrático de direito, que se prima pelas garantias fundamentais do ser humano, que adquire cada vez mais relevância o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, no Estado democrático de direito, os direitos fundamentais, além de estarem positivados na Lei Maior, deverão ser amparados por garantias que lhe assegurem a sua concretização.¹

¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011. Diferenciam os autores direitos e garantias

Desta forma, não resta dúvida que, em decorrência da positivação dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, o sistema que temos hoje é superior aos que lhes antecederam, o que torna o Estado brasileiro mais democrático.²

Ingo Wolfgang Sarlet nos traz, a respeito, a seguinte lição:

Igualmente sem precedentes em nossa evolução constitucional foi o reconhecimento, no âmbito do direito positivo, do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), que não foi objeto de previsão no direito anterior. Mesmo fora do âmbito dos princípios fundamentais, o valor da dignidade da pessoa humana foi objeto de previsão por parte do constituinte, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna (art.170, *caput*), seja quando, no âmbito da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, parágrafo 6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, *caput*). Assim, ao menos neste final de século, o princípio da dignidade da pessoa humana mereceu devida atenção na esfera do nosso direito constitucional.³

Conforme Edilson Pereira Nobre Júnior, essa adesão decorre da tendência dos ordenamentos ao reconhecimento do ser humano como centro e o fim do direito. Nas suas palavras: “[...] essa inclinação, bastante reforçada depois da traumática barbárie nazi-fascista, encontra-se plasmada pela adoção da dignidade da pessoa humana, à guisa de valor básico do Estado Democrático de Direito”.⁴

Anna Cândida da Cunha Ferraz afirma:

O princípio da dignidade humana, ou da dignidade da pessoa humana, alcança no contexto da Constituição de 1988, espaço ímpar [...] preordena a compreensão e a interpretação dos direitos sediados no núcleo central da Constituição, a organização dos poderes e do Estado e particularmente, a atuação dos poderes na conformação legislativa dos direitos [...] e na aplicação das normas

individuais: “Enquanto os direitos teriam por nota de destaque o caráter declaratório ou enunciativo, as garantias estariam marcadas pelo seu caráter instrumental, vale dizer, seriam os meios voltados para a obtenção ou reparação dos direitos violados.” (p. 149).

² BRANCO, Maurício de Melo Teixeira; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes. PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. Fundamentação material dos direitos fundamentais na contemporaneidade. *In: Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro: Padma, v. 45, jan./mar, 2011, p.74.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 96.

⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Julho de 2011. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/revista/texto/161/o-direito-brasileiro-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 27 jul. 2011.

constitucionais e infraconstitucionais consagradoras, limitadoras ou restritivas de direitos [...].⁵

Daniel Sarmiento aponta a importância da positivação da dignidade da pessoa humana *consagrada como fundamento da República Federativa do Brasil (art.1º, inciso III, CF), e que costura e unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais.*⁶

Certo é que a expressão “dignidade humana” não apareceu mais no texto constitucional positivado como um direito subjetivo, porém não há discussão a respeito de que a dignidade humana está ligada à concretude dos direitos fundamentais, estes, sim, expressamente positivados na Constituição Federal.⁷

De acordo com José Afonso da Silva, é de tal relevância a dignidade da pessoa humana que é eixo fundamental da ordem jurídica:

A dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.⁸

Leciona Silvio de Salvo Venosa que a dignidade da pessoa humana inserida na Constituição como fundamento da República, *configura uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.*⁹

No entanto, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana passou a ter destaque e ser positivado nas Constituições após a 2ª Guerra Mundial, e após ter sido abarcado pela Declaração Universal da ONU de 1948.¹⁰ Ressaltamos, no entanto, algumas exceções à positivação desse princípio, anteriores ao período posterior à 2ª Guerra, a exemplo da Constituição alemã de 1919, conhecida como “Constituição de Weimar”, a Constituição Portuguesa de 1933, e a Constituição da Irlanda.¹¹

Nesse sentido Flávia Piovesan escreve que a Segunda Guerra Mundial trouxe um rompimento dos direitos humanos, e, após ela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconstruiu esses direitos.¹²

⁵ FERRAZ, Anna Cândida Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização.** Eduardo C. B. Bittar e Anna Cândida da Cunha Ferraz (Orgs.). Osasco: Edifício, 2006, p. 131.

⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.110.

⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF.** São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63.

⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 112.

⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.26.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 97.

¹¹ A Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar) já havia previsto em seu texto o princípio da dignidade da pessoa humana, estando positivado em seu art. 151, inciso I, que o objetivo maior da ordem econômica é o de garantir uma existência humana digna. A Constituição portuguesa de 1933 o positivou em seu art. 6º, nº 3 e a Constituição da Irlanda de 1937 em seu preâmbulo.

¹² PIOVESAN, Flávia. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. In: Gomes, Luiz Flávio. (Coord.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18.

Assim, a autora conceitua a Declaração Universal como um: “[...] marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos”.¹³ A autora ainda explana sobre o conceito da dignidade da pessoa humana e sua importância ao ser humano:

[...] Isto porque todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana, incorporada pela Declaração Universal de 1948, constitui o norte e o lastro ético dos demais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Todos eles introjetam, no marco do positivismo internacional dos direitos humanos, a dignidade humana como valor fundante.¹⁴

Anna Candida da Cunha Ferraz ensina que:

[...] a Declaração Universal, além de representar um fim em si mesmo, é ponto de partida, um impulso inicial para a realização dos direitos de toda humanidade: traça ela a pauta a ser perseguida pela humanidade contra o esquecimento e as violações dos direitos humanos.¹⁵

Assim é que o princípio da dignidade humana está presente no Estado democrático de direito, e inaugura em nosso sistema o primeiro artigo da Constituição Federal, que o coloca como fundamento. Não havendo dúvida de que, para que haja, respeito aos direitos humanos e concretude na busca da justiça social, a dignidade da pessoa humana deve ser o valor primeiro a ser buscado.¹⁶

João Baptista Villela considera a dignidade da pessoa humana base da ética e assim explana com mais precisão:

A dignidade da pessoa humana é o eixo central de toda articulação ética a que estamos socialmente preordenados e constitui, enfim, especialmente nas culturas ocidentais, a mais alta expressão de convergência social a que fomos capazes de chegar.¹⁷

Porém, em que pese a importância do avanço dos direitos fundamentais pós- guerra e a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988, para Guilherme Calmon Nogueira da Gama com relação à dignidade da pessoa humana *tal valor não foi introduzido pelo Direito, mas ao contrário, constitui dado prévio, valor próprio da natureza da pessoa humana.*¹⁸ *E ainda a dignidade da pessoa*

¹³ PIOVESAN, Flávia. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. In: Gomes, Luiz Flávio. (Coord.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. In: Gomes, Luiz Flávio. (Coord.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18.

¹⁵ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **A Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana**. Osasco – SP: Edifício, p. 8-9.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009, p. 61.

¹⁷ VILELLA, João Baptista. **Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana**. Superior Tribunal de Justiça – Edição Comemorativa – 20 anos, p. 562.

¹⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 133.

*humana precede ao Direito e, logicamente, independe de reconhecimento pela ordem jurídica.*¹⁹

Dessa forma, mesmo com a positivação efetivada no sistema jurídico pátrio a dignidade da pessoa humana, para o autor, é anterior ao direito, devendo ser reconhecida independentemente de positivação.

Certo é que a vida é o bem fundamental do ser humano, porém sem valores de nada valerá. A vida deve ser vivida com dignidade.²⁰

Jorge Miranda afirma que a dignidade é fonte ética de todos os direitos fundamentais.²¹ Assim, não resta dúvida que, pela sua natureza intrínseca ao ser humano, o princípio da dignidade humana é o guia dos demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais.²²

Assim não há se falar em norma fundamental sem que a mesma respeite o princípio da dignidade da pessoa humana, posto que toda norma, deve respeitar o ser humano e sua dignidade.²³

Na lição de Alexandre de Moraes:

[...] A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que às pessoas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.²⁴

José Francisco Cunha Ferraz Filho sustenta que não há condição humana que dispense a dignidade. Portanto:

A dignidade da pessoa humana é o valor-fonte de todos os direitos fundamentais. Esse valor, que se apresenta como fundamento e fim último de toda a ordem política, busca reconhecer não apenas que a pessoa é sujeito de direitos e créditos diante dessa ordem, mas que é um ser individual e social ao mesmo tempo. No espaço privado, reino da satisfação das necessidades, a pessoa humana é indivíduo, isto é, mostra-se voltada para a realização de suas necessidades biológicas. Já no espaço público, a pessoa é um ser social, ou, como preferiu Aristóteles, o homem é um animal político, pois vive e morre na *polis* – comunidade política. Conforme o magistério de Julien Freund, a

¹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.137.

²⁰ OLIVEIRA, Simone Born de. **Da bioética ao direito: manipulação genética e dignidade humana**. Curitiba: Juruá, 2008, p.54.

²¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1998, v. 4, p. 166-167.

²² NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.50-51.

²³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16.

²⁴ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 128.

pessoa humana possui seis dimensões: a ética, a política, a religiosa, a científica, a econômica e a artística. Ao mesmo tempo em que são autônomas, as dimensões são interpretáveis, que significa dizer que o homem ético não vive sem o homem político, o homem científico não vive sem o homem religioso, o econômico não vive sem o artístico. Sucede que o ser humano se completa e se plenifica com a presença de todas as dimensões em um contexto harmônico, interdisciplinar e interativo. Isso é que vai, em última análise, permitir a democracia e a atualidade dos direitos fundamentais. A dignidade humana constitui, por assim dizer, um valor único e individual, que não pode, seja qual for o pretexto, ser sacrificado por interesses coletivos.²⁵

Importante citar ainda a definição de dignidade da pessoa humana de Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁶

Dessa forma, em que pese o princípio da dignidade da pessoa humana estar disposto no Título I da Constituição Federal, a leitura que deve ser feita é que os direitos fundamentais dispostos ao longo da Constituição Federal devem ser pautados nesse princípio posto ser base fundante da vida do homem.

2. Direitos Fundamentais e sua eficácia horizontal

Quando falamos na eficácia horizontal das normas constitucionais, não podemos deixar de introduzir a noção da distinção entre a eficácia dos direitos fundamentais sobre o Poder Público e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Os direitos fundamentais na nossa Constituição da República de 1988 estão previstos precipuamente, mas não exclusivamente, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), nos artigos 5º (Direitos e Deveres Individuais e Coletivos); 6º; 7º; 8º; 9º, 10 e 11 (Direitos Sociais); 12 e 13 (Direitos de Nacionalidade); 14; 15 e 16 (Direitos Políticos); e 17 (Partidos Políticos).

²⁵ FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. **Constituição Federal interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. In: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. (Org) FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Coordenadora. Manole: Barueri, 2010, p. 6.

²⁶ SARLET, Wolfgang Sarlet. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. ver. e atual. Porto Alegre: 2011, p. 73.

No entanto, há outros direitos fundamentais no bojo dessa Constituição Federal, a exemplo da anterioridade tributária, art. 150, inciso I, o direito ao meio ambiente saudável, art. 225, e outros.

Ressaltamos que o § 1º do art. 5º conferiu às normas que tratam de direitos fundamentais a aplicabilidade imediata, o que se traduz numa efetiva utilização da norma a partir da promulgação da Constituição Federal. Cabe salientar ainda, que, os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas, o que significa dizer que não podem ser restringidos nem por Emenda Constitucional, sendo necessário para tanto uma nova Constituição. Por conseguinte, os direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos possuem eficácia plena, são normas de vigência automática e de auto-aplicabilidade.

A "teoria da eficácia vertical dos direitos fundamentais" diz respeito à aplicabilidade desses direitos como limites à atuação dos governantes em favor dos governados, em uma relação vertical entre Estado e indivíduo, como uma forma de proteção das liberdades individuais (direitos fundamentais de primeira geração) e de impedir interferência estatal na vida privada. Dessa forma, os direitos fundamentais eram vistos como liberdades e garantias, ou seja, direitos de defesa do indivíduo perante o Estado.²⁷ Do outro lado, encontra-se a chamada "eficácia horizontal dos direitos fundamentais". Aqui os destinatários dos preceitos constitucionais são os particulares (pessoa natural ou jurídica). O tema foi desenvolvido principalmente na doutrina e jurisprudência alemã da segunda metade do século XX, tendo, posteriormente, ganhado corpo com contribuição da doutrina de toda a Europa.

Assim, com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, podemos afirmar que o Estado, além de obrigado a não agredir os direitos fundamentais tem ainda a missão de fazê-los respeitar pelos particulares.

Assim, cresce cada vez mais na doutrina a ideia de que a aplicação dos direitos fundamentais possui relação do tipo cidadão *versus* cidadão, não se atendo apenas às relações entre Estado *versus* cidadão.

Leciona Luiz Guilherme Marinoni, que a norma de direito fundamental, mesmo que traga um revestimento de subjetivação, sempre contém valoração. O valor nela contido, revelado de modo objetivo, espraia-se necessariamente sobre a compreensão e atuação do ordenamento jurídico. Atribui-se aos direitos fundamentais, assim, uma eficácia irradiante.²⁸

Para o citado autor, *as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertinem somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade.*²⁹

Daniel Sarmento, aponta para uma "dimensão objetiva dos direitos fundamentais". A ideia prende-se ao reconhecimento de que nos direitos de natureza fundamental estão contidos os valores mais importantes da comunidade, os quais, por meio dos princípios constitucionais que consagram, penetram nos demais ramos do ordenamento jurídico, modelando suas leis e institutos.³⁰

²⁷ POLARINI, Giovana Meire. A eficácia vertical e horizontal das normas de direitos fundamentais. *In*: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.168.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.168.

³⁰ SARMANTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 25.

Sabe-se, todavia, que o direito é dinâmico, e a sociedade precisa de normas que acompanhem sua evolução, o que no presente trabalho nós podemos observar bem, quando nos referimos ao avanço da ciência no que se refere à reprodução humana assistida.

E cogitando-se a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, duas teorias podem ser destacadas: a teoria da eficácia indireta ou mediata e a teoria da eficácia direta ou imediata.

Na teoria da eficácia indireta ou mediata, os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa, seja dentro de uma dimensão proibitiva e voltada para o legislador que não poderá editar lei que viole direitos fundamentais ou, ainda, positiva, voltada para que o legislador implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devam se aplicar às relações privadas.³¹

Já na teoria da eficácia direta ou imediata, alguns direitos fundamentais podem ser aplicados às relações privadas sem que haja a necessidade de "intermediação legislativa" para a sua concretização.³²

Parte da doutrina entende que a aplicabilidade das normas vinculadoras de direitos fundamentais nas relações entre particulares é mediata, isto é, os direitos fundamentais seriam direitos relativos à defesa do particular contra o poder do Estado, implicando que as relações extra-estatais estariam fora da zona de incidência dos direitos fundamentais. As normas autoexecutáveis são aquelas que não precisam de outra norma para sua aplicabilidade. Enquanto que as normas não autoexecutáveis dependem de regra para que ela tenha aplicabilidade.³³

Nesse ponto, investigadores jurídicos entendem que as regras constitucionais vinculadas aos direitos fundamentais não podem ser opostas aos particulares diretamente, pois os valores objetivos traçados no seio constitucional devem ser materializados por meio da produção de normas jurídicas de baixa densidade (normas infraconstitucionais), ou seja, a regulamentação de regras constitucionais é o caminho apropriado para a proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.³⁴

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet expõe com relação à proteção da liberdade individual contra os poderes, tanto do Estado como dois mais fortes do ponto de vista, social e econômico Ingo Wolfgang expõe mais precisamente sobre a importância da garantia dos direitos fundamentais:

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que ao contrário do Estado clássico e liberal de direito, no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre público e o privado, os direitos fundamentais alcançam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o

³¹ MELO, Adriana Zawada. A dignidade da pessoa humana como fundamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. In: GOZZO, Débora (coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 45.

³² MELO, Adriana Zawada. A dignidade da pessoa humana como fundamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. In: GOZZO, Débora (coord.) **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46.

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2011, p.38.

³⁴Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5942>. Acesso em: 10.abr.2013.

Estado, no Estado Social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que a liberdade se encontram particularmente ameaçadas, como dão conta, entre tantos outros, os exemplos dos deveres de proteção na esfera das relações de trabalho e proteção dos consumidores.³⁵

Ainda nessa mesma linha de pensamento, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins ensinam:

O reconhecimento do efeito horizontal parece ser necessário quando encontramos, entre os particulares em conflito, uma evidente desproporção de poder social. Uma grande empresa é juridicamente um sujeito de direito igual a qualquer um de seus empregados. Enquanto sujeito de direito, a empresa tem a liberdade de decidir unilateralmente sobre a rescisão contratual. Na realidade, a diferença em termos de poder social, ou seja, o desequilíbrio estrutural de forças entre as partes juridicamente iguais é tão grande que poderíamos tratar a parte forte como detentora de um poder semelhante ao do Estado.³⁶

Com relação aos argumentos desses autores, as violações aos direitos fundamentais podem partir tanto do Estado soberano como, também, dos agentes privados. Essa tendência atual de aplicação horizontal dos direitos fundamentais não visa se sobrepor à relação anterior, uma vez que o primordial nessa questão é nos atentarmos para que a aplicação dos direitos fundamentais, no caso concreto, esteja sempre ponderada com os demais princípios.

E tomando por base a dignidade da pessoa da criança, o art. 227, *caput* da Constituição traz essa concepção, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe, “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-la “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Portanto é certo que o referido dispositivo não é oponível apenas ao Estado, pois a sociedade e os membros da família têm dever de observá-lo.³⁷

Para Claudete Carvalho Canezin, todos os direitos naturais fazem parte dos que dizem respeito à dignidade da pessoa humana, por isso não podem ser violados por ninguém. Vejamos:

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 386.

³⁶ DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 109.

³⁷ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da Reparação do Dano Existencial ao Filho Decorrente do Abandono Paterno-Filial. *In: Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*, Porto Alegre: Síntese, v.1, n. 36, jun./jul., 2006, p. 73.

Os direitos inerentes à condição humana, tais como vida, a integridade física ou psíquica, fazem parte da dignidade, e não é conferido o direito deles dispor, sob pena de reduzir sua própria condição humana, devendo todos os demais membros da sociedade abster-se de violá-los.³⁸

Nessa linha, o magistrado poderá se deparar com inevitável colisão de direitos fundamentais, e diante disso, indispensável será a "ponderação de interesses" à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o judiciário terá que avaliar qual dos interesses deverá prevalecer.

3. Direito Fundamental à reprodução humana artificial e dignidade da pessoa humana

Os direitos fundamentais são direitos que visam à manutenção da vida humana de forma livre e digna. Modernamente, os direitos fundamentais protegidos pelas diversas Constituições no mundo têm como base a Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948) cuja realização se deu pelos esforços da Organização das Nações Unidas, ONU.

Com os avanços da biotecnologia, particularmente no que se refere às técnicas de reprodução humana assistida, ocorridos desde o século passado, precisamente após a segunda metade do século XX, iniciou-se importante discussão acerca dos impactos trazidos por tais técnicas à sociedade o que acabou por repercutir na seara do direito. É claro que quando se trata de trazer ao mundo um ser por técnicas que não sejam “naturais”, não resta dúvida que vários pontos dessa técnica devem ser avaliados e ponderados à luz da proteção do ser humano como um todo, sob pena de se ferir princípios que foram criados e enaltecidos constitucionalmente ao longo da evolução da história.

A Constituição Federal de 1988 não positivou de forma expressa a reprodução humana artificial. Porém o direito fundamental à reprodução pode ser extraído dos direitos fundamentais elencados como: direito ao planejamento familiar e da paternidade responsável (CF, art. 226, parágrafo 7º), fundamentado nos princípios da dignidade humana (CF, art. 1º, inciso III) e o direito ao melhor interesse da filiação, da proteção integral da família e da convivência familiar (CF, art.227).³⁹

Para Maria Helena Diniz:

“Os bioeticistas devem ter como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III) e o cerne de todo ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá

³⁸ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da Reparação do Dano Existencial ao Filho Decorrente do Abandono Paterno-Filial. *In: Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*, Porto Alegre: Síntese, v.1, n.36, jun./jul., 2006, p. 74.

³⁹ PERRONI, Fábio Amadeu Martins. Reprodução humana assistida: implicações ético-jurídicas na fertilização *in vitro* e o dever de informação. *In: GOZZO, Débora (coord.). Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 166.

sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Conseqüentemente, não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna.”⁴⁰

Para Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz:

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao médico e pesquisadores que ajam sempre com respeito ao ser humano, sendo certo que é esse o comportamento a ser adotado diante das técnicas de reprodução humana assistida. A utilização de tais técnicas deve sempre ter em vista o bem da pessoa humana, mediante a melhora da qualidade de vida e da própria existência.⁴¹

Para Norberto Bobbio *o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas*. Por isso afirma o autor o valor da democracia:

Direitos do Homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo”).⁴²

Norberto Bobbio afirma, ainda, que os direitos não nascem todos de uma vez, há uma evolução de poder do homem sobre o próprio homem e sobre a natureza, criando assim gerações com suas próprias características.

Assim para Norberto Bobbio,

[...] o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas [...] O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas [...]⁴³

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.16.

⁴¹ FERRAZ, Na Claudia Brandão Correia. **Reprodução humana assistida e suas conseqüências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2009, p. 38.

⁴² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18-19. São Paulo: Campus, 2010, p. 1.

⁴³ *Ibid.*, p. 18-19.

Assim, traremos as gerações de direitos fundamentais que representam bem os direitos que foram conquistados ao longo da história, atendendo aos anseios humanos, com o intuito também de localizar o direito à reprodução nas gerações ou dimensões catalogadas.⁴⁴

Os direitos fundamentais de primeira geração, também denominados direitos civis, ou individuais, e políticos, são direitos de defesa de um indivíduo perante o Estado. Eles *correspondem aos direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado* diz Norberto Bobbio. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência na vida social ou de qualquer indivíduo. São as chamadas “liberdades políticas negativas” ou “direitos negativos”, pois exigem do Estado um afastamento da vida pública.

George Marmelstein ressalta os direitos políticos:

Além dos direitos de liberdade, também foram reconhecidos, nessa primeira fase do constitucionalismo moderno, os chamados direitos políticos, cuja principal finalidade era e ainda é a regulamentação do exercício democrático do poder, permitindo a participação do povo na tomada das decisões políticas, através do direito de voto, do direito de crítica, do direito de filiação partidária, entre outros.⁴⁵

Assim, os direitos de primeira geração visaram à limitação do poder estatal, garantindo a participação do povo nos negócios públicos.⁴⁶

Com relação a tais direitos, Paulo Bonavides preleciona:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico: enfim, são direitos de resistência ou de oposição ao Estado. Entram na categoria do “status negativo” da classificação de Jelink.

Os direitos fundamentais de segunda geração, complementando os de primeira geração, são aqueles que exigem uma atividade do Estado, no sentido de suprir as carências individuais e sociais, chamados assim de direitos positivos, pois reivindicam *uma ação* do Estado diante dos problemas de uma sociedade. Se os direitos fundamentais de “primeira geração” tinham como preocupação a liberdade contra o arbítrio estatal, os de “segunda geração” se preocupam com uma nova forma de proteção de sua dignidade,

⁴⁴ Cf. O autor explana sobre a diferença de dimensão e geração de direitos fundamentais: “(...) não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais...” Nesse sentido o autor explica que a dimensão tem um sentido cumulativo de direitos fundamentais e que o termo gerações induz ao entendimento de alternância desses direitos. O autor prefere a utilização do termo dimensões dos direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 49.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 45.

⁴⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 51.

qual seja, a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha respeito e sentido na vida humana.

Dessa forma, os direitos fundamentais de segunda geração possuem objetivos diferentes dos de primeira geração. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem executadas pelo Estado, para que os seres humanos tenham melhor qualidade de vida, em respeito à dignidade humana e ao exercício da liberdade.⁴⁷

O documento que sintetiza essas preocupações e que se constitui na grande referência até hoje é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, votada pela Assembleia Geral da ONU (Organização das Nações Unidas) em 10 de dezembro de 1948, incorporando a primeira e segunda geração de direitos, isto é, os direitos civis, políticos, os sociais, os econômicos e os culturais.

Os direitos fundamentais de terceira geração por sua vez, surgem na segunda metade do século XX, chamando a atenção o uso indiscriminado de substâncias poluentes em todos os setores da atividade econômica, a persistência das desigualdades sociais, as reivindicações das mulheres contra a desigualdade nas relações de gênero. São novas necessidades que se traduziram em direitos reivindicados por movimentos sociais.

Assim, o direito à paz, a preocupação com a preservação do meio ambiente, o desenvolvimento econômico dos países e à comunicação, são parte integrante desse rol de direitos fundamentais de terceira geração.

Para Luis Alberto David Araujo, *a essência desses direitos se encontra em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade, constituindo mais uma conquista da humanidade no sentido de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos*.⁴⁸

Assim, os direitos de solidariedade, como o direito à paz, ao desenvolvimento e à autodeterminação dos povos, a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado e à utilização do patrimônio comum da humanidade, formam os direitos da “terceira geração”. Essa dimensão tem caráter universal e como destinatário todo o gênero humano.⁴⁹

Com efeito, descrevemos acima de forma sucinta a evolução dos direitos fundamentais, na teoria clássica tripartida.

Entrementes, na atualidade há doutrinadores que defendem a existência dos direitos fundamentais de quarta e quinta geração.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, essas novas gerações de direitos fundamentais se mostram pertinentes na medida em que protegem valores como a vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo como seu fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.⁵⁰

Contudo, David Araujo e Vidal Serrano, apontam a classificação trinar dos direitos fundamentais, indo contrário à doutrina que apontam as demais gerações, sob o fundamento de que, embora distintos, os seus conteúdos permanecem uno diante da finalidade comum que os une.⁵¹

⁴⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 51.

⁴⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.117.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 562-570.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 50.

⁵¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.112.

Cumpra ainda ressaltar que na doutrina não há consenso quanto ao conteúdo do direito fundamental de “quarta geração”.

Assim, para Norberto Bobbio, *tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética*.⁵² Enquanto Paulo Bonavides enfoca a globalização política, relacionada à democracia, à informação e ao pluralismo.⁵³

Dessa forma, utilizando-se da lição de Norberto Bobbio, nos direitos fundamentais de “quarta geração”, podemos elencar o direito à reprodução humana assistida.

Nesse sentido, Norberto Bobbio preocupado com o avanço biotecnológico defende um posicionamento jurídico, impondo limites à manipulação genética, dispondo textualmente que:

Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo. Quais são os limites dessa possível (e cada vez mais certa no futuro) manipulação?⁵⁴

Assim, o direito fundamental de “quarta geração”, consubstanciado no direito à reprodução humana, utiliza a “vida” como principal objeto de pesquisa, o que faz necessário focar a questão da ética e da moralidade.

Essa classificação dos direitos fundamentais em “gerações” visa reforçar a ideia de que os direitos surgem de acordo com o progresso da humanidade, criando novas necessidades para os indivíduos, e novos direitos e deveres para o Estado e o cidadão.

Assim é que Antônio Augusto Cançado Trindade ressalta a preservação dos direitos fundamentais anteriormente adquiridos, mesmo de uma geração para outra:

[...] em relação aos seres humanos, de fato se verifica a sucessão geracional, mas em relação aos seus direitos há um processo de cumulação, visto que os direitos sobrevivem aos seus criadores e acabam por coexistir com novas regras que surjam no futuro próximo ou distante.

Salientamos que, em que pese na doutrina haver uma crítica à utilização do termo “gerações”, o que sugere que seja substituído por “dimensões”, na verdade percebemos tratar-se apenas de uma utilização de um termo mais adequado, pois parece-nos que, quando Norberto Bobbio e outros autores utilizam-se do termo “gerações”, eles não têm o intuito de criar qualquer relação de hierarquia ou de sobreposição entre esses direitos, visto que tais direitos se somam no decorrer da evolução da humanidade, ensejando a proteção de outros direitos como fundamentais ao ser humano em respeito à dignidade humana.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama *por força das Declarações Universais e Convenções Internacionais sobre direitos humanos, encontra-se o direito da pessoa de constituir uma família e, nesse contexto tem-se reconhecido o direito à reprodução*.⁵⁵

⁵² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 571-572.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.6.

⁵⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 712.

Escreveu Gerard Vicent que *a humanidade quer se perpetuar. Ainda não perdeu o medo de desaparecer.*⁵⁶

A reprodução humana sempre impulsionou a sociedade no sentido de o ser humano manter sua descendência, preservando seu nome, valores, tradição e sua genética.⁵⁷

No Brasil, não há lei regulamentando a reprodução humana assistida. A única normatização para o tema nos dias de hoje é exposta na Resolução CFM nº 2013/2013.⁵⁸

Certo é que no dizer de Olga Jubert Gouveia Krell, *hoje, não há que se falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em lei apenas na medida dos direitos fundamentais.*⁵⁹

As técnicas de reprodução assistida são garantias à realização do projeto parental. A Lei 9.263/1996 regulamenta essa possibilidade de forma responsável, a fim de que não fira os direitos fundamentais do menor.

Importante ainda trazer o entendimento de Olga Jubert Gouveia Krell que escreve: *Em suma, pode-se alegar que o princípio do melhor interesse da criança constitui importante limite ao exercício indiscriminado ou mesmo abusivo ao direito de reprodução assistida no Brasil.*⁶⁰

Não podemos perder de vista, no entanto, que, para se entender o direito à reprodução, faz-se necessário o conhecimento de suas consequências e em que hipóteses a reprodução é permitida.

Para Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz, o direito de constituir família pressupõe o direito de procriar:

Se se garante o direito de formar uma família, através da concepção natural, há de se reconhecer o direito daqueles que, por razões médicas, não podem procriar naturalmente, a também formarem uma família. Nessa linha, o direito a constituir família inclui o direito de procriar, inclusive artificialmente.⁶¹

Certo é que o direito à reprodução como qualquer outro direito fundamental não é absoluto, o que acaba no dizer de Guilherme Calmon Nogueira da Gama *por possibilitar a imposição de limites estabelecidos no texto constitucional e que, assim, podem ser exigidos no âmbito da concretização da norma constitucional.*⁶²

Giovana Meire Polarine com relação à utilização da biotecnologia reprodutiva expõe que:

⁵⁶ PROST, Antonie.; VICENT, Gerard (Orgs.). “**Segredos de família**”: em sua história da vida privada. 5 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p.275.

⁵⁷ PÁDUA, Amélia do Rosário Motta. **Responsabilidade civil na reprodução assistida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 56.

⁵⁸ GOZZO, Débora. **Reprodução assistida e dignidade humana: as lacunas da lei**. Disponível em: <<http://www.estadodedireito.com.br/2011/11/03/reproducao-assistida-e-dignidade-humana-as-lacunas-da-lei/>>. Acesso em: 03. nov.2012.

⁵⁹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 73.

⁶⁰ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2011, p.139.

⁶¹ 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**. Curitiba: Juruá, 2009, p.82.

⁶² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p. 718.

O emprego da biotecnologia reprodutiva, enquanto direito fundamental, justifica-se desde que haja a devida necessidade de sua utilização, isto é, nos casos em que a pessoa não pode conceber por vias naturais (infertilidade ou esterilidade). Alia-se a isso o elemento subjetivo: o *animus* para a constituição do vínculo paterno-materno-filial, à luz dos princípios e valores constitucionais aplicados.⁶³

Porém, como fora dito, nenhum direito fundamental é absoluto, e não há dúvida que o direito fundamental à reprodução assistida entra em colisão com outros direitos fundamentais.⁶⁴

Nesse sentido Maria Helena Diniz ensina que *o direito a um filho mediante o livre acesso das técnicas de reprodução assistida não pode ser considerado absoluto, pois os direitos da prole e o bem comum impõem seus limites.*⁶⁵

Com relação às limitações às restrições ao direito fundamental no que tange a reprodução assistida, imperioso citar a lição trazida por Olga Jubert Gouveia Krell:

[...] o casal estéril tem o direito à filiação por meio de reprodução assistida desde que isso não coloque em risco a saúde da mãe paciente e do possível descendente. Ao mesmo tempo, a existência de um direito fundamental à reprodução assistida não coloca, automaticamente, todas as suas técnicas modernas na discricionariedade do casal ou do indivíduo. [...] Um suposto direito ao uso de todos os métodos científicos da reprodução assistida encontrará, imediatamente, os seus limites na medida em que serão afetados interesses públicos e violados direitos de outros seres humanos, especialmente dos próprios embriões criados e da futura criança.

Portanto, respeitando-se os princípios constitucionais do melhor interesse da criança, da paternidade responsável, do planejamento familiar e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana, não há dúvida que o direito à reprodução é direito fundamental do ser humano em ver sua espécie perpetuada, devendo, contudo, esse direito dialogar com os demais direitos fundamentais, ponderando quando se fizer necessário.

4. Dos direitos da personalidade

O vocábulo pessoa vem do latim *persona* e significa máscara de teatro. É uma referência ao teatro grego da Antiguidade, onde os personagens usavam máscaras e por elas se diferenciavam. Dessa forma temos que o conceito de pessoa traz em si a ideia de representação social, do papel representado por cada pessoa o que se coaduna perfeitamente com o significado jurídico do termo.⁶⁶

⁶³ POLARINI, Giovana Meire. **A reprodução humana póstuma desafios jurídicos à luz dos direitos fundamentais.** 2012. Fls. 177. Dissertação (Mestrado). UNIFIEO, São Paulo, 2012.

⁶⁴ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil.** Curitiba: Juruá, 2011, p. 120.

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 143.

⁶⁶ ALMEIDA, Eneá de Stutz e. Indivíduo, pessoa e direitos da personalidade: reflexões. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira.** Florianópolis: Conceito, 2010, p.168.

Ao longo da história, a ciência jurídica teve como papel principal a realização de normas para reger a vida em sociedade. Hoje, o direito encontra-se num patamar privilegiado por ter garantias constitucionalmente asseguradas em que se busca tutelar inúmeros direitos, dentre eles, os direitos da personalidade.

Claudio Luiz Bueno de Godoy assevera que:

[...] foi particularmente na Idade Média que surgiram, com maior concretude, ideias de valorização do homem, reconhecendo-se nele intrínseco um componente espiritual, mais que corpóreo, cuja significação está em sua dignidade, base da concepção dos direitos da personalidade.⁶⁷

Mas os direitos fundamentais da pessoa para Gustavo Tepedino são da Idade Moderna, quando afirma que:

Foi, contudo, somente no século XIX, a partir da elaboração das doutrinas francesa e alemã, que se começou a edificar a construção dos direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à esfera de proteção de sua dignidade e integridade, denominando-se-lhes direitos da personalidade.⁶⁸

Carlos Alberto Bittar traz-nos lição acerca dos direitos da personalidade e toda evolução até que se chegasse à sua formação:

A construção da teoria dos Direitos da Personalidade humana deve-se, principalmente: a) ao cristianismo, em que se assentou a ideia da dignidade do homem; b) à Escola de Direito Natural, que firmou a noção de direitos naturais ou inatos ao homem, correspondentes à natureza humana, a ela unidos indissolavelmente e preexistente ao reconhecimento do Estado; e, c) aos filósofos e pensadores do iluminismo, em que se passou a valorizar o ser, o indivíduo frente ao Estado.⁶⁹

No nosso ordenamento jurídico, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos da personalidade não eram disciplinados diretamente pelo ordenamento jurídico diretamente. Algumas leis ordinárias esparsas exerciam esse papel, a exemplo do tratamento dado aos direitos autorais, ao sigilo de correspondência e o direito moral do autor.⁷⁰

Com a entrada em vigor da Constituição Federal, esse panorama jurídico mudou. O art. 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, trouxe em seu bojo, diversos dispositivos que protegem os direitos da personalidade, sendo eles protegidos no “caput”, quando trata do direito à vida e sua inviolabilidade; proteção à integridade

⁶⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 25.

⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado. Rio de Janeiro**: Renovar, 2004, p. 31.

⁶⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5 ed. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 19.

⁷⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5 ed. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 38.

física e psíquica (inc. III); a intimidade, vida privada, honra e imagem (inc. X); direitos autorais (inc. XXVIII) etc.

Ademais, o Código Civil de 2002 cuida dos direitos da personalidade em todo um capítulo, dando o devido respeito que a matéria requer.

Ressaltamos que os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal e os positivados no Código Civil de 2002, compõem um rol exemplificativo dos direitos da personalidade que estão em consonância com o momento jurídico hoje, de proteção aos direitos humanos, de forma que, tendo em vista a crescente evolução da humanidade, outros direitos e garantias podem ser acrescentados, conforme previsão do art. 5º, parágrafo 2º da Constituição.⁷¹

Assim, Roxana Cardoso Brasileiro Borges destaca *que conceber os direitos de personalidade, como uma lista fechada de tipificações é contrário ao determinado pelos arts. 1º, III, e 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal.*⁷²

Além disso, cabe salientar que o art. 29º da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷³ assegura o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Renan Lotufo aponta, ainda, que os direitos da personalidade passaram a ter uma maior evidência após a Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O autor identifica a dignidade como base dos direitos da personalidade. E, para ele, os direitos de personalidade são *o mínimo imprescindível para o ser humano desenvolver-se dignamente.*⁷⁴

Para Roxana Cardoso Brasileiro Borges *os direitos da personalidade são os considerados essenciais à pessoa humana, visando à proteção de sua dignidade. Diante disso, em nosso direito, cada vez mais o conceito “personalidade” se aproxima do valor “dignidade.”*⁷⁵

Escreve Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

[...] a esses direitos que irradiam e se apoiam na personalidade, servindo de, justamente, a sua proteção, bem assim à tutela de suas emanções primeiras, como a vida, a honra, a privacidade, a imagem da pessoa, entre outras, é que se dá o nome de direitos da personalidade.⁷⁶

Para Sílvio de Salvo Venosa, *há direitos que afetam diretamente a personalidade, os quais não possuem conteúdo econômico direto e imediato. A personalidade não é exatamente um direito; é um conteúdo básico sobre o qual se apoiam os direitos.*⁷⁷

Para Francisco Amaral, a personalidade ou subjetividade significa *a possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas. Deve ser considerada como um princípio, um*

⁷¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada.** 2 ed. 2 tir. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25.

⁷² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada.** 2 ed. 2 tir. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29.

⁷³ Nos termos do art. 29, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

⁷⁴ LOTUFO, Renan. **Curso avançado de direito civil:** parte geral. São Paulo: RT, 2002, v. 1, p.81.

⁷⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 2 tir., p.14.

⁷⁶ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. O direito à privacidade nas relações familiares. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (Coords.). **Direito à privacidade.** São Paulo: Ideias e letras, 2005. p. 119-148.

⁷⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** parte geral. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 171.

*bem, um valor em que se inspira o sistema jurídico, superando-se a concepção tradicional, própria do individualismo do século XX, que exaltava a pessoa apenas do ponto de vista técnico-jurídico.*⁷⁸

Caio Mario da Silva Pereira, por sua vez, assevera que em regra os direitos de personalidade não podem ser objeto de autolimitação pelo seu titular, mas no que se refere ao efeitos patrimoniais deles emanados, seria possível, *até onde não ofendam os direitos em si mesmos, ser objeto de renúncia, transação, transferência ou limitações.* E acrescenta que algumas vezes a ordem jurídica estabelece limites a *esses atributos ou ao seu exercício* com o objetivo de tutelar o indivíduo ou a sociedade.⁷⁹

O Enunciado n° 4 da I Jornada de Direito Civil, porém, prevê expressamente que *o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.*

Ademais, o Enunciado n.º 139 da III Jornada de Direito Civil prevê que “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”.

Ainda no que diz respeito aos direitos da personalidade Roxana Cardoso Brasileiro Borges assim se expressa:

Considera-se, atualmente, que o objeto do direito dos direitos da personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoa, ou as suas características mais importantes. As projeções da personalidade, suas expressões, qualidades ou atributos são bens jurídicos e se apoiam no direito positivo. Os direitos da personalidade são uma categoria especial de direito, diferente dos direitos obrigacionais e dos direitos reais. Por meio dos direitos da personalidade se protegem a essência da pessoa e suas principais características. Os objetos dos direitos de personalidade são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano.⁸⁰

Nesse contexto constitucional, surge para o ser humano, fundamentado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a legitimação de toda e qualquer prática que viabilize a formação de uma família, obtida através da filiação, aqui se incluindo o direito à reprodução humana artificial. Essa possibilidade surge com fulcro no direito da personalidade de reprodução sexual. Dessa forma, cabe ao direito positivo dotá-lo de proteção própria, contra quaisquer arbitrariedades do poder público ou de particulares. Assim, conclui-se que o novo Código Civil, ao tutelar expressamente os direitos da personalidade, respaldou, com fundamento nestes, a reprodução humana assistida, já que as doações de gametas não importam em diminuição permanente da integridade física, e são sempre realizadas por necessidade médica, já que a infertilidade é considerada uma doença.

Portanto, diante da abrangência do direito da personalidade, citamos os direitos fundamentais que são os direitos à vida e o à liberdade, e hoje diante da prática de reprodução humana artificial, devemos nos ater aos direitos fundamentais dessa criança

⁷⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: Introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.221.

⁷⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**, v.1, 22. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 242.

⁸⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.20.

que foi concebida e que nascerá. Assim, temos os direitos da personalidade como meio essencial à proteção da dignidade da pessoa humana.

5. Dignidade da pessoa humana no âmbito do planejamento familiar

Entendendo o direito à reprodução como um direito fundamental do ser humano não podemos deixar de trazer à tona os instrumentos jurídicos a esse exercício.

A Declaração dos Direitos Humanos, em seu art. XII estabelece: “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

O princípio do Planejamento Familiar foi consagrado tanto em sede legal (art. 1.565 parágrafo 2º do CC de 2002), quanto constitucional (art. 226, parágrafo 6º da CF), senão vejamos:

A Lei nº 9.263/96 inicia por estabelecer o planejamento familiar como direito de todo cidadão. Assim o prescreve:

“O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”. (CC, art. 1.565, parágrafo 2º).

“Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. (CF, art. 226, parágrafo 7º da CF).

A Lei Federal do Planejamento Familiar (Lei nº 9263/96) foi promulgada em janeiro de 1996 para regular o parágrafo 7º do art. 226 da Constituição de 1988, trazendo em seu bojo três capítulos e 25 artigos.

Dessa forma, no art. 2º temos que para fins da citada lei, entende-se planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.” Ainda o parágrafo único dispõe que: – “É proibida a utilização das ações a que se refere o *caput* para qualquer tipo de controle demográfico”.

Estabelece ainda o art. 3º que: “O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde”.

No dizer de Roberto Senise Lisboa, *o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o fundamento precípua da nossa Constituição Federal, o qual deve obrigatoriamente ser respeitado em todas as relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, estando aqui incluídas as relações familiares.*⁸¹

Cumpra ainda mencionar o art. 9º, da Lei nº 9.263/96, porque reconhece a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida, desde que não coloquem em risco a vida e saúde dos genitores.

A lei de planejamento familiar que regulamentou o art. 226, parágrafo 7º, no seu art. 5º diz ser “dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, (...) promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre

⁸¹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil: direito de família e das sucessões.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 40.

exercício do planejamento familiar”, garantindo através do art. 9º que “para o exercício do planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”.

Trata-se de uma liberdade ampliada no exercício do planejamento familiar, pois hoje é possível coletar material fecundante masculino ou feminino e criopreservá-los em nitrogênio, para gerar filhos futuramente.

No que se refere ao planejamento familiar preconiza, ainda Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

O surgimento do tema envolto no planejamento familiar é historicamente recente e tem se tornado objeto de preocupação dos governos na maior parte dos países ocidentais com diferentes enfoques diante da peculiaridade de cada nação, mas sem dúvida se encontra necessariamente relacionado à noção de direitos reprodutivos, assim considerados os direitos básicos vinculados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana com os limites que lhes são inerentes.⁸²

O planejamento familiar não é planejamento populacional, porque não deve induzir o comportamento social ou o sexual, nem deliberar quantos filhos o casal pode ou deve ter.⁸³ Ele é sobretudo uma conscientização de que o ser que irá nascer deve ter o mínimo de sustentação para crescer sadio e livremente, não podendo nesse processo sobressair qualquer espírito egoístico que possa colocar em risco a boa formação do ser humano que irá se desenvolver.

Para Olga Jubert Gouveia Krell, *com a consagração do planejamento familiar, o Constituinte de 1988 concedeu ao homem e à mulher a titularidade de direitos reprodutivos. Cabe ao casal planejar sua família e o número de filhos que pretendem ter além de decidirem em relação à diferença de idade entre eles.*⁸⁴

Dessa forma, não resta dúvida que homem e mulher no exercício de seus direitos no que diz respeito à constituição de sua família, têm o direito de escolher quantos filhos desejam, pois eles, como pais responsáveis, bem sabem o quanto têm de estrutura para criação desses filhos.

Por outro lado, mesmo diante do direito ao planejamento familiar garantido constitucionalmente questionam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior o papel do Estado quando não há paternidade responsável:

O casal pode decidir livremente sobre o planejamento familiar. Deve para tal decisão obedecer aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Inexistindo tais pressupostos na decisão do casal (que é livre), como encarar a questão? Poderia o Estado, sem que houvesse paternidade responsável, ingerir-se no planejamento familiar? Inegável que a expressão ‘paternidade responsável’ é ampla, mas, em

⁸² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, p.444.

⁸³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.145.

⁸⁴ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2011, p.106.

casos-limites, não se poderia falar em ingerência do Estado?⁸⁵

O planejamento familiar compreende ato de escolha consciente, a partir de um processo educativo e de esclarecimento quanto à decisão do número de filhos que a pessoa deseja ter, respeitando assim o direito fundamental à dignidade humana.⁸⁶

Ainda para José Afonso da Silva, *a Constituição não se satisfaz com declarar livre o planejamento familiar. Foi mais longe, vedando qualquer forma coercitiva por parte de instituições sociais ou privadas.*⁸⁷

Heloisa Helena Barbosa ensina que:

Reconhecido nestes termos o direito de reproduzir ou não, impõe-se considerar que sua efetivação não se restringe à esfera de interesses de um indivíduo, na medida em que, necessariamente, interfere de modo decisivo em outro: em outras palavras, ao se reconhecer o direito à procriação é indispensável que se considerem os direitos fundamentais do filho, também internacionalmente conhecidos. Não se trata de um direito absoluto, estando sempre limitado pelos direitos da criança por nascer, fundamentalmente por seu direito à dignidade e à formação de sua personalidade no seio de uma família com a dupla imagem de genitores, paterna e materna.⁸⁸

Ainda nesse mesmo sentido vale a pena trazer o posicionamento de Anna de Moraes Salles Beraldo quanto à priorização ao interesse da criança em face da reprodução assistida. Vejamos:

É preciso haver a ponderação de valores em jogo. Se houver conflito entre os princípios do planejamento familiar e do melhor interesse da criança, por exemplo, este último prevalece, já que a criança e o adolescente têm prioridade de tratamento. Dessa forma, se for observado que haverá um desrespeito a algum dos princípios constitucionais e que o interesse da criança a ser gerada não será respeitado, a reprodução assistida não deve ser realizada.⁸⁹

Em suma, diante de tudo quanto foi exposto até agora, apesar de o planejamento familiar ser de livre decisão do casal ou do cidadão, individualmente, os princípios como da paternidade responsável, do direito à convivência familiar do melhor interesse

⁸⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 497-498.

⁸⁶ SANDRI, Vanessa Berwanger. **Princípio jurídico da paternidade responsável: distinção entre planejamento familiar e controle da natalidade**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_1/vanessa.pdf>. Acesso em: 07.jun.2013.

⁸⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.822.

⁸⁸ SÁ, Maria Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). Reprodução assistida e o novo código civil. *In*: BARBOSA, Heloisa Helena. **Bioética, Biodireito e o novo código civil de 2002**. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 225-250.

⁸⁹ BERALDO, Anna Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 48.

da criança, sobretudo, da dignidade da pessoa humana devem ser observados. É preciso sempre considerar que o direito à procriação não é um direito absoluto, encontrando seu limite no melhor interesse da criança decorrente da doutrina da proteção integral.

Ademais, a criopreservação como meio de se estabelecer o planejamento familiar ainda é questão que provoca muita polêmica, ainda mais nos casos, em que a pessoa que depositou o sêmen ou o óvulo, vem a falecer, e, embora tenha entrado em vigor nova Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM Res. Nº 2013/2013), ela não proibiu essa possibilidade, pelo contrário, autoriza a reprodução póstuma, desde que haja consentimento informado do falecido.

Mas será que toda essa regulamentação em lei ordinária do planejamento familiar que em princípio foi enaltecido constitucionalmente, não possui realmente limites? Ademais a possibilidade de reproduzir-se artificialmente é absoluta em decorrência do livre exercício do planejamento familiar?

Para as duas questões acima formuladas, parece-nos que a resposta é não. É que, como estamos vendo, alguns princípios devem ser observados à implementação do direito à reprodução.

6. Princípio da paternidade responsável

A paternidade responsável é um princípio constitucional assegurado no parágrafo 7º do art. 227 da Constituição Federal, nos arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e no inciso IV do art. 1.566 do Código Civil. Ele deriva da obrigação que os pais têm em relação à criação dos filhos com o dever de prestar assistência afetiva, moral, material e intelectual.

Alexandre de Moraes correlaciona paternidade responsável e dignidade da pessoa humana:

Em face da relatividade dos direitos e garantias fundamentais e aplicando-se os princípios da convivência das liberdades públicas da concordância das normas constitucionais, não se pode deixar de observar que o texto constitucional ao proclamar expressamente o princípio da paternidade responsável deverá ser compatibilizado com o princípio da dignidade da pessoa humana.⁹⁰

O princípio da “paternidade responsável” é a diretriz que embasa o direito parental e o planejamento familiar, sendo estes os dois eixos que o integram.⁹¹ Direito parental no que diz respeito à responsabilidade dos pais para com seus filhos, no dever de cuidar e provê-los, e planejamento familiar no que diz respeito à autonomia do indivíduo, para escolher quanto, não só ao aumento, mas também à diminuição da prole.

Cabe ressaltar que o termo utilizado “paternidade responsável” diz mais do que realmente se pode extrair num primeiro momento, no intuito de que referido termo não se limita tão somente ao homem, mas também à mulher, pai e mãe, o que Guilherme Calmon Nogueira da Gama preferiu chamar de parentalidade responsável, ao considerar

⁹⁰ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 683.

⁹¹ SANDRI, Vanessa Berwanger. **Princípio jurídico da paternidade responsável: distinção entre planejamento familiar e controle da natalidade**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_1/vanessa.pdf>. Acesso em: 07 jun.2013.

que a lei adotou o plural “pais” para designar ambos os ascendentes – da linha paterna e materna – e, por conseguinte, fez alusão à paternidade responsável, enquanto referência derivada.⁹²

E nesse sentido a Convenção Sobre os Direitos da Criança, de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, dispõe que toda criança terá direito: *na medida do possível, de conhecer seus pais e de ser cuidada por eles*. (art. 7º, 1)

Assim quando se menciona o termo “parentalidade responsável” se está a falar na incumbência de pai e mãe na educação dos filhos, sendo certo que ambos têm seu papel fundamental que como tal deve ser respeitado.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama referente ao tema assevera:

[...] há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que vêm a gerar, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, uma nova vida humana, cuja pessoa – a criança – deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor.⁹³

O princípio da Paternidade Responsável como o próprio nome expressa, significa responsabilidade, e esta deve começar na concepção e se estender na criação dos filhos, em obediência ao mandamento constitucional, que é norma fundamental.⁹⁴

O propósito do legislador é que a paternidade seja exercida de forma responsável, porque apenas assim todos os princípios fundamentais, como a vida, a saúde, a dignidade da pessoa humana e a filiação serão respeitados.

7. A doutrina da proteção integral da criança e o princípio do melhor interesse da criança

A origem da noção do “Princípio do Melhor Interesse da Criança” é apontada como sendo a do instituto do *parens patriae* do Direito Inglês, em que a Coroa inglesa tinha a prerrogativa de tutelar aqueles sem condições de se proteger sozinhos.⁹⁵

Em 1919, foi criada, em Londres, a primeira associação *Save the Children*, em decorrência das atrocidades da Primeira Guerra Mundial e da Revolução Russa. Sua finalidade era promover ajuda humanitária temporária às crianças, e também possibilitar o seu apadrinhamento.⁹⁶

⁹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, p. 453.

⁹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008, p.78.

⁹⁴ PIRES, Thiago José Teixeira. **Princípio da paternidade responsável**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24305/principio-da-paternidade-responsavel>>. Acesso em: 10 abr.2013.

⁹⁵ PEREIRA, Tania da Silva (Coord.). O Melhor Interesse da Criança um debate Interdisciplinar *In.*: PEREIRA, Tania da Silva. **O “melhor interesse da criança”**. Renovar: Rio de Janeiro, 2000, p.1.

⁹⁶ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo (*et al*). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 58.

Em 1920, essa associação tornou-se a União Internacional Salve as Crianças, que tem atuação até os atuais dias em mais de cento e vinte países, tendo inclusive participado da elaboração da Declaração de Genebra.⁹⁷

A proteção à criança foi construída primeiramente em textos internacionais. Assim, a doutrina da Proteção Integral tem sua base nos diversos documentos internacionais elaborados no decorrer da história: com a Declaração de Genebra de 1924, acolhida em 1948 pela Declaração Universal dos Direitos do Homem; posteriormente pela Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança de 1959 e pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

A citada Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas destaca no art. XXV, 2, que a criança em sua infância: “têm direito a cuidados e assistência especiais”. Ressalta-se que, dentre todos os princípios da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, destaca-se o primeiro: Princípio I: “Universalização dos direitos a todas as crianças, sem qualquer discriminação”. A infância não importando sua origem foi considerada como passível de ser titular de direitos.⁹⁸

E ainda a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, determinou no princípio VI que: “Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas”.

Ainda o Princípio VI: “Criança deverá crescer sob o amparo dos pais, em ambiente de afeto e segurança, podendo a criança de tenra idade ser retirada de seus pais somente em casos excepcionais”.

Apesar de tais princípios representarem uma grande evolução na história do tratamento dado aos menores, a Declaração de 1959, bem como a Declaração de Genebra, carecia de coercibilidade, o que impedia a exigência de seu cumprimento por parte do Estado. Para Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépoire e Rogério Sanches Cunha a Declaração dos Direitos da Criança *foi responsável por uma verdadeira alteração de paradigma, pois a criança deixou de ser considerada objeto de proteção (recipiente passivo), para ser erigida a sujeito de direito, e, paralelamente, em sentido amplo, a infância passou a ser considerada um sujeito coletivo de direitos.*

O Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo 19 dispõe: “toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90 dispõe em seu art. 3.1: “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente, o interesse maior da criança”.

⁹⁷ ROSSATO, Luciano Alve; LÉPOIRE, Paulo Eduardo (*et all*). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.59.

⁹⁸ ROSSATO, Luciano Alves. LÉPOIRE, Paulo Eduardo (*et all*). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.62.

O fato é que, em que pese toda essa proteção legislativa no âmbito interno e internacional, ainda assim, poderá existir conflito entre o interesse individual e coletivo de crianças, ou mesmo entre aquele interesse e outro direito fundamental, devendo ser ponderado qual deles deve prevalecer, a teor do Estatuto. Assim se considerarmos os arts. 18.1., e 21. do Estatuto, depreenderemos que o interesse da criança deve ser prioritário, estando acima de qualquer outro. Assim com base na proteção dada as crianças pelas legislações vigentes no que se refere as relações entre pais e filhos, em casos de embate de direitos fundamentais deve prevalecer o direito fundamental que protege os interesses da criança.⁹⁹

Wladimir Paes de Lira escreve que:

A Convenção dos Direitos da Criança: tem como meta incentivar os países membros a implementarem o desenvolvimento pleno e harmônico da personalidade de suas crianças, favorecendo o seu crescimento em ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão, preparando-as plenamente para viverem uma vida individual em sociedade e serem educadas no espírito dos ideais proclamados na Carta das Nações Unidas, em espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade.¹⁰⁰

Dessa forma, ao ratificar essa Convenção o Brasil introduziu em seu sistema jurídico desde então o “princípio do melhor interesse da criança”, o que representou um norte marcante para as modificações da legislação interna.

Com efeito, percebemos que a Convenção sobre os Direitos da Criança, na esteira da Declaração de 1959, foi um documento primordial na defesa dos interesses metaindividuais de crianças, considerando-as como sujeitos individuais e coletivos de direitos, contando com a intervenção da comunidade internacional e obrigando os Estados-Partes a atuarem no sentido da regularização desses direitos.¹⁰¹

No que se refere à legislação interna, lembramos que o princípio do melhor interesse, foi incorporado ao direito brasileiro e tornou-se mais conhecido a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), embora não conste expressamente desses diplomas legais.

No entanto, o art. 227, *caput*, do texto constitucional, expressamente estabelece que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Assim sob a influência dos princípios que vieram a integrar a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o art. 227 da Constituição de 1988 introduziu, no ordenamento

⁹⁹ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo (*et al*). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 65.

¹⁰⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família. *In*: LIRA, Wladimir Paes. Direito da Criança e do Adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 539-540.

¹⁰¹ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo (*et al*). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 66.

jurídico brasileiro, o princípio da Doutrina da Proteção Integral, garantido às crianças e aos adolescentes a condição de sujeitos de direitos, posto que são pessoas em desenvolvimento e, dando-lhes o tratamento de prioridade absoluta no atendimento de seus direitos.¹⁰²

Verifica-se, desse modo, que a proteção absoluta e integral da criança e do adolescente recebeu *status* constitucional, estando inserido no âmbito dos direitos fundamentais da pessoa humana. Da mesma forma, o referido princípio encontra seu fundamento na doutrina da proteção integral, aqui sim expresso no art. 1º do ECA, que disciplina que: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

O direito da criança e do adolescente delimitou uma evolução histórica nos direitos da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro.

A doutrina do “melhor interesse da criança” no Brasil decorreu de uma evolução doutrinária demarcada por três correntes jurídicas que existiram em matéria de proteção da infância desde o século XIX.¹⁰³

A primeira delas é a “Doutrina do Direito Penal do Menor” existente nos Códigos Penais de 1830 e de 1890. Baseava-se ela na “pesquisa do discernimento”, sendo atribuído ao juiz a capacidade de determinar se o menor tinha ou não discernimento do ato delitivo.

A segunda corrente se deu com a queda da teoria do discernimento. Chamada de “Doutrina Jurídica da Situação Irregular”, ela passou a vigorar com o Código de Menores de 1979.¹⁰⁴

No que se refere, aliás, à adoção dessa doutrina, sustenta Tânia da Silva Pereira que *sobrepondo os superiores interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, o espaço de ação judicial e estatal era absoluto, ficando o destino e a vida da criança e do jovem à mercê da vontade do Juiz. A figura do “bom pai” não tinha necessidade de justificar ou fundamentar suas decisões.*¹⁰⁵

Porém, com a Constituição de 1988 passou a vigorar em nosso país a terceira corrente chamada de “Doutrina Jurídica da Proteção Integral”. De acordo com ela, crianças e adolescentes, seja qual for sua situação, devem ser protegidas, além de terem os seus direitos garantidos.¹⁰⁶

Dessa forma, a proteção com prioridade absoluta não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado, mas é um dever social. As crianças e os adolescentes devem ser protegidos em razão de serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. O modo como o menor passou a ser visto foi radicalmente mudado com a doutrina da proteção integral e isso é fruto de uma evolução. Desse modo, não há dúvida quanto ao avanço obtido pela legislação infanto-juvenil de nosso tempo.

¹⁰² BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A Releitura da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral à infância e adolescência. **Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM**, Porto Alegre: Síntese, n. 18, jun./jul, 2003, p.30.

¹⁰³ PEREIRA, Tania da Silva (Coord.). O melhor interesse da criança um debate interdisciplinar *In.*: PEREIRA, Tania da Silva. **O “melhor interesse da criança”**. Renovar: Rio de Janeiro, 2000, p. 11.

¹⁰⁴ PEREIRA, Tania da Silva (Coord.). O melhor interesse da criança um debate interdisciplinar *In.*: PEREIRA, Tania da Silva. **O “melhor interesse da criança”**. Renovar: Rio de Janeiro, 2000, p. 13.

¹⁰⁵ PEREIRA, Tania da Silva (Coord.). O melhor interesse da criança um debate interdisciplinar *In.*: PEREIRA, Tania da Silva. **O “melhor interesse da criança”**. Renovar: Rio de Janeiro, 2000, p.12.

¹⁰⁶ PEREIRA, Tania da Silva (Coord.). O melhor interesse da criança um debate interdisciplinar *In.*: PEREIRA, Tania da Silva. **O “melhor interesse da criança”**. Renovar: Rio de Janeiro, 2000, p.14.

8. O “melhor interesse da criança” e o direito à reprodução

Não podemos deixar de lado, toda uma evolução legislativa, quando buscamos implementar direitos que entendemos como fundamentais.

Por certo o direito à reprodução como anteriormente vimos é um direito fundamental do ser humano. Porém não podemos esquecer que não é por que é fundamental que é absoluto, certo é que o direito à reprodução deve trazer em sua essência o respeito ao princípio do melhor interesse da criança, fruto da doutrina da Proteção Integral da Criança.

Por isso não é outro o entendimento do que o esposado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama que afirma que o princípio do melhor interesse da criança, representa, *importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, já que o filho deixa de ser objeto para ser alçado – com absoluta justiça, ainda que tardiamente no seu entender, a sujeito de direito.*¹⁰⁷

E em decorrência dessa “teoria da proteção integral”, a liberdade e a autonomia do homem e da mulher, no sentido de reproduzirem-se, encontram limites no melhor interesse da criança. Nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama sustenta que *o espectro do melhor interesse da criança abrange também as futuras crianças e adolescentes fruto do exercício consciente e responsável das liberdades sexuais e reprodutivas de seus pais.*¹⁰⁸

Ivone M. Candido Coelho de Souza escreve sobre a importância dos pais para a estrutura mental da identidade da criança:

Ainda em etapas muito precoces, o pai representa alguém da realidade que o bebê precisa identificar no tempo certo para que a mãe, exclusivamente, não seja sua referência isolada no mundo. Quanto mais cedo esta inserção puder ser realizada com a participação de ambos, melhor o prognóstico para sua estrutura mental, inclusive na questão da identidade de gênero. Paira uma interrogação de risco, quando a figura deste pai – ou um ser efetivo representante – não existir absolutamente no mundo mental da mãe.¹⁰⁹

Ora, não se concebe que um ordenamento jurídico alicerçado nos direitos fundamentais, tidos como cláusulas pétreas, retroceda. O “melhor interesse da criança” deve estar acima de qualquer projeto parental, a despeito do direito fundamental à reprodução. A criança deve ser pensada como ser em desenvolvimento, e o responsável por este desenvolvimento deve pautar sua conduta na ética, esvaziando-se de qualquer sentimento egoístico, sempre em busca do melhor interesse da criança. Neste sentido, Ivone M. Candido Coelho de Souza:

O filho, transformado em único objeto de amor, assume frente às fantasias da mãe, quase sempre, as funções de alívio e reposição, mas a ruptura evolutiva, exigida para

¹⁰⁷ GAMA, Guilherme Calmon. **A parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas.** *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 101, 2008, p.32.

¹⁰⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova filiação: o biodireito e as relações parentais.** Rio de Janeiro: Renovar, p. 462.

¹⁰⁹ SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Fertilização Agâmica, Enigma Projetado sobre o Filho – Um Direito ou Um Risco? *In: Revista brasileira de direito de família – IBDFAM*, Porto Alegre: Síntese, n. 43, 2001, p.130.

o saudável desenvolvimento da criança, pode se apresentar dificultada. Efetivamente, a concepção isolada, que reforça os sentimentos latentes de perpetrar de alguma forma a fusão inicial mãe-filho, introduz riscos à saúde afetiva de ambos.¹¹⁰

Posto isso, não resta dúvida de que dentro do projeto parental, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável em busca do “melhor interesse da criança”, faz-se necessária a inserção da figura paterna sob pena de se relegar todos esses princípios que foram construídos ao longo da evolução da humanidade, da criança não mais como objeto, mas como ser que pensa, tem direitos que devem ser até mais respeitados no caso de ponderação em respeito ao ser em desenvolvimento que é.

Ivone M. Candido Coelho de Souza aponta para o necessário rompimento da simbiose entre criança e mãe no decorrer da vida daquela, para um saudável psiquismo de ambos, daí a importância do pai. Vejamos:

A relação inicial simbiótica – adequada e prevista dentro de limites – precisa evoluir para que a mãe possa emergir da indiscriminação que a onera e para que o bebê não adoça. Mais precisamente, para que ambos, não adoecendo, venham a desenvolver um vínculo amoroso saudável, no qual a criança, apoiada nessa primeira relação favorável, construirá as futuras outras. Este movimento, se desenvolvido na época e na qualidade certas, tem como fundamental a presença do pai por meio das funções que lhe são destinadas.¹¹¹

Assim com o avanço da humanidade, a defesa acirrada dos direitos fundamentais, e ainda com a positivação ao longo dos anos de toda essa doutrina protetiva à criança, não resta dúvida, que pela fragilidade de seu ser, e tendo em vista o seu bom desenvolvimento, que deve prevalecer, seus direitos a despeito dos direitos daqueles que em época própria já foram priorizados em seus direitos.

Maria Claudia Crespo Brauneu e Maria Regina Fay de Azambuja escrevem que:

Como se constata, a Doutrina da Proteção Integral vem, paulatinamente, operando significativas mudanças na forma de pensar e agir do profissional do direito, especialmente daquele que se dedica à criança, com repercussões na vida social como um todo.¹¹²

Cabe aqui trazer ainda o explanado por Anna de Moraes Salles Beraldo:

Se houver conflito entre os princípios do planejamento familiar e do melhor interesse da criança, por exemplo, este último prevalece, já que a criança e o adolescente

¹¹⁰ SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Fertilização Agâmica, Enigma Projetado sobre o Filho – Um Direito ou Um Risco? *In: Revista brasileira de direito de família – IBDFAM*, Porto Alegre: Síntese, n. 43, abr./maio, 2001, p.130.

¹¹¹ SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Fertilização Agâmica, Enigma Projetado sobre o Filho – Um Direito ou Um Risco? *In: Revista brasileira de direito de família – IBDFAM*, Porto Alegre: Síntese, n. 43, abr./maio, 2001, p.135.

¹¹² BRAUNER, Maria Claudia Crespo. AZAMBUJA. Maria Regina Fay de. A releitura da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral à infância e adolescência. *In: Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*, Porto Alegre: Síntese, n. 18, jun./jul 2003, p. 43.

têm prioridade de tratamento. Dessa forma, se for observado que haverá um desrespeito a algum dos princípios constitucionais e que o interesse da criança a ser gerada não será respeitado, a reprodução assistida não deve ser realizada.¹¹³

Com efeito, ressaltamos, que o “melhor interesse da criança” não está limitado apenas às crianças presentes, pois abrange também as crianças que virão, fruto do exercício da liberdade sexual e reprodutiva de seus pais, sendo assim, em razão de tudo acima mencionado, devem-se atentar, cautelosamente, aos interesses e aos direitos da criança e do adolescente, a fim de que esses possam sempre ser prevalecidos em detrimento de seus pais.

9. Direito Fundamental à convivência familiar

De acordo com o art. 227 da Constituição Federal¹¹⁴, como já visto, os pais, a sociedade e o Estado devem assegurar à criança e ao adolescente, entre outros, o direito a convivência familiar. Esse direito também está positivado no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, entre os direitos à liberdade do art. 16, inciso V e art. 19 do mesmo diploma, constituindo, desse modo, um direito fundamental da criança e do adolescente.

Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépure e Rogério Sanches Cunha ao comentarem o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente expõem que:

O Estatuto eleva ao nível de direito fundamental à convivência familiar e comunitária. O fundamento está na consideração da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, e que impescidem de valores éticos, morais e cívicos, para complementarem a sua jornada em busca da vida adulta. Os laços familiares têm o condão de manter crianças e adolescentes amparados emocionalmente, para que possam livre e felizmente trilhar o caminho da estruturação de sua personalidade.¹¹⁵

¹¹³ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 48.

¹¹⁴ Paulo de Tarso Siqueira Abraão, comentando o referido artigo, escreve que: “Assim, merece destaque, a nosso ver, o fato de que os direitos aqui elencados dependem sim de convivência familiar e, além, da responsabilidade que a sociedade tem relativamente à ajuda para o desenvolvimento infantil e adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei.n. 8.069/90, dentre tantas outras, demonstra que quaisquer pessoas devem agir positivamente para garantir esses direitos, bem como manter as crianças e adolescentes a salvo das formas que possam afastá-lo do desenvolvimento sadio. Os programas de inclusão social da criança e do adolescente não devem ser meros direcionamentos constantes em políticas públicas, mas antes verdadeiras ações dos responsáveis por essa inclusão. Desde a previsão da paternidade responsável exercida juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana (parágrafo 7º, art. 226) pode-se afirmar que o legislador constituinte criou uma responsabilização mais ampla, que ultrapassa os limites da própria entidade familiar. COSTA MACHADO, Antônio Cláudio (Org.); CUNHA FERRAZ, Anna Candida da (Coord.). Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 2 ed. Barueri, SP: Manole, 2011”.

¹¹⁵ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPURE, Paulo Eduardo (*et al*). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 2 ed rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 153.

Trata-se, enfim, de um dos direitos mais relevantes para formação da criança, recepcionado pela Constituição Federal, originário da Doutrina da Proteção Integral, que foi construída sob a égide da Organização das Nações Unidas.¹¹⁶

Anna de Moraes Salles Beraldo escreve que o princípio da convivência familiar está ligado à *noção de uma participação ativa dos pais, avós e outros familiares na vida cotidiana dos menores, de modo a criar e fortalecer os vínculos afetivos e de parentesco.*¹¹⁷

Assim fica claro que a Constituição Federal estabelece como dever dos pais, da sociedade e do Estado garantir com prioridade absoluta os direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Com relação a essa garantia escreve Helena de Azeredo Orselli:

Garantir a convivência do filho com ambos os genitores, além de ser dever dos pais, é também dever do Estado, a fim de contribuir para seu pleno e sadio desenvolvimento, para que sejam, no futuro, cidadãos realizados e cientes de seus direitos e deveres.¹¹⁸

Assim, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, alicerçados na “Teoria da Proteção Integral da Criança e do Adolescente”, trazem o direito à convivência familiar da criança e do adolescente na perspectiva de formar cidadãos completos.¹¹⁹

E, no que se refere à convivência familiar, a Constituição Federal estabelece algumas formas de família quanto à sua formação, sendo elas as decorrentes de casamento, da união estável, e da família monoparental (comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos).

Cumprе ressaltar a diferenciação feita entre os aspectos objetivos e subjetivos da convivência familiar, no intuito de identificar o núcleo de proteção da garantia constitucional, como explanado por Lúcia Cristina Guimarães Deccache:

O aspecto objetivo da convivência familiar o que abrange o estar ao lado dos pais e deles receber os cuidados impostos pela lei, como os deveres do poder familiar. Nesse caso, o cuidado deve ser visto como um dever jurídico, gerando consequências em caso de violação. A convivência familiar sob o enfoque subjetivo, visto sob uma dimensão afetivo-antropológica, abrange o cuidado como consequência do afeto e do amor. Nesse sentido, o cuidado na relação familiar pertence ao campo do Direito Natural.¹²⁰

¹¹⁶ ARANTES, Geraldo Claret de. A criança e o direito à convivência familiar. *In: Revista de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, n 63, dez./jan 2011, pag. 65.

¹¹⁷ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 47.

¹¹⁸ ORSELLI, Helena de Azeredo. Reflexões acerca do direito fundamental do filho à convivência com o genitor que não detém sua guarda. *In: Revista de Direito de Família – IBDFAM*, Porto Alegre, n. 63, dez./jan, 2011, p. 21.

¹¹⁹ MELO, Gerlanne Luiza Santos de. **Convivência familiar: direito da criança e do adolescente**. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/revista/Artigo%20Convivência%20Gerlanne%20Familiar%20ABNT.pdf>>

Acesso em: 13.fev. 2013.

¹²⁰ DECCACHE, Lucia Cristina Guimarães. A garantia constitucional da convivência familiar e a proibição do retrocesso. *In: Revista do Advogado*, São Paulo, n. 101, p.57, Ano XXVIII, dez 2008.

Certo é que a partir da inclusão das diversas formas de família no texto constitucional, o elo entre os seus integrantes são: o afeto, o respeito, a vontade de seguir juntos, o tratamento igualitário etc.¹²¹ É, com a convivência familiar que os filhos encontram sua origem e com ela se identificam. Nesse sentido, ensina Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

[...] por direito ao pai deve-se entender o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de se colocar em situação de aprender e apreender os valores fundamentais da personalidade e da vida humanas, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver, como de resto é o que ocorre – em quase toda a extensão mencionada – com a grande maioria dos animais que compõem a escala biológica que habita e vivifica a terra”.¹²²

Claudia Maria da Silva escreve, por sua vez, que *garantir ao filho a convivência familiar significa respeitar seu direito de personalidade e garantir-lhe a dignidade, na medida em que depende de seus genitores não só materialmente.*¹²³

Porém, não são poucos os casos em que esse direito fundamental da criança e do adolescente é desrespeitado, como ocorre em “famílias desestruturadas”, sem recursos materiais e psicológicos para oferecer aos seus filhos, acabam por impedir o acesso de seu direito fundamental à convivência familiar.¹²⁴ Por isso se corrobora o entendimento de Claudia Maria da Silva, no sentido de que o *descumprimento do dever de convivência familiar gera um vazio no desenvolvimento afetivo, moral e psicológico do filho.*¹²⁵

A criança e o adolescente foram reconhecidos como titulares de direitos fundamentais constitucionais e de proteção difundida pela doutrina jurídica da proteção integral, como visto. Para a proteção desses direitos, temos que ter delimitado qual o exato papel da família no que se refere à sua função de introduzir o menor no seio da sociedade. Assim, temos a lição de Claudia Maria da Silva:

O cerne da filiação é a família. A identidade pessoal da criança e do adolescente tem vínculo direto com a identidade do grupo familiar, em primeira instância. Daí exsurge a responsabilidade primordial dos genitores na formação da personalidade do indivíduo, cabendo-lhes dar amor, orientação ética e moral, educação, alimento, respeito; ensinar a viver e a sobreviver, tudo isso por

¹²¹ SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *In: Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 25, ago./set, 2004, p. 123.

¹²² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai... *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família – A família na travessia do novo milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.177.

¹²³ SILVA, Claudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *In: Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*, Porto Alegre: Síntese, n. 25, ago./set, 2004, p. 139.

¹²⁴ JACOBUCCI, Marielen Carina. O Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária. *In: Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*, Porto Alegre: Síntese, n. 67, ago/set 2011, p. 158.

¹²⁵ SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *In: Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*, Porto Alegre: Síntese, n. 25, ago./set 2004, p. 139.

meio da convivência familiar que, conclui-se, é um dever dos genitores (e, em contrapartida, um direito dos filhos).¹²⁶

Assim é que para a criança e o adolescente se desenvolverem plenamente precisam de todo aparato familiar consubstanciado no apoio que podem encontrar na base familiar. A família será o alicerce para o aprendizado da vida. Assim é que a psicologia ajuda entender a importância da família e dos papéis exercidos pelo pai e pela mãe no desenvolvimento da criança e do adolescente.¹²⁷

Assim, sendo o direito à convivência familiar, um direito fundamental, garantido pela Constituição Federal, os pais, a sociedade e o Estado devem tomar as medidas para que esse direito seja respeitado. Assim também exalta a importância da família dispõe Caio Mário da Silva Pereira: *As relações de parentesco não de representar um referencial importante em consonância com os direitos fundamentais do cidadão e da população infante-juvenil, atendendo à prioridade para convivência familiar e ao princípio da dignidade humana, estabelecendo direitos e responsabilidades.*¹²⁸

É importante lembrarmos que o direito fundamental de convivência familiar é extensível a todos os indivíduos. No entanto, a Constituição Federal o garante principalmente às crianças e aos adolescentes, posto que tal direito é necessário para sua formação como indivíduo. Ademais, todas as normas infraconstitucionais criadas para proteção da criança e do adolescentes são reflexos das normas dispostas na Constituição, e visam primordialmente à convivência com a família natural, sendo a retirada do seu convívio permitida somente em casos excepcionais previstos em lei. Além disto, todas essas leis são conexas entre si, não se admitindo contradições, e que norma do Código Civil venha conflitar com norma do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estão plenamente amparadas pela Constituição Federal.

10. Princípio da igualdade no âmbito familiar

Prescreve o *caput* do art. 5º da nossa Constituição Federal: "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 igualdade, a segurança e a propriedade, (...)".

Veja-se, portanto que o princípio da igualdade tem sede explícita no texto constitucional, sendo também mencionada inclusive no Preâmbulo da Constituição. Com a entrada em vigor da Lei Maior em 1988, a igualdade de tratamento jurídico do marido e da mulher no casamento, introduzida no art. 226, parágrafo 5º do Texto Constitucinal, adquire valor de princípio fundamental no direito de família. Prevê, aliás, o art. 1.511 do Código Civil de 2002 que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Por óbvio, essa igualdade deve estar presente na união estável, também reconhecida como

¹²⁶ SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *In: Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*, Porto Alegre: Síntese, n. 25, ago./set 2004, p. 145.

¹²⁷ ORSELLI, Helena de Azeredo. Reflexões acerca do direito fundamental do filho à convivência com o genitor que não detém sua guarda. *In: Revista de Direito de Família – IBDFAM*, Porto Alegre: Síntese, n.63, dez./jan., 2011, p. 14.

¹²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 323.

entidade familiar pelo art. 226, § 3º, da Constituição Federal, e pelos arts. 1.723 a 1.727 do atual Código Civil.

A igualdade no âmbito familiar decorre do princípio geral da igualdade, que vem expresso no preâmbulo da Constituição de 1988, o que por si só demonstra seu grau de importância. Encontra-se ainda no art. 5º, inciso I do Texto Constitucional, e ainda encontramos em três incisos do art. 3º, da Lei Maior: a) o inciso I, que prevê a construção de uma sociedade justa; b) o inciso III, que estabelece o objetivo de erradicação da pobreza e, no campo social, a redução das desigualdades sociais e regionais; c) o inciso IV, que prevê a promoção do bem de todos, indistintamente, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação.¹²⁹

Anna de Moraes Salles Beraldo escreve que: *o princípio da igualdade entre homens e mulheres nas relações de casamento e união estável foi uma importante evolução, pois a mulher deixou de ser subserviente, tendo em vista que por muito tempo o homem era considerado o chefe da família.*¹³⁰

Sendo assim escreve Guilherme Calmon Nogueira da Gama :

Verifica-se, desse modo, que a regra contida no inciso I, do artigo 5º, da Magna Carta, interpretada sistematicamente, somente pode ser compreendida como sendo de reconhecimento do direito à igualdade, na perspectiva da igualdade material – e, portanto, não de uma mera igualdade formal. Tal circunstância é assaz importante, e permite solucionar muitas das questões que se apresentam diante do direito fundamental à igualdade material.¹³¹

Outro não é o posicionamento de José Afonso da Silva, que referindo-se ao art. 226, parágrafo 5º, da Constituição Federal, ensina:

Importa mesmo é notar que é uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: homens de um lado e mulheres de outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional.¹³²

Posto isso, temos que o princípio constitucional da igualdade do homem e da mulher ingressou no domínio do direito, tendo sido, enaltecido como direito fundamental, o que significa dizer que todas as disposições legais que porventura consagrem desigualdades entre os cônjuges são inconstitucionais.

¹²⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p.176.

¹³⁰ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 46.

¹³¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p.176.

¹³² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 220.

11. Princípio constitucional da igualdade dos filhos

Com a Constituição Federal de 1988 e a positivação de novas formas de instituição familiar, consagrou-se o princípio da igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem, vedando-se qualquer designação discriminatória. Assim o artigo 227, parágrafo 6º, dispôs: *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.*

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê no art. 20 norma que estabelece a igualdade entre os filhos. Da mesma forma, o Código Civil de 2002, em seu art. 1.596, acabou com a odiosa distinção entre *filhos legítimos e ilegítimos*, classificando-os hoje como filhos matrimoniais (nascidos da relação matrimonial existentes entre os genitores) e não matrimonial (cujos pais não são casados).

O citado princípio não admite distinção entre os filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento a qualquer tempo de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima e veda designações discriminatórias relativas à filiação.

Assim é certo que o art. 1.596 do Código Civil vem ratificar o princípio da igualdade dos filhos, disposto no art. 227, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988, vedando qualquer forma de discriminação.¹³³

Para João Baptista Villela:

Sempre encontrou generalizada condenação na doutrina brasileira a que estavam sujeitos os filhos não-matrimoniais. É verdade, também, que nunca faltaram argumentos bem urdidos para justificar a exclusão, especialmente a dos adúlteros e a dos incestuosos: a paz doméstica, a estabilidade dos casamentos, a tradição das famílias, a repressão aos escândalos. De resto, tinha mesmo que haver quem jurasse pelo estatuto discriminatório. Senão, como teriam aquelas idéias malditas ido parar no interior das leis ou dos códigos? Mas a impressão era a de que, por fim, os doutrinadores lutassem antes contra uma fatalidade ou contra legisladores fantasmas, tão unísono se havia tornado, às vésperas da Constituição de 1988, a consciência de que era preciso pôr um cobro à insuportável desigualdade de regimes.¹³⁴

Entrementes, essa evolução do tratamento no que se refere aos filhos decorre do próprio direito que não é estático, pois, de forma dinâmica, evolui através dos tempos, a fim de atender às novas linhas de pensamento no que se refere aos assuntos jurídicos e às emergentes necessidades sociais.¹³⁵

¹³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v.5, p. 323.

¹³⁴ VILLELA, João Baptista. O modelo Constitucional da filiação: verdade e superstições. *In: Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*, Porto Alegre: Síntese, n. 2, jul./set, 1999, p. 123-124.

¹³⁵ SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. *In: Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*, Porto Alegre, n. 35, abr./maio 2006, p. 54.

Assim, antes das referidas legislações era gritante o vergonhoso tratamento diferenciado dado a cada tipo de filho, classificando-o conforme o tipo de relacionamento, do qual ele tivesse nascido. Certo é que a “forma” de se relacionar pode ser de várias maneiras, porém o filho decorrente desse ou daquele relacionamento, deve ter o mesmo respeito não importando sua origem, sob pena de se ferir o princípio da igualdade entre os filhos e sobretudo o da dignidade da pessoa humana.

Para Heloísa Helena Barboza o art. 227, parágrafo 6º da Constituição Federal alcança um significado além da igualdade.

Na verdade, o dispositivo em análise alcança significado além da igualdade, se feito o confronto com o sistema até então vigente: os filhos nada mais têm a ver com a situação jurídica dos pais. O estado de filho independe do estado civil dos pais, já que decorre diretamente do fato da procriação: é um estado de direito que decorre de um estado de fato. Não importa se os pais são casados, não casados, companheiros, conviventes, ou mesmo se são parentes em grau que impede o casamento. O filho, como tal biologicamente considerado, tem direito ao reconhecimento do correspondente estado jurídico de filho.¹³⁶

Portanto, quando o princípio da igualdade consagrou a ausência de discriminação, tratando os filhos de forma igual, o fez em resposta à dignidade da pessoa humana. Vale trazer à baila as considerações sobre a discriminação de filhos, de Luiz Edson Fachin onde menciona que *o princípio da inocência, embutido no princípio da igualdade, fez desaparecer qualquer tratamento discriminatório em face da situação jurídica dos autores da descendência. Legítimo ou adulterino: o estigma é extirpado. Filhos são todos, iguais e por inteiro.*¹³⁷

Guilherme Calmon Nogueira da Gama leciona sobre o tema: *Tal norma constitucional, que acolheu expressamente o princípio da isonomia entre os filhos, representa a encampação expressa do constituinte de 1988 do novo perfil de relações familiares, diante da nova tábua axiológica que produz todos os efeitos imediata e concretamente em todo o ordenamento jurídico.*¹³⁸

E aduz:

A temática envolvendo a qualificação dos filhos remonta à história de exclusão de certas categorias de filhos, tendo como referência a ausência de casamento válido entre os pais. Desse modo, de acordo com o novo texto constitucional, as restrições que existiam para o fim de constituição do vínculo jurídico da parentalidade, independentemente do casamento, não podem mais subsistir.¹³⁹

¹³⁶ BARBOZA, Heloísa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. In: **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família: repensando o direito de família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2009, p.138-139.

¹³⁷ FACHIN, Edson Luiz. A Nova Filiação – Crise e Superação do Estabelecimento da Paternidade. In: **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família: repensando o direito de família**. Belo Horizonte: 1999, p.39.

¹³⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio Janeiro: Renovar, 2003, p. 420.

¹³⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio Janeiro: Renovar, 2003, p. 422.

Caio Mário da Silva Pereira escreve:

O princípio da equiparação dos filhos constitui uma das grandes contribuições da Constituição de 1988 ao Direito de Família, resultado de efetiva conquista da Doutrina e Jurisprudência, influenciadas, inclusive, pela substituição dos modelos tradicionais de família e pelo reconhecimento jurídico de uma pluralidade de entidades familiares.

Como é cediço, a família tradicional só concebia como filho “legítimo” aquele que decorresse do casamento. Outras qualificações discriminatórias eram expressas na legislação civil e especial.¹⁴⁰

Segundo opinião de Luiz Edson Fachin, é justamente do princípio da igualdade entre os filhos que, *emergem diversas e relevantes consequências. Vinculante e de aplicação imediata, essa norma produz seus efeitos derogando dispositivos em sentido contrário.*¹⁴¹

Assevera ainda o autor que *a Constituição de 1988, ao vedar o tratamento discriminatório dos filhos, a partir dos princípios da igualdade e da inocência, veio consolidar o afeto como elemento de maior importância no que tange o estabelecimento da paternidade. Foi para a Constituição o que estava reconhecido na doutrina, na lei especial e na jurisprudência.*¹⁴²

Dessa forma, conforme esse autor acima o afeto é o elemento de maior importância, quando se fala de paternidade, assim como se conceber constitucional uma lei que autoriza a reprodução *post mortem* onde justamente esse vínculo de paternidade não será concretizado na prática. Ademais, não é só nesse aspecto que a reprodução “post mortem” traz prejuízo para a criança, para o que nos atentaremos mais à frente.

No dizer de Rolf Madaleno *embora ainda não tenha atingido o modelo ideal de igualdade absoluta de filiação, porque esquece a lei a filiação socioafetiva, ao menos a verdade biológica e a adotiva não mais encontram resquício algum de diferenciação de tratamento.*¹⁴³

Não há dúvida de que o tratamento dispensado aos filhos depois da Constituição Federal de 1988, bem como o seu reconhecimento em leis ordinárias posteriores, como no Estatuto da Criança e dos Adolescentes e do Código Civil refletem uma situação há muito almejada nas relações familiares, o que dignifica esse direito fundamental de ser filho e de não ser diferenciado entre os demais filhos pela forma em que veio ao mundo. Embora para Rolf Madaleno essa igualdade ainda não seja absoluta, posto não ter a lei feito qualquer referência à filiação socioafetiva, como mencionado acima.¹⁴⁴

Porém, não há dúvida de que houve progresso significativo no que diz respeito à igualdade de direitos de filiação, pois no momento atual podemos vislumbrar respeito a valores que anteriormente não eram respeitados. No entanto sempre confiante na

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 5, Rio de Janeiro: Forense, p. 56.

¹⁴¹ FACHIN, Edson Luiz. A Nova Filiação – Crise e Superação do Estabelecimento da Paternidade. In: **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família: repensando o direito de família**. Belo Horizonte: 1999, p. 130.

¹⁴² FACHIN, Luiz Edson. Direito Além do Novo Código Civil: Novas situações sociais, filiação e família. In: **Revista Brasileira de Direito de Família - IBDFAM**, Porto Alegre: Síntese, n. 17, abr./maio 2006, p.18.

¹⁴³ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 95.

¹⁴⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 96.

essência dinâmica do direito, sigamos em busca de melhor tratamento às relações de famílias, sobretudo, às relações entre pai e filho.

12. Princípio da solidariedade na família

A solidariedade é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o art. 3º, inciso I da Constituição Federal de 1988, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, repercutindo nas relações familiares. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui a solidariedade entre os princípios a serem observados, o que se reproduz no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 4º. Assim, não há dúvida que o referido princípio deve pautar as relações familiares porque dele decorre o grau de cuidado e de preocupação recíprocos com o bem estar daqueles que nos cercam no convívio diário. Maria Berenice Dias explicita que:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna. Também ao ser imposto aos pais o dever de assistência aos filhos (CF 229), consagra-se o princípio da solidariedade. O dever de amparo às pessoas idosas (CF 230) dispõe do mesmo conteúdo solidário. A lei civil consagra o princípio da solidariedade ao dispor que o casamento estabelece plena comunhão de vidas (CC 1.511). Igualmente a obrigação alimentar dispõe deste conteúdo (CC 1.694).¹⁴⁵

Para Rolf Madaleno, *A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário.*¹⁴⁶

De acordo com Paulo Luiz Lôbo Netto a tal ponto a solidariedade familiar é relevante, que foi regulamentada em normas no ordenamento jurídico, conforme detalhado abaixo:

A solidariedade familiar é fato e direito, realidade e norma. No plano fático as pessoas convivem no âmbito familiar, não por submissão a um poder incontrolável, mas porque compartilham afetos e responsabilidades. No plano jurídico, os deveres de cada um para com os outros impuseram a definição de novos direitos e deveres jurídicos, inclusive na legislação infraconstitucional, a exemplo do Código Civil de 2002, o que significa que se alcançou a dimensão ideal da solidariedade, impondo pugnar-se por avanços legislativos.

¹⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 66.

¹⁴⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.91.

A solidariedade do núcleo familiar compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado; em uma palavra, de solidariedade civil. O casamento, por exemplo, transformou-se de instituição autoritária e rígida em pacto solidário. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social.¹⁴⁷

Posto isso, pode-se dizer que a solidariedade deve reger todas as relações de família, posto que é no seio familiar que se desenvolvem sentimentos de afeição e de respeito. Não esqueçamos que são os pais que ensinam aos seus filhos os valores que devem pautar suas vidas, de modo que se a eles for ensinada a importância da solidariedade, com certeza, eles aprenderão a ser pessoas preocupadas com o bem-estar de seus familiares.

13. Dignidade humana e sua influência nas relações paterno-filial

Como fora dito, o princípio da dignidade humana deve ser respeitado em todas as condutas descritas na sociedade. Não se concebe um comportamento social sem que seja baseado nesse princípio.

Logo, com maior razão, deve-se respeitar a dignidade humana do cidadão no âmbito das relações familiares, sobretudo na relação pai e filho.

Para Claudete Carvalho Canezim *a dignidade constitui-se num fator primordial à formação da personalidade humana, sendo essencial ao relacionamento paterno-filial*.¹⁴⁸

Certo é que, tendo por base o princípio da dignidade humana, podemos dizer que a responsabilidade dos pais não está adstrita apenas à procriação. Os pais devem possibilitar o desenvolvimento humano mais completo possível dos filhos, e isso requer convivência.¹⁴⁹

Dessa forma, é defeso à ciência avançar, sem que pautе seus princípios na dignidade da pessoa humana.¹⁵⁰

E não é diferente no seio da entidade familiar que deve possibilitar o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, a fim de que a sociedade se desenvolva saudavelmente

¹⁴⁷ Lôbo. Paulo. Princípio da solidariedade familiar. *In: Revista Brasileira de Direito de Família –IBDFAM*, Porto Alegre: Síntese, n. 40, jan./mar., 2007. p. 159.

¹⁴⁸CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *In: Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 36, p. 73.

¹⁴⁹CANEZIN, Claudete Carvalho. Da Reparação do Dano Existencial ao Filho Decorrente do Abandono Paterno-Filial. *In: Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*, Porto Alegre: Síntese, v.1, n. 36, jun./jul., 2006, p. 74.

¹⁵⁰ FAGUNDES JUNIOR, José Cabral Pereira. Limites da e o respeito à dignidade humana. *In: Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. Maria Celeste Cordeiro dos Santos. (Org.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.266.

e acompanhe os avanços que decorrem da evolução. É preciso dar efetividade ao princípio da dignidade humana sob pena de se ter um ser humano infeliz e estagnado.¹⁵¹ Com isso, pode-se concluir que todas as leis devem ter em vista a manutenção da preservação da dignidade da pessoa humana, seja para punir, seja para garantir um direito. E releve-se que a criança deve ter seu lugar de destaque; logo, seus direitos devem estar solidamente amparados desde o princípio de sua existência.

II – ASPECTOS GERAIS DA REPRODUÇÃO HUMANA E SEUS DESDOBRAMENTOS NA FILIAÇÃO

1. Reprodução humana assistida e suas espécies

Primeiramente no que se refere ao termo “reprodução assistida”, devemos ter em mente que este termo é utilizado aos casos de substituição do processo natural no ato do ser humano reproduzir-se. Assim o termo reprodução assistida é utilizado para as diversas técnicas que substituem o processo natural.¹⁵²

Dessa forma quando falamos em reprodução assistida, queremos nos referir às diversas técnicas de interferência no processo natural, para que se leve a cabo uma gravidez. Com efeito a reprodução assistida é gênero do qual derivam as espécies de inseminação artificial que ocorre no interior da mulher, como veremos mais a frente, e também a fertilização in vitro, nesse último caso a fertilização ocorre fora do corpo da mulher, para só depois ser implantado o embrião, porém explicaremos com mais cuidado um pouco a frente.

Ressaltamos ainda que para compreender as diversas formas utilizadas para a reprodução humana artificial, vamos começar por diferenciar as expressões inseminação e fecundação.

Assim a expressão fecundar está posta no sentido de transmitir uma semente, fertilizá-la, torná-la fecunda, e seu procedimento consiste em reproduzir, com técnicas de laboratório, o processo de fecundação do óvulo, normalmente desenvolvido nas partes superior das trompas de falópio.¹⁵³

Com efeito, vamos começar definindo fecundação e inseminação na lição de Washington de Barros Monteiro que traz *a palavra fecundação vem do latim fecundatio, proveniente do verbo fecundare, que significa ‘fertilizar’, sendo entendida como a fase de reprodução consistente na fertilização do óvulo pelo esperma. A palavra inseminação tem origem no verbo inseminare, composto por in – dentro – e semem – semente, significando a colocação do sêmen na mulher*¹⁵⁴.

¹⁵¹ GOECKS, Renata Miranda; OLTRAMARI, Victor Hugo. Possibilidade de reconhecimento da união estável putativa paralela como entidade familiar, frente aos princípios constitucionais aplicáveis. *In: Atualidades do direito de família e sucessões*. MADALENO, Rolf. MILHORANZA; GUERREIRO, Mariângela. (Coords.). Rio Grande do Sul: Notadez, 2008, p.392.

¹⁵² Enunciado nº 105 da I Jornada de Direito Civil: art. 1.597: as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”, constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 1.597, deverão ser interpretados como “técnica de reprodução assistida”.

¹⁵³ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 94.

¹⁵⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v.2: direito de família. 39 ed. ver. e atual. por Regina Betariz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 360-361. Por

A reprodução humana artificial se dá através da utilização de técnicas desenvolvidas para implementação do desejo de ter um filho que de forma natural se tornou inviável, por razões de esterilidade ou subfertilidade dos casais, necessitando de atuação externa, no sentido de suprir um ou vários atos do processo reprodutivo natural.¹⁵⁵

Desta forma, ao longo dos anos, com o avanço da ciência e da biotecnologia foram desenvolvidas técnicas que levam à fertilização e ao nascimento prescindindo do encontro sexual.¹⁵⁶

Nesse sentido escreve Eduardo de Oliveira Leite: *As procriações artificiais, separando ato sexual da procriação propriamente dita, vieram substituir o processo natural de procriação insuficiente.*¹⁵⁷

A reprodução humana artificial na lição de Walsir Edson Rodrigues e Janice Silveira Borges é *o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana.*¹⁵⁸

É um processo substituto do processo reprodutivo natural que de alguma forma é deficiente, necessitando assim de ajuda externa.¹⁵⁹

Nesse sentido, Anna de Moraes Salles Beraldo afirma que *a grande transformação no campo reprodutivo é que a relação sexual não é mais a única forma de obter a concepção, fato que causa uma enorme mudança na estrutura social, bem como no arcabouço normativo.*¹⁶⁰

Mária de Fátima Freire de Sá e Gustavo Pereira Leite Ribeiro asseveram que:

A evolução [do ser humano] já não parece ser exclusivamente um processo dirigido pelas forças do acaso e da seleção, cujos produtos são aceites como fatalidades, sobretudo ao nível das patologias humanas e das espécies de microorganismo. As perspectivas são outras porque as possibilidades de modificar e melhorar a diversidade fazem parte já das realidades da biotecnologias, criando-se fórmulas hereditárias por intervenção direta dos genomas, gerando, assim, novas formas de vida, novas variantes, como que numa antecipação consciente às forças cegas e demoradas da

sua vez: MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.503. A inseminação e a fecundação são etapas distintas e, bem ora seja utilizada a expressão artificial, em realidade a fecundação será sempre um processo da natureza, apenas estimulada pela ciência através de um artifício instrumental para, posteriormente gerar a fecundação.

¹⁵⁵ PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. **Responsabilidade civil na reprodução assistida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 56.

¹⁵⁶ SÁ, Mária de Fátima de; LEITE, Gustavo Pereira Ribeiro. Princípios éticos e jurídicos da manipulação genética. In: CASABONA, Carlos María Romeo; DE SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). **Desafios jurídicos da biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007 p. 108.

¹⁵⁷ **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 158.

¹⁵⁸ RODRIGUES, Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.) **Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. Manual de direito das famílias e sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 228.

¹⁵⁹ FERRAZ, Cláudia Brandão. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização, p. 43.

¹⁶⁰ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 8.

seleção natural, certamente num ousado desafio à natureza.

Antevê-se a possibilidade de uma existência absolutamente programada até ao mais ínfimo detalhe – existência que afastaria da pessoa valores que lhe são extremamente caros, como a capacidade de improvisar, de viver com espontaneidade, de poder encarar e estar receptivo ao inesperado e ao desconhecido.¹⁶¹

Assim, a princípio, as técnicas de reprodução humana artificial foram criadas com intuito de resolver a situação de infertilidades dos casais para que se implementasse o direito fundamental à reprodução.¹⁶²

Quanto material biológico a reprodução humana artificial pode ser homóloga ou heteróloga, como veremos adiante.

Da referida técnica de reprodução humana assistida pode não decorrer a fecundação, porque pode não ocorrer o encontro natural. Pois nos casos de inseminação artificial ainda se mantém parte da forma natural, quando o encontro do espermatozoide com o óvulo ocorre dentro do corpo da mulher.¹⁶³

Desta forma, não há dúvida de que, a descoberta da possibilidade da reprodução diversa da forma natural, revolucionou a perpetuação da espécie humana no sentido de tornar cada vez mais possível a realização do desejo de ver sua espécie eternizada no ser que gerou.

As técnicas de reprodução humana assistida classificam-se da seguinte forma: a inseminação artificial, cuja sigla é IA e fecundação *in vitro* com *embryo-transfer*, cuja a sigla é FIVET.¹⁶⁴

A *inseminação artificial* (IA) decorre da introdução do esperma do homem no útero da mulher, sem que para isso tenha ocorrido o ato sexual. Amélia do Rosário Motta de Pádua descreve ser este *um processo relativamente simples, que visa otimizar a gravidez e consiste em tentar fecundar uma mulher, por via diferente da relação sexual, introduzindo o sêmen (obtido através da masturbação) no interior do seu aparelho reprodutor.*¹⁶⁵

É um procedimento simples, como afirmamos supra, que necessita de poucos recursos tecnológicos. Basta que o espermatozoide do marido no caso de inseminação artificial homóloga, ou o de terceiro no caso de ser a inseminação artificial heteróloga, depois de coletados, sejam transferidos para o colo do útero da mulher.¹⁶⁶

No que se refere à origem do sêmen, a inseminação artificial, pode se dar de três formas: homóloga, heteróloga ou de “mistura bisseminal”. Na homóloga o sêmen é do próprio cônjuge ou companheiro; na heteróloga o sêmen provém de uma doador; e, na “bisseminal” (que é necessária quando há número baixo de espermatozoides na

¹⁶¹ SÁ, Mária de Fátima de. RIBEIRO; LEITE, Gustavo Pereira. Princípios éticos e jurídicos da manipulação genética. In: CASABONA, Carlos María Romeo; DE SÁ, Maria de Fátima Freire (coords.). **Desafios jurídicos da biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007 p. 108.

¹⁶² SÁ, Mária de Fátima de. RIBEIRO; LEITE, Gustavo Pereira. Princípios éticos e jurídicos da manipulação genética. In: CASABONA, Carlos María Romeo; DE SÁ, Maria de Fátima Freire (coords.). **Desafios jurídicos da biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007 p. 110.

¹⁶³ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4 ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 505.

¹⁶⁴ PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. **Responsabilidade civil na reprodução assistida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.72-73.

¹⁶⁵ PADUA, Amélia do Rosário Motta de. **Responsabilidade civil na reprodução assistida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 72.

¹⁶⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4 ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 505.

ejaculação do cônjuge ou companheiro) é realizada uma mistura entre os espermatozoides do marido ou do companheiro com os espermatozoides do doador.¹⁶⁷

A inseminação artificial pode ser realizada de duas formas: intravaginal, intrauterina (IIU) ou por transferência intratubária de gametas (GIFT).

A concepção na *inseminação artificial intrauterina* (IIU), também denominada de inseminação “*in vivo*” a concepção se dá no corpo da mulher, que poderá engravidar.

A indicação desse método como menciona Juliana Fernandes Queiroz é para os *casos de incompatibilidade do muco cervical em casos de deficiência seminal leve e casos de alteração na ovulação com o sêmen do marido*.¹⁶⁸

É indicado também como menciona Ana Cláudia S. Scalquette *por fatores masculinos, quando há alteração na concentração espermática, volume seminal e motilidade, bem como em caso de disfunções ejaculatórias e anormalidades imunológicas*.¹⁶⁹

Na técnica de inseminação artificial intrauterina (IIU), conforme lição de Eduardo Oliveira Leite *o colo uterino é deixado de lado e o líquido seminal é injetado diretamente dentro da cavidade uterina*¹⁷⁰. Uma quantidade de espermatozoides é colocada no interior da mulher como ajuda de um cateter.¹⁷¹

Já a *inseminação artificial intravaginal*, é realizada por meio de uma seringa plástica com todo esperma dentro. Aqui não há a “exposição de colo” podendo ser realizada pelo próprio casal. A mulher fica numa “posição supina”¹⁷² ficando nessa posição por até 20 minutos após a inseminação.¹⁷³

No *caso da transferência intratubária de gametas* (GIFT), foi divulgada em 1985 por R.Asch. e J. Balmaceda. Para a sua indicação é necessário que haja integridade das tubas uterinas e o sêmen não deve estar comprometido severamente. É feita a estimulação ovariana, e trinta e seis horas (36h) após a injeção de HCG procede-se a coleta dos ovócitos mediante video-laparoscopia ou mini-laparotomia. Os ovócitos são identificados pelo embriologista que os prepara para a transferência tubárea, por meio de um cateter. O cateter é introduzido no externo de uma das tubas. Daí em diante a fertilização e a fixação no colo do útero ocorrerá naturalmente.¹⁷⁴

Amélia do Rosário Motta de Pádua esclarece que a referida técnica:

Consiste em obter os oócitos e os espermatozoides (gametas) para serem introduzidos nas trompas para que ali – onde ocorre naturalmente a fecundação – possa acontecer o processo de fertilização. Em geral é

¹⁶⁷ PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de Pádua. **Responsabilidade civil na reprodução assistida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 73.

¹⁶⁸ QUEIROZ, Juliana Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.71.

¹⁶⁹ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70-71.

¹⁷⁰ LEITE, Eduardo Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 38.

¹⁷¹ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.70.

¹⁷² Posição supina: é uma posição do corpo quando o indivíduo deita de face para cima, em contraposição à posição prona, que é de face para baixo (algumas vezes com as mãos atrás da cabeça ou pescoço). É muito utilizada em procedimentos cirúrgicos, pois garante acesso às regiões torácicas e abdominais.

¹⁷³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 38.

¹⁷⁴ Transferência intratubária de gametas (GIFT) ou de zigotos (ZIFT). Disponível em:<<http://www.Profert.com.br/temas/fiv/index.php?item=2>>. Acesso em: 06 abr. 2013.

usada em mulheres com pelo menos uma trompa permeável e que a IA não tenha funcionado ou porque o homem tenha poucos espermatozoides ou nos casos de esterilidade sem causa aparente (ESCA).¹⁷⁵

Como essa modalidade de reprodução artificial humana ocorre como acima mencionado, dentro do corpo da mulher, a sua utilização gera menos polêmica dentre os que são contrários à utilização das técnicas de reprodução artificial humana, até porque como mencionamos acima ela mantém parte do processo natural preservado.¹⁷⁶

Podemos aqui perceber que, em que pese a inseminação artificial precisar de ajuda externa, o processo de fecundação se dá de forma natural e dentro do corpo da mulher. Na fecundação *in vitro* ocorrem duas etapas: uma é a fecundação *in vitro* e a outra é a implementação do embrião no útero da mulher. Desta forma, a fecundação, ocorre fora do corpo da mulher, o que difere da inseminação artificial, acima descrita, o que acaba por gerar maiores polêmicas.

Consiste na retirada de óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, utilizando o sêmen do marido ou de outro homem, para só depois, fazer a introdução no útero da mulher que forneceu o óvulo, ou até mesmo de terceira.¹⁷⁷

Essa técnica ficou mundialmente conhecida, por “bebê-de-proveta”, por ser realizada como acima mencionado numa proveta.

Amélia do Rosário Motta de Pádua escreve que:

A fecundação *in vitro* ou fertilização assistida (FIV) é uma técnica que consiste em extrair o óvulo maduro de dentro do ovário da mulher, misturando-o ao espermatozoide, a fim de que a fecundação ocorra em laboratório (estufa). O óvulo fecundado (embrião) é transferido para o útero da mulher, sendo esta a fase imprevisível do procedimento.¹⁷⁸

Substitutiva do processo natural a reprodução humana assistida tem seu papel preponderante na perpetuação da espécie quando defeituoso ou até mesmo insuficiente o meio natural.

Prescindir de ato sexual para formação de um ser é algo que foge da essência da natureza humana.

Mas sua subjetividade não está tão somente no fato de prescindir de ato sexual, o avanço na ciência reprodutiva foi mais além, como nos casos de utilização de material genético de terceira pessoa para realização da reprodução humana assistida, a exemplo dos casos de esterilidade e também na possibilidade de gerar um filho após a morte do genitor. Assim percebemos que a ciência vem com tudo para obter sucesso no desejo de procriar.

Ademais cabe ressaltar que a reprodução humana artificial, não importa se ocorra fora ou dentro do corpo da mulher o certo é que princípios devem balizar referido procedimento a fim de que o avanço da medicina reprodutiva venha a ser um aliado a

¹⁷⁵ PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. **Responsabilidade civil na reprodução assistida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 73.

¹⁷⁶ 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. Curitiba: Juruá, 2009, p.45.

¹⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7 ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 569.

¹⁷⁸ PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. **Responsabilidade Civil na Reprodução Assistida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 73.

perpetuação da espécie quando a reprodução natural se mostrar ineficiente e não um emaranhado de condutas fora da ética, o que com certeza desvirtua a razão pra que veio a toda essa evolução da ciência no aspecto da reprodução humana assistida.

1.1 Inseminação artificial homóloga e heteróloga

O art. 1597 e seus incisos III e IV, tratam da reprodução assistida quando homóloga, havidos a qualquer tempo, quando tratar-se de embriões excedentários, e *post mortem*. E no inciso V, trata da reprodução assistida heteróloga.

Assim quanto ao material genético existem dois tipos de inseminação artificial.

Desta forma analisando de forma mais detida, a reprodução assistida é considerada homóloga quando o produto da concepção é formado pelo sêmen e pelo óvulo do marido e da mulher. E uma vez que o casal se submete à reprodução assistida eles assumem a maternidade e a paternidade decorrente da referida prática. Assim na fertilização homóloga a filiação biológica e filiação jurídica andam juntas.¹⁷⁹

Paulo Lôbo escreve sobre a inseminação homóloga o seguinte:

A inseminação artificial homóloga é a que manipula gametas da mulher (óvulo) e do marido (sêmen). A manipulação, que permite a fecundação, substitui a concepção natural, havida por meio da cópula. O meio artificial resulta da impossibilidade ou deficiência para gerar de um o de ambos os cônjuges.¹⁸⁰

Por sua vez na reprodução heteróloga utiliza-se material genético de terceiro, que é encontrado em banco de sêmen ou de óvulo, assim, depois de feita a fecundação em laboratório e tendo obtido o embrião o mesmo é implantado no útero da mulher, a fim de desenvolver-se. No caso, de reprodução assistida heteróloga ocorre também a presunção legal da paternidade, assim como na reprodução homóloga. A escolha desta técnica tendo o pai conhecimento de que o sêmen não faz parte de seu material genético denota a vontade de se ter um filho sabendo-se que com ele vem todos os deveres da filiação.¹⁸¹

Ainda no que refere à filiação decorrente da reprodução assistida heteróloga Guilherme Calmon Nogueira da Gama esclarece que:

O novo modelo de parentalidade-filiação decorrente da procriação assistida heteróloga não tem como pressuposto a conjunção carnal, além de, simultaneamente, não se basear na verdade biológica relativamente ao cônjuge (ou companheiro) que não contribuiu com seu material fecundante para a procriação.¹⁸²

¹⁷⁹ 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. Curitiba: Juruá, 2009, p. 101.

¹⁸⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. São Paulo, 2009. P. 20.

¹⁸¹ 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. Curitiba: Juruá, 2009, p. 106.

¹⁸² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação**: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 851.

E, ademais expõe o mencionado autor:

Não há dúvida de que, para fins de estabelecimento dos vínculos de paternidade, maternidade e filiação, a procriação assistida heteróloga deve ser considerada um terceiro gênero no sistema jurídico brasileiro, por apresentar claras distinções quanto ao modelo clássico da parentalidade-filiação resultante da procriação carnal, e também quanto ao modelo clássico da parentalidade-filiação resultante da adoção.¹⁸³

Cabe mencionar que, em que pese o texto do art. 1.597 do Código Civil não mencionar que companheiros também podem utilizar-se das técnicas de reprodução assistida ali catalogadas, parte da doutrina, e o Conselho Federal de Medicina na Resolução n. 2013/2013 em seu artigo II, 2¹⁸⁴, entendem que em decorrência do artigo 226 da Constituição Federal, eles também têm direitos de utilizar-se de tais técnicas e de estar protegidos legalmente quando da utilização das referidas técnicas.

Celeuma pode ocorrer quanto à presunção de paternidade, que não se aplica aos casos de filhos nascidos na constância da união estável.

Porém, nada obsta que, vivendo o casal em união estável, utilizem-se das técnicas de reprodução assistida para realização de seu projeto parental e após o nascimento de seu filho decorrente da referida reprodução, realizem o reconhecimento através do registro civil, realizados por ambos, assim como se dá o registro dos filhos nascidos na constância da união estável, de forma natural, que também não gozam da presunção de paternidade, mas que o casal utiliza-se dessa forma para obterem o registro de seus filhos.

Com efeito, assevera Caio Mário da Silva Pereira surgir aqui *nova 'modalidade de filiação', a qual se pode designar 'filiação social', pela qual o marido ou companheiro admite como filho o ente gerado por inseminação artificial.*¹⁸⁵

Assim devemos ter em mente que as técnicas de reprodução assistida só devem ser utilizadas quando não houver nenhuma opção para a realização do projeto parental, jamais como um meio alternativo de reprodução, porque o direito à filiação deve ser respeitado frente ao direito à procriação.¹⁸⁶

Assim resta claro que, sendo a reprodução humana assistida, realizada com material genético do casal ou com material genético de terceiro à relação, a filiação da criança será preservada, devendo, contudo, respeitar-se a forma e autorizações descritas em lei.

¹⁸³GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o biodireito e as relações parentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.851.

¹⁸⁴ Resolução do CFM nº 2013/2013 - II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA 1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente. 2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

¹⁸⁵PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família.** 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v.5, p. 320.

¹⁸⁶ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Do planejamento familiar e da paternidade responsável na reprodução assistida.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/compedi/anaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2409.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2013.

1.2 Reprodução humana artificial e sua historicidade

Aldous Huxley, em seu livro Admirável mundo novo, vislumbrou às modificações na forma da reprodução humana, assim o que na época poderia ser considerado uma ficção, hoje com o avanço da ciência biotecnológica, é bem real. No final do século XX ocorreram inúmeras transformações decorrentes do avanço biotecnológico, levando a uma interferência direta do ser humano em processos de reprodução, deixando de ser monopólio da natureza.¹⁸⁷

Em princípio as técnicas de reprodução assistida foram utilizadas em animais, para só depois, serem utilizadas em seres humanos.¹⁸⁸

Assim foi que na Idade Média ocorreu a primeira inseminação artificial.¹⁸⁹

Após houve relatos que foi utilizada à inseminação artificial homóloga, ou seja, com material genético dos próprios pais, em seres humanos mais especificamente em 1791, por intermédio do médico inglês Jonh Hunter.¹⁹⁰

Após ocorreu a primeira inseminação heteróloga, ou seja, com doação de esperma por terceiro, já no final do século XIX, em 1884, realizada por Pancoast, ginecologista americano. Após alguns anos, por volta de 1890, John Dickinson começou a realizar a inseminação heteróloga.¹⁹¹

Dos relatos acima transcritos até o ano de 1930, tudo se desenvolveu de forma muito tímida, assim foi que na literatura médica internacional, relatou apenas 88 casos de reprodução humana assistida.¹⁹²

Porém inseminação artificial só se desenvolveu com maestria depois da descoberta do período fértil da mulher e da possibilidade do congelamento do esperma.¹⁹³

Desta forma para realização da inseminação deve-se, contudo, ter-se o conhecimento do dia da ovulação da paciente, pois, o espermatozóide é introduzido no útero nesse período, quando a gestação se desenvolverá sem ajuda artificial, seguindo seu curso natural. Assim a fecundação, portanto, dá-se no interior do corpo da mulher.¹⁹⁴

Assim, a pré-história da fecundação *in vitro* remonta ao século XIX, em 1878, quando na tentativa de fertilizar óvulos de cobaias, Schenk, incubou oócitos foliculares com espermatozoide sem contudo obter sucesso. Em 1890, Heape, em Calcutá, e também em Buckley, tentou sem êxito a fecundação *in vitro*. No entanto até o início do século XX, as tentativas frustradas se referiam à esfera animal. A fertilização *in vitro* se deu em

¹⁸⁷ SÁ, Mária de Fátima de. RIBEIRO; LEITE, Gustavo Pereira. Princípios éticos e jurídicos da manipulação genética. In: CASABONA, Carlos María Romeo; DE SÁ, Maria de Fátima Freire (coords.). **Desafios Jurídicos da Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007 p. 107. 108.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Déborah Ciocci Alvarez de. BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar? compreendendo a ética e a lei**. São Paulo: Gais, 2000, p. 11.

¹⁸⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 31.

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Déborah Ciocci Alvarez de. BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar? compreendendo a ética e a lei**. São Paulo: Gais, 2000, p. 11.

¹⁹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.31.

¹⁹² ¹⁹² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.31.

¹⁹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.31.

¹⁹⁴ FERRAZ, Cláudia Brandão. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, p. 44.

humanos em 1944, realizada por dois biólogos, Rock e Menkin, que obtiveram quatro embriões normais a partir de experimentos de mais de uma centena de óvulos humanos colocados em contato com o espermatozóide.¹⁹⁵

Assim foi que em 1947, Chang realizou a transferência de um ovo fertilizado congelado. Em 1953, Smith congelou embriões de mamíferos em fase pré-implantação provando que é possível seu congelamento sem que seja inutilizado. Somente após vinte (20) anos, foi que Edwards e Steptoe conseguiram embriões humanos por fecundação *in vitro*.¹⁹⁶

A reprodução *in vitro* ficou conhecida no mundo todo como “bebê de proveta” em 1978, pelos médicos Steptoe e Edwards, quando tiveram êxito na realização da técnica o que decorreu no nascimento de Louise Brown.¹⁹⁷

A técnica é indicada para os casos de obstrução irreversível ou ausência tubária bilateral, oligozoospermia, falha do tratamento cirúrgico tubário, esterilidade sem causa aparente, esterilidade imunológica, endometriose. O que caracteriza bem que a reprodução assistida não deve ser elegida sem antes, esgotar-se todos os meios naturais.¹⁹⁸

Esta técnica reproduz artificialmente, num tubo de ensaio, o ambiente das trompas de Falópio, local propício para a fertilização natural, prosseguindo até a transferência do embrião para o útero materno.¹⁹⁹

Posto isso, não há dúvida que as diversas técnicas hoje existentes acabam cada vez mais se aperfeiçoando. Mais ainda estamos refém de um avanço não cabalmente legalizado. Assim é certo que em que pese esse avanço social presenciado, não se vislumbra hoje uma legislação que o venha regulamentar. Assim mais do que uma norma regulamentar de um conselho de classe, no presente caso, do Conselho Federal de Medicina, necessitamos da lei, pois somente ela é capaz de regular as relações dos seres humanos.

1.3 A Resolução nº 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina e a Reprodução Humana

Enquanto no Brasil não entrar em vigor uma legislação que regule a prática da reprodução assistida, seu balizamento vem ocorrendo pelo Conselho Federal de Medicina por meio das resoluções, especificamente a atual resolução n. 2013/2013. Dessa forma, até a resolução do Conselho Federal de Medicina na falta de disciplina em lei federal regulamentando a matéria e balizando a atividade de reproduzir dos seres humanos fora do contexto natural.

Dessa forma a exemplo, até a Resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, era permitida a fecundação de embriões se houvesse duas pessoas e de sexo oposto,

¹⁹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 41.

¹⁹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 41-42.

¹⁹⁷ FERRAZ, Ana Cláudia 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**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 45.

¹⁹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: RT, 1995, p. 41.

¹⁹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 41.

casadas ou vivendo em união estável, sendo que ambos deveriam consentir no procedimento. E foi assim por dezoito anos.

Ocorre que com a mudança nas relações de família e as diversas formas de se organizaram, o Conselho Federal de Medicina revogou a Resolução 1.358/92 com a publicação da Resolução 1.597/2010, o que já no item II do anexo único, passou a tratar aqueles que submetem a reprodução artificial no sentido de “pessoa”, o que acabou por se entender que a prática poderia ser utilizada por pessoas do mesmo sexo.

Assim fica claro que o Conselho Federal Medicina quando regulamenta acompanhado a evolução das famílias, o faz representando o papel do direito que ficou inerte, pois infelizmente nossa legislação pátria anda alheia ao progresso científico deixando de legislar em matéria de suma importância da perpetuação da espécie.

E nessa constante busca de normatizar as técnicas de reprodução assistida o Conselho Federal de Medicina adotou normas éticas para utilização de tais técnicas. Assim, foi publicada a Resolução de n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que acabou por substituir a resolução de n. 1.957/2010.

A resolução n. 2.013/2013 define que *as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.*

Cabe ressaltar a necessidade de consentimento informado dos envolvidos na técnica devidamente documentado. Inclusive no que se refere ao destino que será dado aos embriões em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los.

A reprodução assistida nos termos da Resolução só pode ser utilizada como o fim de procriação com margem de possibilidade de sucesso e que não envolva risco de saúde nem para o paciente nem para o futuro descendente.

Fica vedada a seleção de sexo, ou qualquer característica biológica do filho, exceto nos casos em que se quer evitar doenças ligadas ao sexo da criança que venha a nascer.²⁰⁰

A Resolução também trouxe o número de embriões a serem implantados dependendo, contudo, da idade da mulher.²⁰¹

Esclarece-se ainda que se decorrente da implantação dos embriões, resultar a gravidez múltipla, é proibida a redução embrionária.

A Resolução n. 2.013/2013 ainda prevê que as clínicas, centro ou serviços que aplicam as técnicas de reprodução assistida são responsáveis pelo manuseio, conservação, transferência e descarte do material biológico humano.

No que se refere à doação de gametas a presente resolução dispõe que, esta nunca pode ter caráter lucrativo ou comercial. Devendo ser mantido o sigilo entre doadores e receptores. A exceção feita, diz respeito à informações sobre o doador, no caso de motivação médica, resguardando, contudo, a identidade civil do doador.

Ainda dispõe a Resolução que só poderá haver uma gestação de criança de sexo diferente advinda do mesmo doador, numa área de um milhão de habitantes. Isso para evitar que irmãos biológicos venham a se relacionar. Porém não vislumbramos nenhuma fiscalização nesse sentido.

Permite a Resolução nº 2.013/2013 a preservação de espermatozoides, óvulos e embriões, devendo os embriões excedentes ser criopreservados. Além de autorizar o descarte após cinco (5) anos se esta for a vontade dos pacientes, não se destinando apenas para pesquisa de células-tronco como disposto na Lei de Biossegurança, o que

²⁰⁰ A exemplo das doenças de hemofilia que são passadas do pai para o filho homem.

²⁰¹ Princípios Gerais 6 - Mulheres com até 35 anos: até dois embriões; mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.

veio inovar, posto que a Resolução anterior, de nº 1.957/2010, não previa referido descarte.²⁰²

A nova Resolução menciona, contudo, que do número total de embriões produzidos em laboratório, somente os excedentes “viáveis” serão criopreservados, deixando, implicitamente, a possibilidade de descarte dos inviáveis.

Deixou, porém, a resolução de mencionar o tempo que deve ser mantida essa criopreservação, gerando uma sensação de armazenamento indefinido desses embriões, como também nada mencionar sobre a possibilidade de doações para pesquisa ou mesmo descarte.

As técnicas de reprodução assistida também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias.

Menciona ainda a Resolução que no caso de intervenção sobre embriões *in vitro*, com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade a não ser a de avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, esclarecendo ser obrigatório o consentimento informado.

Assim é que o Código Federal de Medicina estipula que o tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será de 14 dias.

Ainda trouxe a Resolução de n. 2.013/2013 que a reprodução assistida *post mortem* é possível desde que haja autorização prévia do *de cuius* com fim específico para utilização do material biológico criopreservado.

Assim em virtude do silêncio legislativo no que se refere à reprodução assistida, quem vem ditando as regras é o órgão de classe médica, o que não há dúvida de que, não está o mesmo habilitado para legislar sobre matéria de “conduta geral”, porque embora seja a única a legislação que temos sobre a matéria, quem a produziu, foi um órgão de classe, e não o poder legislativo, o que resta caracterizada a omissão do Poder Legislativo, o que no nosso entendimento, é ainda mais grave, por se tratar de matéria de extrema relevância, qual seja, a perpetuação da espécie humana.

Salientamos que está em trâmite o anteprojeto do Estatuto da Reprodução Assistida que foi apresentado à Comissão de Biotecnologia da OAB/SP, sob a Presidência do Prof.

Dr. Rui Geraldo Camargo Viana e - após se aprovado por unanimidade de seus membros e contar com o apoio da Diretora da Secretaria Adjunta, Dra. Clemência Wolthers - está disponível para consulta pública no site da OAB/SP www.oabsp.org.br, antes de ser encaminhado à Frente Parlamentar dos Advogados na Câmara dos Deputados para apresentação oficial do Projeto de Lei ao Congresso Nacional.

No entanto até que entre em vigor o Estatuto da Reprodução Assistida, a presente Resolução tem, em fim, um papel fundamental na regulamentação da reprodução humana assistida, ela vai orientando as práticas laboratoriais, afim de que se tenha o mínimo de parâmetro para utilização de tais técnicas.

1.4 Reprodução humana assistida “post mortem”

Um dos temas mais polêmicos em se tratando de reprodução assistida nos dias de hoje, é o da fecundação artificial realizada após a morte. Um caso de grande repercussão ocorreu na França, em 1984, e ficou conhecido como o Caso *Parpelaix*, julgado pelo Tribunal de Grande Instance de Créteil.²⁰³

²⁰² Resolução de nº 2.013/2013 do CFM: V – 4.

²⁰³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 232-235.

Alain Parpelaix vivia com Corinne R. quando descobriu que tinha câncer nos testículos. Em decorrência de seu diagnóstico em 1981 foi aconselhado pelos seus médicos a coletar seu esperma e criopreservá-lo posto que o tratamento quimioterápico lhe deixaria estéril.

Em 25 de dezembro de 1983 Alain P. foi vencido pelo câncer e faleceu. Porém dois dias antes do óbito, casou-se com Corine. A viúva, contudo juntamente com os parentes dele solicitaram ao banco de esperma que lhe devolvesse o esperma coletado para que ela pudesse fazer uma inseminação artificial. A clínica, no entanto, negou-se a entregar o material para a viúva Corinne R., alegando não haver previsão legal para tanto.²⁰⁴

A questão então foi submetida ao Tribunal, que entendeu, em decorrência das provas coletadas, não haver dúvidas quanto à vontade de Alain P. de que sua mulher viesse a ter um filho seu. Ao colherem os depoimentos dos pais do falecido Alain, restou claro que durante a doença e em concordância com sua companheira depositou seu sêmen junto à clínica com o fim de procriar futuramente. Além disso o casamento religioso e civil do falecido Alain e sua companheira foi celebrado dois dias antes de sua morte. Com efeito, o Tribunal condenou a clínica a devolver o sêmen a Corinne, tendo até mesmo sido imposta cláusula penal por uma eventual demora na entrega do material. No entanto embora a viúva tenha obtido autorização para que o material genético fosse entregue pela clínica, devido a demora, em recebê-lo, o sêmen não pode ser utilizado, posto não mais estar em condições normais para fecundação.

De se ver que o procedimento da reprodução humana assistida “post mortem”, não é um tema tranquilo quando da prática. Para utilização da referida técnica, necessário verificar a real vontade do *de cujus*, posto haver necessidade de autorização por escrito do mesmo, conforme enunciado anteriormente citado, bem com a real necessidade do procedimento, posto que, deve ser balizado com outros princípios de proteção à criança, positivados na Constituição, conforme abordamos anteriormente.

Para Mônica Aguiar:

Saber se a vontade de procriar deve ser protegida para além da morte, é tema que divide os doutrinadores em duas correntes básicas. De um lado, os que defendem essa proteção, ao argumento de ser convergente do direito da criança à existência. De outro os que sustentam a impossibilidade dessa técnica, como forma de assegurar o direito do filho a uma estrutura familiar formada por ambos os pais.²⁰⁵

Eduardo de Oliveira Leite no mesmo sentido afirma:

A inseminação *post mortem* constitui uma prática fortemente desaconselhável. Como se não bastassem as contra-indicações de natureza ética e psicológica, resta ainda a consideração de ordem jurídica a dissuadir esta tentativa. A fecundação póstuma poderia provocar vários problemas na herança e sucessão, o direito precisaria levar em consideração potenciais descendentes que poderiam nascer anos depois da morte do marido.²⁰⁶

²⁰⁴ GOZZO, Débora. Direito fundamental de herança e inseminação *post mortem*. In: GOZZO, Débora, FERRAZ, Anna Candida da Cunha, LEISTER, Margareth (coords.). **Direitos humanos fundamentais**: doutrina, prática e jurisprudência. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 267.

²⁰⁵ AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.117.

²⁰⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 155.

Para Maria Berenice Dias por sua vez atenta para a necessidade de autorização do morto em reproduzir-se pois morte enquanto ainda estava vivo:

Ainda que o marido tenha fornecido sêmen, não há como presumir, o consentimento para a inseminação “post mortem”. Somente na hipótese de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento. O princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do material genético ao consentimento expresso a esse fim. Sem tal autorização, os embriões devem ser eliminados, pois não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto.²⁰⁷

Maria Berenice Dias, aponta para não obrigação de que a clínica entregue para a viúva o material genético, por não se tratar de bem de herança, esposando o entendimento de que é necessária a autorização do marido para que seja feita a inseminação “post mortem”.²⁰⁸

Nesse mesmo sentido, citamos Rolf Madaleno que também aponta como a autora acima para a necessidade de autorização expressa:

Consequentemente, a possibilidade de a viúva proceder à inseminação artificial homóloga após a morte do marido, prevista no inciso III do artigo 1.597, só poderá ser levado a efeito se já constar autorização expressa deixada pelo esposo sucedido em documento de consentimento de precedente posse da clínica, centros ou serviços especializados na aplicação de técnicas de reprodução assistida, ou se em vida o marido assim se expressou por testamento ou documento autêntico.²⁰⁹

Diferente não é o teor do Enunciado do Conselho da Justiça Federal Relativos à Reprodução Humana Assistida de número 106, que estabelece a necessidade de autorização do marido para inseminação da mulher “post mortem”.²¹⁰

O princípio da autonomia dos sujeitos, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso de que seja realizada a reprodução humana assistida, mesmo depois de sua morte. Assim, por não constituir objeto de herança sem autorização fica inviável que a clínica que armazenou o sêmen ou óvulo seja obrigada a devolver o material genético para a viúva ou viúvo. A utilização do material genético deve ser consentida, caso contrário, poderíamos equiparar referida situação sem consentimento, a de um de recepção de material genético de doador anônimo, o que

²⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 334.

²⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 334.

²⁰⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 4ª edição ver. ampl. atual., 2011, p.507.

²¹⁰ Enunciados do Conselho da Justiça Federal Relativos à Reprodução Humana Assistida. Art.1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

dificultaria na atribuição da paternidade a criança que virá nascer, o que com certeza feriria o princípio da proteção integral da criança.²¹¹

Assim mesmo que prevista em lei a reprodução assistida “post mortem”, não há regulamentação específica para a matéria, deixando várias lacunas na efetividade dos direitos da criança que virá nascer decorrente desta técnica, o que acaba por dividir a doutrina sobre a possibilidade dela ser feita sem que fira a princípios constitucionais fundamentais.

Dessa forma dentre os que rechaça a possibilidade de inseminação artificial “post mortem” mais especificamente o Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o faz por entender que referida possibilidade fere a princípios como da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana, melhor interesse da criança e igualdade dos filhos. Afirmando ainda, que o projeto parental não pode ser exercido por ato unilateral. Assim para se obter o melhor interesse da criança, além do direito temos que recorrer a outras disciplinas, a exemplo da psicologia, para o fim de analisar as reais consequências na vida da criança que venha a nascer sem pai por ato volitivo unilateral de sua mãe.²¹² Certo é que a inseminação artificial “post mortem”, ainda que dentro do que dispõe a lei, viola o princípio do melhor interesse da criança, visto que essa criança não gozará da companhia de seu pai falecido, o que pode trazer inúmeros transtornos psicológicos e sociais à criança.²¹³ Ficando configurado o desrespeito ao direito fundamental da criança à convivência familiar.

1.5 Panorama breve da reprodução humana assistida “post mortem” no direito estrangeiro

O intuito de se trazer a matéria da reprodução assistida em outros países é para termos o balizamento, que a referida técnica não é amplamente permitida. Além do que, a utilização da reprodução humana assistida não está diretamente ligada com o grau de evolução do sistema jurídico, além de esbarrar na disciplina dos direitos humanos. Se a ciência evoluiu com a técnica de reprodução humana assistida, isso não tem nada a ver com a permissão de sua realização após a morte do cônjuge, que em vida, demonstrou

²¹¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito patrimonial.** Vol XVI. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003, p. 51.

²¹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução heteróloga.** Rio de Janeiro: Renovar, 2033. p. 733. Nesse mesmo sentido: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 155. Reproduzindo: a resposta negativa a um pedido dessa natureza se impõe. E isto por diversas razões. Inicialmente, vale lembrar que tal pedido sai do plano ético reconhecido à inseminação homóloga; ou seja, se não há mais casal solicitando um filho, nada há que justifique a inseminação. Num segundo momento, tal solicitação provoca perturbações psicológicas em relação à criança e em relação à mãe. Nada impede que nos questionemos se esta criança desejada pela mãe viúva não o é, antes de tudo, para preencher o vazio deixado pelo marido. Além disso, a viuvez e a sensação de solidão vividas pela mulher podem hipotecar pesadamente o desenvolvimento psicoafetivo da criança. Logo, a inseminação *post mortem* constitui uma prática fortemente desaconselhável.

²¹³ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Do planejamento familiar e da paternidade responsável na reprodução assistida – disponível em:** <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos.../2409.pdf>>. Acesso em: 07 fev.2013.

interesse em realizar seu projeto parental. Por isso, sua realização não respeita os princípios constitucionais que anteriormente mencionamos.

Em Portugal a técnica de reprodução assistida *post mortem* em princípio é vedada. A Lei n. 32/2006, nos arts. 22 e 23 dispõem sobre a ilicitude dessa prática, ainda que exista consentimento do falecido. Entrementes uma exceção é feita à reprodução *post mortem* nos casos que sejam para implementar o projeto parental construído pelo casal, desde que referida autorização tenha sido feita por escrito e antes da morte do pai. Dispõe ainda a lei portuguesa que caso a criança venha a nascer, em que pese à proibição existente, ela é havida como filha.²¹⁴ Desta forma apesar de inicialmente proibir a reprodução assistida *post mortem*, garante a lei portuguesa o respeito ao projeto parental e à filiação, se tais práticas vierem a ocorrer e no caso para respeitar o projeto parental, ressaltada a necessidade de prova escrita.

Na Espanha, em 2006, foi aprovada a Lei n. 14/06, que revogou a Lei n. 35/88 e todas as demais disposições anteriores sobre as técnicas de reprodução humana assistida no país.²¹⁵ Porém, para sua perfeita realização se faz necessário o preenchimento de requisitos formais tais como: o consentimento do marido que deve constar de escritura pública ou de testamento, e a disposição de que o material por ele deixado pode ser usado para depois de sua morte, afim de inseminar sua esposa ou companheira. Uma vez realizada dentro dos limites impostos por lei, a inseminação realizada produz os efeitos legais da filiação matrimonial.²¹⁶

Cumpra ainda ressaltar que diferentemente do previsto no art. 1.597 da lei civil brasileira, a lei espanhola prevê um prazo de 12 meses para que referido procedimento seja realizado.²¹⁷

A lei espanhola foi considerada muito permissiva pela igreja católica, posto que, a mesma não contém uma enumeração taxativa deixando em aberto a utilização de novas técnicas após regulamentação pela autoridade competente.²¹⁸

Entre as condutas consideradas permissivas por parte da lei espanhola estão: o destino dado aos embriões excedentários decorrentes das técnicas de reprodução humana assistida anteriores à Lei n. 45/03, que é de decisão do casal, que poderá doá-los para pesquisa científica. Os armazenados após a Lei n. 45/03 serão doados a outros casais ou destruídos. Pela Lei n.14/06, permite-se que qualquer mulher maior de 18 anos, independentemente do estado civil e da orientação sexual, com bom estado de saúde, após o seu consentimento, utilize-se das técnicas de reprodução humana assistida. A casada contudo precisa de autorização do marido. A lei ainda não estabelece o número de óvulos que deve ser usado em cada ciclo, mais prevê a transferência de apenas três embriões para o útero da mulher a cada tentativa. Permite-se ainda a realização da reprodução humana assistida “post mortem”, com sêmen do marido ou companheiro. Para tanto, para ser reconhecida à filiação necessita-se de autorização do marido ou companheiro.

²¹⁴ SCALQUETE, Ana Claudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 250.

²¹⁵ 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. Curitiba: Juruá, 2009, p. 71.

²¹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 271.

²¹⁷ SCALQUETE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.258.

²¹⁸FERRAZ, 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. Curitiba: Juruá, 2009, p.73.

A Lei n. 14/06 ainda autoriza a pesquisa com embriões, o diagnóstico pré implantacional, para benefício do próprio embrião, e para salvar outro que padece de enfermidade.

Na Alemanha, o Relatório Benda, de 1985, e a Lei n. 745/1990, conhecida como Lei de Proteção ao Embrião, proíbem a reprodução “post mortem”, apenando a mulher que se submeter a referido procedimento com pena de privação de liberdade em até três anos ou multa.²¹⁹

Na Itália, a Lei n. 40/2004 que disciplina a reprodução assistida nada diz sobre a reprodução assistida *post mortem*.²²⁰

A Suíça e a Dinamarca também vedam a reprodução humana assistida *post mortem*.²²¹

Ana Cláudia S. Scalquette observa a respeito da lei italiana:

É bem verdade que acabou por coibir várias possibilidades que são sabidamente geradores de conflitos, como é o caso da espécie heteróloga, mas ao permitir a criopreservação de gametas abre margem para a discussão quanto ao seu uso após a morte de um dos possíveis genitores ou de eventual separação, do prazo para a sua utilização e, até mesmo, de um possível direito à herança do ser concebido após a morte de um dos que congelaram seu material genético.²²²

Na Suécia a lei que regulamenta a reprodução humana artificial é a Lei n. 1.140, de 21 de dezembro de 1984, em vigor desde 1º de março de 1985. Em seu art 2º proíbe a fecundação *post mortem*.²²³

A lei de (1985) no dizer de Eduardo de Oliveira Leite *considerou a inseminação homóloga como medida ginecológica para remediar a esterilidade do casal. Nenhum problema jurídico foi suscitado uma vez que o marido é o pai biológico da criança*.²²⁴

A lei francesa veda a reprodução assistida *post mortem*. Trazemos desta forma o quanto descrito por Ana Cláudia S. Scalquette, no que se refere às condições para submissão à reprodução que elimina a possibilidade da reprodução assistida “post mortem”.

“São condições para submissão à técnica de reprodução assistida as descritas no (art.8º/L.152-2 da Lei n.94-654): o homem e a mulher que formam o casal devem estar vivos; em idade de procriar; casados ou em condições de fornecer prova de uma vida comum de pelo menos 2 anos; que haja consentimento prévio de ambos à transferência dos embriões ou à inseminação”.²²⁵

²¹⁹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2011, p.189.

²²⁰KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 267.

²²¹ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: 2012, p. 89.

²²² SCLAQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 268.

²²³KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2011, p.189.

²²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 288.

²²⁵ SCALQUETE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 272.

Na Argentina a doutrina diverge. Ora considerando possível a reprodução *post mortem*, tendo em vista o silêncio da lei, porém sem atribuir contudo a essa criança direitos sucessórios; a outra corrente não admite a reprodução *post mortem*, posto que fere os direitos e garantias fundamentais sobretudo o melhor interesse da criança.²²⁶

Os Estados Unidos é considerado um dos países mais desenvolvidos no que se refere à reprodução assistida.²²⁷ Contudo pela adoção do sistema da *common law*, e pela possibilidade de cada Estado poder prever suas próprias normas, o que se pode concluir é que cada Estado poderia prever sobre a possibilidade ou não da reprodução humana assistida póstuma, o que poderia levar a princípio a uma coincidência ou não da adoção deste tipo de reprodução.²²⁸ Entrementes, em que pese à possibilidade de diferença legislativa em cada Estado, podemos encontrar disposições uniformizadas na matéria de reprodução a saber: *Uniform Parantage Act (1973)* e *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*.²²⁹

A Inglaterra permite a reprodução assistida “post mortem”, mas aos filhos decorrentes dessa prática não lhes são conferidos os direitos sucessórios. Prevendo a lei apenas uma exceção nos casos em que o falecido tenha deixado documento escrito no sentido de que era a sua vontade.²³⁰

No que concerne à reprodução *post mortem*, ela só é permitida se realizada com o consentimento formal para que a reprodução humana artificial seja feita mesmo após a morte do doador.²³¹

Desta forma, citamos a lição de Ana Cláudia S. Scalquette:

Como podemos perceber, a disciplina legal americana em termos de filiação decorrente da utilização das técnicas de reprodução assistida preocupa-se sobremaneira em organizar as regras relativas à imputação da paternidade/maternidade.

O consentimento acaba sendo a peça-chave de toda a relação, pois, para reafirmar, sua falta confere ao marido a possibilidade de negar a sua paternidade, e sua existência pode determinar a paternidade mesmo após o falecimento do genitor.²³²

Assim sendo, percebemos que na maioria das legislações estrangeiras pesquisadas não foi disciplinada a reprodução assistida *post mortem*. Quando a permitem, fazem-no com ressalvas; e muitos dos argumentos estão na necessidade existente do dever de assistência não só material mais também emocional, afetiva e psíquica aos filhos.²³³

²²⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 311.

²²⁷ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 282.

²²⁸ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 282.

²²⁹ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 282.

²³⁰ FERNANDES, Silva da Cunha. **As técnicas de reprodução assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 173.

²³¹ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 284.

²³² SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.284.

²³³ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 190.

Por isso, importante trazer o pensamento de Olga Jubert Gouveia Krell na matéria em questão:

A tendência da legislação estrangeira é afastar a utilização da referida técnica, sob o argumento de que cabe aos pais, e não apenas a um único membro do casal, o dever de assistência, não apenas econômica, mas, sobretudo, emocional, afetiva e psíquica, aos filhos. A princípio, toda criança tem o direito de se beneficiar de uma estrutura biparental de filiação e conviver com seus genitores, espelho e fonte de referência de suas condutas. Isto não quer dizer que as famílias monoparentais não possam também exercer esta função com a mesma efetividade.²³⁴

A reprodução assistida, ao mesmo tempo em que permite a realização do projeto parental, também gera inúmeras controvérsias jurídicas, como acontece, por exemplo, se a inseminação artificial “post mortem” for realizada por casal que fornece o material genético, mas este é utilizado apenas após a morte de um dos doadores. Como visto nesse tópico essa técnica é proibida em alguns países, como Alemanha, Suécia e França; Espanha e Inglaterra a permitem sob algumas condições.

No Brasil, como já vimos o Código Civil de 2002 a regulamentou no art. 1597, inciso III, porém, não há dúvida que há necessidade de lei especial versando sobre a matéria afim de que supra as lacunas deixada pela lei.

2. Sobre a filiação

A matéria da filiação no ordenamento jurídico brasileiro sofreu radical mudança com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, estabeleceu o princípio da plena igualdade entre os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção.

Assim, conforme já mencionamos anteriormente, a Constituição em seu artigo 227, parágrafo 6º, não apenas proíbe designações discriminatórias, mas também ordena que os filhos tenham os mesmos direitos, e que tenham as mesmas qualificações.

Na esteira do princípio da igualdade entre filhos, encontramos pelo menos quatro modalidades de filiação nos dias de hoje: a) a Biológica, natural ou consanguínea, que liga por parentescos os pais aos filhos; b) por Substituição, que pode ocorrer quando se autoriza a inseminação artificial heteróloga ou doação temporário do útero; c) Socioafetiva, que ocorre em decorrência da convivência em família, relação de afeto e a d) Legal, que decorre da adoção.

Assim conforme acima explanado temos que as três últimas formas de filiação, são diversas da filiação natural, o que corrobora com a certificação da evolução na área de filiação.

Ainda no que se refere ao direito de filiação na esfera normativa, importante mencionar o artigo 27 da Lei n. 8.069/90 que dispõe: *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.*

²³⁴ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos.** Curitiba: Juruá, 2011, p. 191.

Clóvis Beviláqua conceitua a filiação como sendo *a relação que existe entre uma pessoa (o filho) e as que a geraram (o pai ou a mãe). É o vínculo que a geração cria entre os filhos e os progenitores.*²³⁵

A nova forma de filiação sustenta-se em três princípios erigidos constitucionalmente sendo eles: plena igualdade entre os filhos, desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e doutrina da proteção integral.²³⁶

Em relação a essa evolução escreve Luiz Edson Fachin: *Esses valores foram sofrendo transformações, e as regras deste sistema também começaram a receber algumas alterações. A própria concepção de família não permaneceu inalterada, e de resto a ideia de filiação e seu estabelecimento, o que se observou em longo caminho legislativo.*²³⁷

De se ver, pois, que tais normas transcritas representam radical mudança no conceito de filiação, atribuindo igualdade entre os filhos não importando a origem.

Para Heloísa Helena Barboza, *a filiação constitui, portanto, um vínculo jurídico com natureza própria, que não mais se contém no casamento ou fora dele, já que se estabelece, insista-se, em decorrência do fato natural da procriação.*²³⁸

Porém em que pese toda essa evolução quanto à filiação, não mais subsistindo os legítimos, os ilegítimos que por sua vez poderiam ser naturais ou espúrios, também a classe dos adulterinos e incestuosos²³⁹, restou a única classificação possível que é a decorrente de filhos havidos do casamento e os nascidos fora do casamento. Também classificados como filhos matrimoniais e filhos extramatrimoniais. Luiz Edson Fachin menciona que:

²³⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Paula de Azevedo, 1956, v. II, p. 233. Para Maria Berenice Dias: “*A Consagração dos direitos de crianças e adolescentes como direitos fundamentais (CF 227), incorporando a doutrina da proteção integral e vedando referências discriminatórias entre filhos (CF 227 parágrafo 6º), alterou profundamente os vínculos de filiação*”. Caio Mário da Silva Pereira conceitua filiação: “é a relação jurídica que liga o filho a seus pais.” Para Sílvio Rodrigues, a filiação “é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àqueles que a geraram, ou a receberam como se tivesse gerado.”

Maria Helena Diniz conceitua filiação como: “*é o vínculo entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco sanguíneo 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 1.618 e s.), ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga.*”

²³⁶ **Repensando o Direito de Família**. Novas Relações de Filiação e Paternidade, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família: Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira – União OAB/MG – Belo Horizonte: 1999, p.141. (Heloísa Helena Barboza)

²³⁷ **Repensando o Direito de Família**. A Nova Filiação – Crise e Superação do Estabelecimento da paternidade, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família: Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira – União OAB/MG – Belo Horizonte: 1999, p.123.

²³⁸ **Repensando o Direito de Família**. Novas Relações de Filiação e Paternidade, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família: Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira – União OAB/MG – Belo Horizonte: 1999, p. 139.

²³⁹ A esse respeito escreveu Maria Berenice Dias: A necessidade de preservação do núcleo familiar – leia-se, preservação do patrimônio da família – autorizava que os filhos fossem catalogados de forma absolutamente cruel. Fazendo uso de uma terminologia plena de discriminação, os filhos se classificavam em legítimos, legitimados e ilegítimos. Os ilegítimos, por sua vez, eram divididos em naturais ou espúrios. Os filhos espúrios se subdividiam em incestuosos e os adulterinos. Essa classificação tinha como único critério a circunstância de o filho ter sido gerado dentro ou fora do casamento, isto é, a prole proceder ou não de genitores casados entre si. Assim, a situação conjugal do pai e da mãe refletia-se na identificação dos filhos: conferia-lhes ou subtraía-lhes não só o direito à identidade, mas também o direito à sobrevivência.²³⁹

Quando a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a regra de que a família é a base da sociedade, prestigiando a igualdade entre cônjuges, e vedando designações discriminatórias entre os filhos havidos ou não da relação de casamento, consolidou na Carta Fundamental do Direito de Família, espriando suas regras para todas as searas, inclusive sobre a temática da filiação.²⁴⁰

Quando falamos, pois, de filiação, o foco principal é quanto aos direitos e interesses da prole, e isso decorre da legislação que dispõe sobre institutos que tratam com igualdade quanto aos deveres e obrigações dos genitores, não mais se utilizando a legislação do nome “pátrio poder” sendo hoje designado como “poder familiar”.²⁴¹

O Código Civil francês no entanto utiliza a nomenclatura “autoridade parental” que com certeza se coaduna melhor com a legislação atual protetiva.²⁴²

Como traz Paulo Luiz Netto Lôbo, *a evolução gradativa, ao longo dos séculos, deu-se no sentido da transformação de um poder sobre os outros em autoridade natural com relação aos filhos, como pessoas dotadas de dignidade, no melhor interesse deles e da convivência familiar*.²⁴³

Isto posto, resta bem clara a evolução no conceito de filiação que até bem pouco tempo, reconhecia-se no Direito Brasileiro apenas a família oriunda do casamento, a chamada família legítima, e apenas os filhos nascidos de relação matrimonial eram protegidos.

2.1 Espécies de filiação no direito brasileiro

O Código Civil nos arts. 1.596 a 1.606 cuida dos filhos nascidos na constância do matrimônio.

O art. 1.596 dispõe sobre o princípio da igualdade de filhos previsto no parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição, equiparando e vedando quaisquer formas de discriminação entre filhos.

²⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade:** relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

²⁴¹ RBDF n. 25, p. 134

²⁴² Com a reforma de 2002 (L.305/2002), o legislador francês pretendeu manter inalterado, sempre que possível, o exercício da autoridade parental por ambos os genitores, mesmo após a separação, aproximando-se, nesse aspecto, do direito brasileiro no que diz respeito ao instituto da guarda compartilhada prevista no art. 1.583 e seguintes do Código Civil Brasileiro. Assim o (art.373-2, L. 305/2002). Art. 373-2. La séparation des parentes est sans incidente sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parente. Tout changement de résidence de l'un des parentes, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et em temps utile de l'autre parente. Em cas de désaccord, le parente le plus diligente saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Le juge répartit les frais de déplacement et ajuste em consequence loi montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Art. 373-2-1. Si l'intérêt de l'enfant le comande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à um des deux parentes. L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refuse à l'autre parente que pour des motifs graves.

²⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). Código Civil comentado, artigos 1.591 a 1.693. Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial. São Paulo: Atlas, v. XVI, 2003, p. 190.

Para Silvio Rodrigues *a filiação com origem no matrimônio se distingue das demais não em função dos efeitos para a prole, mas em razão de existir, nessa espécie, a presunção de paternidade do marido da mãe.*²⁴⁴

Guilherme Calmon Nogueira da Gama por sua vez escreve que *a filiação matrimonial se estabelece fundamentalmente pelo fato jurídico do parto (e nascimento com vida) da criança relativamente à linha materna e a incidência da presunção legal da paternidade relativamente ao marido da parturiente. Daí a consideração do princípio da indivisibilidade da filiação matrimonial.*²⁴⁵

Maria Helena Diniz, por sua vez dispõe que, *a filiação matrimonial é a que se origina na constância do casamento dos pais, ainda que anulado ou nulo (CC, arts. 1.561 e 1.617).*²⁴⁶

Assim tem-se a filiação matrimonial como uma regra protetiva que exalta a presunção de paternidade pelo estado de casado.

A lei civil, contudo, disciplina a filiação não matrimonial. Nos arts. 1607 a 1617 cuida dos filhos havidos fora do casamento. Como, por exemplo, os nascidos durante a união estável de seus pais, de relação concubinária (art. 1727 do Código Civil) ou incestuosa. Podemos apontar ainda como exemplos de filiação não-matrimonial os filhos nascidos decorrente do namoro, do “ficar”, do noivado, da relação eventual, etc.

Apesar de apontarmos a igualdade de direitos entre filhos, conforme disposição constitucional, aqueles havidos fora da condição de casados de seus pais não gozam da presunção de paternidade existente quando estes são casados.²⁴⁷

No dizer de Silvio de Salvo Venosa *os filhos havidos fora do casamento necessitam de reconhecimento, que pode resultar de ato de vontade dos pais ou de ato coativo, resultante de decisão judicial.*²⁴⁸

Maria Helena Diniz conceitua *A filiação não matrimonial é a decorrente de relações extramatrimoniais, sendo que os filhos durante elas gerados classificam-se didaticamente em: naturais e espúrios.*²⁴⁹

São naturais os filhos se no momento da concepção nenhum dos pais tinham impedimento para o casamento. E espúrios são os oriundos de homem e mulher que quando da concepção estavam o impedidos para o casamento. E dentro dessa modalidade de espúrios temos os adúlteros, se o impedimento decorria de casamento anterior de um dos pais e, por fim, os incestuosos, se o impedimento para o casamento decorria do parentesco natural civil ou afim.²⁵⁰

Para Caio Mário da Silva Pereira: *Equivocou-se o legislador de 2002, no que concerne à filiação, ao reportar-se sempre ao casamento, sem mencionar situações oriundas das relações de fato reconhecida como União Estável, hoje entidade familiar protegida pelo Estado.*²⁵¹

A filiação adotiva também se destaca como forma de filiação, a legal.

²⁴⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** direito de família. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 299.

²⁴⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação:** o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p. 470.

²⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011, p.482

²⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. São Paulo: Atlas, 2003, p.289.

²⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. São Paulo: Atlas, 2003, p.289.

²⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 504.

²⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 504.505.

²⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** direito de Família, 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. 5, p. 323.

Precisa é a lição de Sílvio de Salvo Venosa:

A adoção é modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil de 1916, ou de sentença judicial, no atual sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), bem como no novo Código. A filiação natural repousa sobre o vínculo de sangue, genético ou biológico; a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sob a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva. A adoção moderna é, portanto, um ato jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas.

Para Maria Berenice Dias: *A adoção é um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. Cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica.*²⁵²

Posto isso, percebemos que o instituto da filiação sofreu forte e marcante mudança no arcabouço legislativo.

Com certeza o princípio da igualdade dos filhos foi um forte aliado para se manter equânime o tratamento dado aos filhos não importando sua origem.

Assim percebemos que referido avanço só veio a corroborar com a dignidade da pessoa humana, posto que, era inadmissível o tratamento dado a filhos que nasciam fora do casamento. Assim, os filhos não tinham seus direitos protegidos e pagavam, pelas inconseqüências de seus pais.

Não pediam para vir ao mundo, e se não viesse da única forma protegida em lei, que era a dos filhos decorrentes do casamento, nenhuma proteção teriam, e ficavam a mercê de tratamentos discriminatórios.

A evolução pelos menos nesse sentido chegou, e o direito fez sua vez o que em decorrência do princípio da igualdade, as outras formas de filiação também estão protegidas, pelo menos no sentido de não de dá mais um tratamento discriminatório.

2.2 Filiação decorrente de reprodução assistida

O Código Civil dispõe nos incisos III, IV e V do artigo 1.597 de três novas hipóteses de filiação no casamento decorrente da reprodução assistida, que autoriza a inseminação artificial homóloga, no caso do inciso III; a fecundação *in vitro* por inseminação homóloga, no inciso IV; e fecundação “*in vitro*” por inseminação heteróloga, no inciso V.

Conforme disposição legal são elas:

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

[...]

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

²⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. ver.atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 434.

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Salienta ainda que, devido à falta de técnica do legislador, gerando confusão terminológica dos termos atinente à biotecnologia reprodutiva humana foi proposto o Enunciado do Conselho da Justiça Federal de n. 105 que dispõe: “Art. 1.597: as expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretados como ‘técnica de reprodução assistida’.

Desta forma, essas três novas hipóteses conforme texto de lei, criaram novas formas de presunção de paternidade, conseqüentemente novas formas de filiação decorrente do casamento. Não importando se fecundados durante a vida ou após a morte do cônjuge, se havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentes de concepção artificial homologa, ou se nascidos por inseminação artificial heteróloga. Neste caso, por disposição legal, necessária a autorização do marido.

Vale a pena mencionar que, em que pese o art. 1.597, inciso III, que trata da reprodução assistida *post mortem* homóloga, não mencionar a necessidade de autorização do cônjuge para realização da reprodução, o Enunciado n. 106 do Conselho da Justiça Federal relativos à reprodução humana assistida, dispõe que, também se faz necessária autorização do marido na referida hipótese.²⁵³

A reprodução assistida criou situações que eram inimagináveis poucas décadas atrás. Essa técnica também desafiou o Direito, com relação à paternidade e à maternidade, fazendo com que seja necessário repensarmos o conceito de parentalidade.

Dessa forma, a grande evolução ocorrida no campo da biotecnologia acabou produzindo reflexos nas estruturas familiares, o que acabou por gerar novas formas de filiação.²⁵⁴ A filiação decorrente da reprodução assistida heteróloga é notadamente uma delas, posto que nesta técnica apenas um dos cônjuges contribui com seu material genético, face a esterilidade do outro. A previsão legal encontra-se no artigo 1.597, inciso V, do Código Civil, que regulamentou a possibilidade de reprodução artificial heteróloga, desde que se tenha o consentimento do outro cônjuge, de quem não se esteja utilizando o material genético.²⁵⁵

Para Silvio de Salvo Venosa:

Todo ser humano possui pai e mãe 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

²⁵³ Enunciado do Conselho da Justiça Federal – de n 106 – Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

²⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. ver. Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 333.

²⁵⁵ No atual estágio da sociedade, não mais interessa a origem da filiação. Os avanços científicos de manipulação genética popularizaram a utilização de métodos reprodutivos, como a fecundação assistida homóloga e heteróloga, a comercialização de óvulos ou espermatozoides, a locação do útero, e isso sem falar ainda em clonagem. Todos esses avanços ocasionaram uma reviravolta nos vínculos de filiação. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. ver. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 333.

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 da 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.²⁵⁶

Para Rodrigo da Cunha Pereira no âmbito da família cada um ocupa seu lugar: *“Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente”*.²⁵⁷

Necessário se ter em mente que a Constituição Federal de 1988 preconiza a proteção aos filhos a despeito das ações de seus pais. São vários os princípios que ordenam a proteção da criança em respeito ao seu desenvolvimento. Assim, os filhos não podem ser penalizados pelas decisões de seus genitores, ainda mais quando da utilização das técnicas de reprodução humana artificial.

Assim mesmo sem falta efetiva de regulamentação específica no que se refere a reprodução assistida, os filhos decorrentes dessa prática estão protegidos constitucionalmente, e não podem sofrer discriminação nem supressão de direitos.

2.3 Efeitos da filiação: nome, alimentos e sucessão

O estado de filho induz a que se mencione a produção de certos efeitos como o nome, o direito a alimentos e o direito a sucessão. No entanto, especificamente no instituto da reprodução assistida *post mortem*, alguns desses efeitos ficaram prejudicados, o que acabaram por criar maiores polêmicas na doutrina, o que veremos mais adiante.

2.3.1 O nome

Dispõe o artigo 16 do Código Civil que toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. O nome é o sinal que caracteriza o indivíduo na família e na sociedade e o diferencia, identifica-o, ao lado de outros elementos de individualização, dos demais membros do grupo.²⁵⁸

Como direito da personalidade, o nome não pode ser renunciado, não pode ser transferido a outrem, é inalienável, não pode ser valorado economicamente e é imprescritível.

Caio Mário da Silva Pereira afirma: *“O Código de 2002 refere-se, no artigo 16, ao direito de toda pessoa ao prenome e sobrenome. Diante do princípio da equiparação*

²⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. São Paulo: Atlas, 2012, p. 223.

²⁵⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.36.

²⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** parte geral. 6 ed. São Paulo: Atlas. Assim dispõe: o nome atribuído à pessoa é um dos principais direitos incluídos na categoria de direitos personalíssimos ou da personalidade. A importância do nome para pessoa natural situa-se no mesmo plano de seu estado, de sua capacidade civil e dos demais direitos inerentes à personalidade. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** parte geral. 6 ed. São Paulo: Atlas, p.185.

*dos filhos e não discriminação, é dado ao filho o direito ao sobrenome dos pais, independente da origem da concepção”.*²⁵⁹

Ainda na lição de Carlos Alberto Bittar:

Dentre as características do nome civil, a par das comuns aos direitos da personalidade, devem ser realçadas: a inestimabilidade (não se pode valorar economicamente, eis que inegociável); obrigatoriedade (uso necessário e mesmo contra a vontade do titular); imutabilidade; irrenunciabilidade (não pode ser afastado pelo titular); oponibilidade a terceiro e à família (em face do traço vinculativo, que permite ao interessado exigir o respeito da família e perante estranhos). Alguns temperamentos são admitidos quanto a esses elementos, em especial a respeito da possibilidade de escolha e de modificações em sua textura (assim, com a mulher casada; o filho; a pessoa com nome exótico), pois o casamento, a adoção, a relação concubinária e a sentença em ação própria (como a de retificação ou de acréscimo de nome) exercem influência decisiva na matéria (desse modo, a mulher pode adotar o nome do marido; a concubina pode pedir a adoção do patronímico do companheiro; o filho adotivo pode ter o nome dos adotantes).²⁶⁰

O filho ao receber seu nome de família recebe uma identificação que o reconhece como daquela família. É pelo nome que o filho sabe sobre sua ascendência e sua origem, e é pelo nome que ele transmite sua identificação.

Isso porque, como já dito, o nome é o sinal que identifica e individualiza a pessoa na sociedade e na família. Ele praticamente nasce com a pessoa e a acompanha durante toda a vida. Não se extingue com a morte, pelo contrário, permanece vivo na memória daqueles que a conheceram.

2.3.2 Os alimentos

Antes do modelo atual de poder familiar pelo qual homem e mulher o exercem conjuntamente, tínhamos o “pátrio poder” exercido tão somente pelo homem. O homem era o cabeça e chefe da sociedade conjugal. Assim cabia ao homem o dever de alimentar sua família.²⁶¹

Porém como o Código Civil de 1916 não permitia o reconhecimento dos filhos à época chamados de “filhos ilegítimos” excetuando-se os matrimoniais eles não podiam ter reconhecida sua filiação nem podiam pleitear alimentos. Foi somente trinta (30) anos após sua entrada em vigor que foi permitido a esse filho, promover, em segredo de justiça, ação de investigação de paternidade, mas o fim desta investigação se dava tão somente para fins alimentares. Reconhecia-se a paternidade, mas não servia para fins de

²⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. 5, p. 388.

²⁶⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 126.

²⁶¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.455.

registro civil, o que só poderia ocorrer caso o genitor viesse algum dia a dissolver seu casamento.²⁶²

Porém com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 em face da igualdade dos filhos restou proibido qualquer tipo de discriminação em relação aos filhos, sejam eles decorrentes do casamento ou não.

Ora, a sobrevivência é direito fundamental da pessoa. E a pessoa que não tem condições de prover por si só a subsistência, em razão de sua idade, doença, incapacidade, impossibilidade ou ausência de trabalho, pode pleitear seu sustento de quem está obrigado por lei.²⁶³

Na lição de Rolf Madaleno:

Devido ao interesse do Estado na proteção da família como base da sociedade, o instituto dos alimentos é considerado de ordem pública, estando escorado o direito alimentar no princípio da solidariedade humana e reconhecendo a legislação civil o recíproco direito aos alimentos entre parentes, cônjuges ou companheiros, para que desfrutem de um mundo de vida compatível com sua condição social.²⁶⁴

Os alimentos têm algumas características que decorrem de sua natureza alimentar. Sendo entre elas a imprescritibilidade, a irrepitibilidade, a incomensabilidade e a irrenunciabilidade.

A imprescritibilidade na exata lição de Rolf Madaleno: “*O direito de pleitear os alimentos é imprescritível e pode ser exercido a qualquer tempo por quem passou a necessitar de alimentos, ainda que o alimentando nunca tenha exercitado seu direito e por mais tempo que tenha passado*”.²⁶⁵

A irrepitibilidade, por sua vez, não há disposição legal da irrepitibilidade dos alimentos; contudo tem sido defendido na doutrina e jurisprudência, com o fim de proteger o alimentando de não ser compelido a devolver prestações alimentares pagas em duplicidade ou que foram indevidamente prestadas.²⁶⁶

A incomensabilidade, no que se refere a incomensabilidade, os alimentos devido a sua natureza alimentar, por disposição legal prevista no artigo 1.707 do Código Civil²⁶⁷, não pode o devedor de alimentos fazer a compensação com outros créditos.

Ensina Rolf Madaleno que:

Permitir a compensação seria autorizar o devedor a gerir indiretamente a vida e os interesses dos alimentandos, normalmente representados pela ex-exposa, ou tão somente a prole, porque esta possibilidade retiraria dos credores de alimentos a livre-administração da vida econômico-financeira, e de determinarem o âmbito das

²⁶² DIAS. Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.456.

²⁶³ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 821.

²⁶⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 823.

²⁶⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 856.

²⁶⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 859.

²⁶⁷ Artigo 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

suas necessidades, para dar espaço a uma intolerável intervenção na autoridade do guardião dos filhos.²⁶⁸

A irrenunciabilidade também está revista no art. 1.707 do Código Civil acima mencionado.

A irrenunciabilidade se dá em decorrência do interesse social previsto no direito a alimentos, sendo ainda os alimentos norma de ordem pública, indisponível e personalíssimo, que tem um fim único de subsistência do alimentando e com o direito à vida.²⁶⁹

Escreve ainda em relação a irrenunciabilidade Rolf Madaleno: “Sendo o direito a alimentos preceito de interesse de ordem pública, sua renúncia prejudica terceiro credor, como por exemplo, uma mãe guardiã que no ímpeto do desgaste psicológico de uma demanda de divórcio litigioso ou de alimentos renuncie ao crédito alimentício da prole por ela representada”.²⁷⁰

Assim a filiação ela deve ser protegida também nesse aspecto, posto que se é fundamental o direito à reprodução, parece que é “mais fundamental”, o direito a alimentos, pois disso decorre, a própria subsistência.

Portanto as normas permissivas de reprodução humana assistida tem que coadunar com o sistema jurídico vigente, não dando vazio, a subterfúgios da lei a fim de se furtar aos alimentos.

2.3.3 O direito sucessório

A Constituição Federal no art. 5º, inciso XXX prevê o direito de herança, sendo ele um direito fundamental assegurado a todos.

O art. 1.798 do Código Civil de 2002, ao tratar da vocação hereditária, dispõe que *legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*.

Então pela letra fria da lei, o filho decorrente da reprodução assistida póstuma, não é herdeiro legítimo, pois não era vivo no dia do óbito de seu genitor.

Diante disso, percebemos, que a regra contida no artigo 1.798 do Código Civil, não está de acordo com os avanços e disposições legais a respeito da reprodução humana assistida. Posto isso, questão controversa há de ser solucionada pela doutrina e jurisprudência no que diz respeito aos direitos sucessórios dos filhos oriundos de reprodução assistida e nascidos após a morte do marido, fora do prazo de 300 dias disposto no art. 1.597, II.

Cabe lembrar que a legislação infraconstitucional prever a reprodução assistida *post mortem*, está previsto constitucionalmente o princípio da igualdade entre os filhos. Não se pode, portanto, admitir que lei infraconstitucional restrinja direitos constitucionalmente protegidos.

Com efeito, os nascidos são aqueles que possuem personalidade jurídica, de acordo com o artigo 2º do Código Civil. Enquanto que os “já concebidos” no entender de Giselda Hironaka, podem ser de duas classes médico-legais a saber: “o feto, que vai da

²⁶⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 862.

²⁶⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 865.

²⁷⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 865/866.

concepção até o início do desalojar o ser do aparelho reprodutor feminino, e o feto-nascente, período que se situa entre o início da expulsão fetal e o momento em que se estabelece vida autônoma.”²⁷¹

Retirar os direitos sucessórios daquele concebido e gerado decorrente da prática de reprodução assistida *post mortem*, não resta dúvida de que viola, os princípios da dignidade humana e do melhor interesse da criança, pois esta, além de ser privada da convivência paterna, será preterida economicamente, o que poderá prejudicar seu desenvolvimento.²⁷²

A doutrina, porém, divide-se em pelo menos quatro (4) correntes acerca dos efeitos jurídicos concernentes à inseminação artificial póstuma.

A primeira corrente não admite nenhum direito ao filho que for concebido *post mortem*, tanto no direito de família como no campo do direito das sucessões. Esta corrente sofreu influência das doutrinas alemã e francesa, que não reconhecem nenhum direito mesmo que a criança, fruto, de técnicas de reprodução assistida “post mortem” exista.²⁷³

Nesse sentido Sílvio de Salvo Venosa sustenta que os filhos concebidos *post mortem* não são herdeiros. Só haveria uma possibilidade de herdar, isto é, na sucessão testamentária, conforme disposição do art. 1.800 do Código Civil:

Os filhos concebidos *post mortem*, sob qualquer técnica, não serão herdeiros. O Atual Código abre uma válvula restrita para essa hipótese, permitindo que unicamente na sucessão testamentária possam ser chamadas a suceder o filho esperado de pessoa indicada, mas não concebido, aguardando-se até dois anos sua concepção e nascimento após a abertura da sucessão, com a reserva de bens da herança (arts. 1799,I e 1800).²⁷⁴

Assim, pela literalidade do art. 1.798 do Código Civil o filho concebido *post mortem* não tem direito a suceder.

A segunda corrente, apesar de não admitir que o concebido postumamente tenha direitos hereditários, confere-lhe direito à filiação, o que é garantida por lei no art. 1597 e incisos do Código Civil.

E embasando essa segunda corrente Guilherme Calmon Nogueira da Gama assevera:

A despeito da proibição no direito brasileiro se eventualmente tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e pressuposto do risco, mas não para fins de direitos sucessórios.²⁷⁵

²⁷¹ HIRONAKA, Giselda. **Comentários ao código civil**: parte especial: do direito das sucessões, v. 20 (arts. 1.784 a 1.856). São Paulo: Saraiva, 2003, p.86.

²⁷² ²⁷² CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Do planejamento familiar e da paternidade responsável na reprodução assistida** – disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos.../2409.pdf>>. Acesso em: 07 fev.2013.

²⁷³ LUCA, Caterina Medeiros de. **O concebido *post mortem* no direito das sucessões**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/caterinaluca.html>. Acesso em: 23 jun. 2012.

²⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 6, p.229.

²⁷⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 733.

Apesar de não se vislumbrar uma proibição expressa no direito brasileiro como menciona o autor acima, cremos que tal proibição decorre por si só dos princípios constitucionais que protegem os direitos da criança.

A terceira corrente é aquela que admite amplos direitos ao filho concebido após a morte do pai, garantido a este filho, o direito sucessório e o direito de ser filho como qualquer outro filho.

Para Caio Mario da Silva Pereira o concebido após a morte de seu pai tem direito a sucessão ele afirma:

Resta saber como semelhante ‘presunção’(rectus ficção) se harmoniza com a regra do artigo 1.798, que apenas reconhece legitimação sucessória às ‘pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão’. Se o filho artificialmente, após a morte do pai, reputa-se concebido ‘na constância do casamento’, seria ele, para os efeitos legais, um nascituro (e não mero *concepturo*), plenamente equiparado ao que, já concebido por um processo natural, apenas não houvesse ainda nascido quando da abertura da sucessão.²⁷⁶

Também vale a pena trazer a lição de Carlos Roberto Gonçalves no mesmo sentido:

São iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “concebido na constância do casamento”, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, parágrafo 6º, da Constituição.²⁷⁷

E ainda a de Maria Berenice Dias:

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. Impensável cercear este direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter às técnicas de reprodução assistida [...] O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*. A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários.²⁷⁸

²⁷⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 6 p. 34.

²⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.58.

²⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 117.

Uma quarta corrente entende que os filhos nascidos por meio da inseminação artificial homologa apenas teriam direitos sucessórios se fossem indicados no testamento, fazendo-se aqui referência ao art. 1.799, I do Código Civil, que prevê a possibilidade de ser chamado a suceder prole eventual de terceiro, fazendo analogia que se pode de terceiro pode do testador, desde que com autorização expressa no sentido da inseminação *post mortem*.

Nesse sentido, manifesta-se Maria Helena Diniz:

Filho póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu pai genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou *ab intestato*. Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca for a vontade do doador do sêmen de transmitir a herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento. Abrir-se-ia a sucessão à prole eventual do próprio testador, advinda de inseminação artificial homóloga *post mortem*.²⁷⁹

O princípio da igualdade entre os filhos, consagrado na Constituição Federal, não admite exceções, desta forma, aquele concebido por meio de inseminação artificial homologa *post mortem* é presumidamente filho do casal, e é considerado de acordo com o art. 1.597, inciso III, do Código Civil, como tendo sido concebido na constância do casamento. Desta forma, devem ser garantidos todos os direitos que os demais filhos possuem, o que inclui o de ser considerado herdeiro legítimo do falecido pai, e isso decorre, de que a legislação infraconstitucional não pode fazer exceções ou diferenças quando a Constituição não o fez.

3. Presunções em Matéria de Filiação no Direito Civil

As novas técnicas de procriação artificial tornaram as presunções tradicionalmente admitidas em matéria de filiação, de certa forma, ultrapassadas.²⁸⁰ Exemplo disso encontra-se na técnica de reprodução assistida, que permite às mulheres estéreis darem à luz, abalando o princípio da “*mater semper certa est*”. Isto requer maior sensibilidade dos julgadores e legisladores nessa questão.²⁸¹

O Código Civil de 2002, ainda que timidamente, tratou da reprodução assistida no capítulo referente à filiação, no artigo 1.597, incisos II, IV e V, como visto nos itens

²⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6 ed. ver. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 550.

²⁸⁰ LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. *In: Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*, v.1, n. 13, abr./ maio/jun., 2002, p. 145.

²⁸¹ MAIDANA, Jédison Daltrozo. O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética. *In: Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*, v.6, n.24, jun./jul., 2004, p. 51.

precedentes, estabelecendo presunções de paternidade decorrentes de métodos de reprodução artificial.

Desta forma, analisaremos, a seguir, as formas de presunções tradicionalmente estudadas como a presunção de paternidade e maternidade e a nova presunção decorrente do método de reprodução assistida.

3.1 Presunção de paternidade

No Código Civil, a paternidade se estabelece de duas maneiras: para os filhos de pessoas casadas entre si, se dá a presunção *pater is est quem nuptias demonstrat*, não importando se decorrente ela da utilização da reprodução artificial; já para os filhos nascidos fora do casamento, há o reconhecimento voluntário ou judicial.

Miguel Reale acompanhando o avanço biotecnológico na área da reprodução assistida inseriu os dispositivos no Código Civil, reconhecendo a presunção aos nascidos por técnicas de reprodução assistida.²⁸²

Rolf Madaleno, por sua vez, leciona que:

Embora tenham desaparecido as designações sobre a legitimidade da prole, quando advinda das chamadas justas núpcias, atualmente todos os filhos são iguais e naturais, não obstante o Código Civil vigente se reporte exclusivamente à filiação matrimonial, quando estabelece no artigo 1.597 os pressupostos de presunção conjugal da paternidade, no sentido de só reconhecer a presunção de paternidade nas hipóteses expressamente elencadas em cada um dos cinco incisos arrolados no artigo 1.597 do Código Civil, ocasião, então, que nascendo um filho na constância do casamento essa prole é presumida por lei, como fruto do matrimônio, e o registro civil da criança pode ser feito por iniciativa da mãe, querendo, bastando provar seu casamento.²⁸³

²⁸² A experiência jurídica, como tudo que surge e se desenvolve no mundo histórico, está sujeita a imprevistas alterações que exigem desde logo a atenção do legislador, mas não no sistema de um código, mas sim graças a leis esparsas sobretudo quando estão envolvidas tanto questões de direito quanto de ciência médica, de engenharia, genética, etc. exigindo medidas prudentes de caráter administrativo, tal como se dá, por exemplo, no caso da fecundação *in vitro*. Em todos os países desenvolvidos, tais fatos são disciplinados por uma legislação autônoma e específica, inclusive nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, nações por sinal desprovidas de Código Civil, salvo o caso singular do Estado da Luisiana na grande república do norte, fiel à tradição do direito francês. Como se vê, a atualidade da nova codificação brasileira não pode ser negada com base em realizações científicas supervenientes, que por sua complexidade extrapolam do campo do direito-civil, envolvendo outros ramos do direito, além, repito, de providências de natureza meta-jurídica. Isto não impede que, ao tratar da presunção dos filhos na constância do casamento, o artigo 1.597 se refira também aos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, e haja referência a filhos “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”, e mesmo aos “havidos por inseminação artificial heteróloga”, desde que tenha prévia autorização do marido. REALE, Miguel. O Novo Código Civil e seus críticos. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm>>. Acesso em: 16/07/2013.

²⁸³ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 500.

Maria Helena Diniz dispõe *em virtude da impossibilidade de se provar diretamente a paternidade, o Código Civil assenta a filiação num jogo de presunções, fundadas em probabilidades, daí estatuir (no art. 1597) que se presumem matrimoniais os filhos concebidos na constância do casamento dos pais.*²⁸⁴

3.2 Presunção de maternidade

A presunção de maternidade deriva da máxima romana “mater semper certa est” e encontra-se presente no Direito Brasileiro, como consequência inevitável de sua origem romano-germânica.²⁸⁵

Como escreve Pedro Manso Cabral *na Roma Antiga, a máxima não era uma presunção, pois significava que a maternidade, como fato biológico notório, estava a salvo de contestação. Hoje, assumiu outro sentido, presumindo-se ser a mãe a mulher cujo nome consta no registro de nascimento.*²⁸⁶

Porém, devido à evolução da ciência médica, que dispõe de técnicas de reprodução humana artificial, é possível a mudança no processo de procriação o que origina outras duas espécies de mãe, a saber: as decorrentes da gestação de substituição ou da doação de óvulos.²⁸⁷

Na gestação de substituição, uma mulher tem em seu útero, material fertilizado de outra mulher ou até mesmo dela, que por alguma razão não consegue levar adiante a gestação. A fertilização ocorre *in vitro* com o óvulo da mulher que não pode levar a gravidez adiante, e o esperma de seu marido ou companheiro. Ocorrida a fertilização *in vitro* o embrião é implantado no útero da mãe de substituição.²⁸⁸

Em que pese esses novos dois tipos de maternidade possíveis por meio das técnicas de reprodução humana assistida, o Código Civil quando disciplina a presunção de paternidade decorrente da reprodução humana artificial, não faz qualquer menção à presunção da maternidade.²⁸⁹

Nesse sentido, escreve Jédison Daltrozo Maidana:

A nossa lei civil, mesmo com a reforma, é de um tempo em que a maternidade sempre era, por razões biológicas, certa e facilmente identificável (*mater semper certa est*). Tanto que os arts. 337 a 351 do Código Civil, que tratam da filiação legítima, sequer se ocupam da matéria. Hoje, com a possibilidade científica de cessão de útero, criopreservação, implante e doação de gametas, e quando desponta o domínio da técnica de

²⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 300.

²⁸⁵ LIMA, Taisa Maria Macena de. **Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas**. In: **Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM**, v.1, n. 13, abr./maio/jun., 2002, p. 145.

²⁸⁶ CABRAL, Pedro Manso. **Paternidade ilegítima e filiação**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 10.

²⁸⁷ LIMA, Taisa Maria Macena de. **Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas**. In: **Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM**, v.1, n. 13, abr./maio/jun., 2002, p. 145.

²⁸⁸ LIMA, Taisa Maria Macena de. **Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas**. In: **Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM**, v.1, n. 13, abr./maio/jun., 2002, p. 146.

²⁸⁹ LIMA, Taisa Maria Macena de. **Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas**. In: **Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM**, v.1, n. 13, abr./maio/jun., 2002, p. 151.

clonagem humana, o princípio *mater semper certa est* encontra-se fortemente abalado.²⁹⁰

3.3 Presunção de paternidade decorrente da reprodução assistida

Ocorrendo a concepção com sêmen que não o do marido (inseminação heteróloga), o vínculo de filiação se dá com a mãe, caso ela seja solteira. E sendo ela casada, por presunção do 1.597, V, do Código Civil, o marido será o pai, desde que tenha consentido na prática da reprodução artificial.²⁹¹

Por disposição legal do 1.597, III, do Código Civil, para reprodução assistida homóloga “post mortem” não há necessidade de autorização do marido, porém o Conselho Federal de Medicina regulamentando a matéria dispõe sobre a obrigatoriedade da autorização do marido para realização da reprodução assistida “post mortem”.

Assim ocorrida a inseminação artificial com sêmen do marido por disposição legal, a presunção da filiação se estabelece.

No mesmo sentido da lei Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz escreve:

Assim, segundo a lei, se o marido consentiu na realização da inseminação artificial com seu material, aceitou a paternidade do filho, independentemente da época da concepção e do nascimento. Dessa feita, os filhos que resultarem de embriões com material genético do marido e da mulher gozam da presunção de paternidade, pois a procedência do material é conhecida.²⁹²

Ao que se percebe a matéria que trata da presunção da paternidade aos filhos nascidos da técnica de reprodução humana assistida vem garantir aos mesmos o direito a filiação. Assim, se nascido de reprodução assistida realizada “post mortem” se houve consentimento do marido, a criança nascida decorrente desta técnica terá o direito de ser registrada com o nome de seu pai. Ressaltamos que em que pese a lei civil não mencionar a necessidade de autorização do pai para realização da reprodução assistida homologa “post mortem”, já estudamos que conforme construção doutrinária e enunciado civil não dá para se presumir que alguém queira ser pai depois de morto, razão pela qual, para maior segurança aos direitos dessa futura criança há a necessidade de autorização para a prática da reprodução assistida “post mortem”.

²⁹⁰ MAIDANA, Jédison Daltrazo. O fenômeno da paternidade **socioafetiva**: a filiação e a revolução da genética. *In: Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*, v.6, n.24, jun./jul., 2004, p. 51. 56

²⁹¹ DIAS Maria Berenice, **Manual de direito das famílias**. 5 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 333.

²⁹² 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. Curitiba: Juruá, 2009, p. 102.

III REFLEXÕES SOBRE AS PRINCIPAIS QUESTÕES ATINENTES A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

1. As novas formas de família e a constituição de famílias monoparentais

Até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família era ditado pelo Código Civil de 1916 que reconhecia somente a família formada pelo matrimônio.

Entretanto, os princípios trazidos pela Lei Maior provocaram uma profunda mudança no conceito de família até então delimitada na legislação ordinária.

Assim quando a Constituição Federal de 1988, reconheceu a união estável e a família monoparental como novas formas de núcleo familiar, inovou e deu nova face ao conceito de família.

Com efeito, foi a Constituição Federal de 1988, em capítulo destacado (Capítulo VII do Título VIII), que ampliou as formas de constituição da família dando proteção àquelas que não se originassem do casamento. Assim reconhece como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, e ainda a família monoparental no parágrafo 4º do artigo 226 dispondo que a “família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. E, em seu parágrafo 4º: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Dessa forma, a família monoparental é constitucionalmente protegida, não podendo sofrer qualquer discriminação, o que não quer dizer que a Constituição tenha acabado por fomentar a sua criação deliberadamente. Isto nós podemos depreender do quanto disposto na Lei nº 8.560/92, que disciplina sobre a averiguação oficiosa da paternidade.²⁹³

Certo é que entendemos que a Constituição Federal no art. 226 reconheceu as famílias monoparentais e não estimulou a criação delas por meio da reprodução assistida. Os princípios e garantias nela previstos quanto ao planejamento familiar, à paternidade responsável e a filiação estão vinculados ao princípio do melhor interesse do menor, que assegura, além do direito à vida e à dignidade, o direito ao convívio familiar.

Maria Claudia Crespo Brauner no que se refere à criação de famílias monoparentais desde à sua origem, escreve que o direito do filho a ter pai e mãe é maior do que os direitos dos solteiros, viúvas, divorciadas e separadas a ter filhos:

[...] Mas, mesmo que se reconheça o direito de homens e mulheres solteiros de recorrerem à inseminação ou fecundação artificial, em primeiro lugar, é necessário que se reconheça o direito do filho de ter um pai e uma mãe. Por essa razão, faz-se necessário exigir como postura ética que a criança concebida através dos meios artificiais, tenha a segurança do biparentesco, para que possa desenvolver-se plenamente.²⁹⁴

²⁹³ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 98.

²⁹⁴ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade**. Porto Alegre: Themis, 1998, p.137.

No sentido de que a constituição de família monoparental não pode excluir direitos da criança temos Heloisa Helena Barbosa que nos alerta sobre a não possibilidade de procedimento que gere um impedimento de estabelecimento da paternidade. Com efeito, a autora desaconselha à reprodução assistida no caso de mulheres solteiras, viúvas ou que não vivam em união estável:

Em resumo, deve ser reconhecido à mulher não casada, como se evidencia da Lei 9.263/96, o direito ao planejamento familiar, podendo valer-se inclusive das técnicas de reprodução assistida, desde que, em decorrência da técnica utilizada, não se impeça ou inviabilize o estabelecimento da paternidade, como na hipótese de fertilização com material do doador.²⁹⁵

Pode-se argumentar que hoje sobrevivem muitas famílias sem a figura paterna, porém tais desarranjos são resultados de relacionamentos que não deram certo; porém o que se delimita como coibição é que desde o início a família seja pautada sem a figura do pai. Assim reforçamos que estas famílias, que servem de fundamento para aqueles que sustentam que há muitas famílias sem a figura paterna, não escolheram desde o início se formarem desta forma, em algum instante da vida delas isso se fez necessário, o que não se quer dizer que isso é um exemplo a ser seguido. Até porque repita-se, começaram como família onde tinham a figura paterna e materna, desde a sua concepção. Agora o que não concebe é que, em havendo o rompimento desta família em razão da dissolução da sociedade conjugal, ou até mesmo da morte do marido, que elas fiquem em situação de discriminação, aí entendemos a razão pela qual veio a norma que regulamentou a família monoparental. Assim não há dúvida pelo que depreendemos que referida norma é decorrente da dignidade da pessoa humana e também da igualdade que deve reger as relações pessoais.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves asseveram que existem vários tipos de famílias monoparentais a merecer proteção pelo ordenamento jurídico. Vejamos:

Atualmente, a tendência é dissociar-se a família parental da família conjugal, ou seja, a separação, o divórcio, a dissolução da união estável geram uma dissociação entre o casal, mas não entre o pai ou mãe em relação aos filhos. Esse laço é eterno, porquanto é construído a cada dia, sedimentado na convivência e nos cuidados cotidianos. Por isso, a família parental ganha especial relevo no contexto dos vários tipos de relações familiares: as uniões estão cada vez mais frequentes; temos a figura da mãe solteira, que pode ser voluntária ou involuntária; a viuvez; a adoção, possível para o solteiro, separado, divorciado ou viúvo, além da separação e do divórcio. Todas essas situações geram tipos de famílias monoparentais.²⁹⁶

De se esclarecer com isso que tais autores não citaram a reprodução “post mortem” como geradora de uma nova forma de família monoparental.

²⁹⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à procriação e as técnicas de reprodução assistida. In.: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Org.). **Grandes temas da atualidade. bioética e biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.166.

²⁹⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 127.

Eduardo de Oliveira Leite escreve que as famílias monoparentais que se encontram sob a proteção constitucional são aquelas que nasceram de situações de divórcio, viuvez etc., não sendo razoável entender-se que a Lei Maior permitiu deliberadamente a constituição única e simplesmente da família monoparental originariamente.²⁹⁷ Agora pergunta-se: é legítima a norma que permite, a criação da família monoparental e não a sua regularização, o nascimento de filho sem garantia sucessória, a afronta ao princípio da paternidade responsável, o descaso ao princípio do melhor interesse da criança, pois, não se vislumbra que possa se pretender que o melhor interesse da criança seja respeitado quando na verdade, permite-se que ela nasça sem pai, sem herança ferindo a proteção integral a que o sistema introduziu como norma padrão. Posto isso fica claro, que a constituição da família monoparental em sua origem fere princípios essenciais à proteção da criança para que se desenvolva plenamente. Assim se a mulher, divorciada, viúva ou solteira vier a se submeter a reprodução por meio de inseminação com material doado, estará negando de pronto ao filho, o direito à paternidade, que no decorrer do trabalho estudamos ser um direito fundamental, entre outros direitos. Assim, entendemos que, as diversas formas de reprodução humana assistida devem ser utilizadas quando não houver nenhuma outra opção para a realização do projeto parental. Por isso a inseminação *post mortem* não deve ser admitida, pois o direito à filiação está acima do direito à procriação, não podendo o desejo de ter filhos ferir os direitos da personalidade do menor.

2. Da inconstitucionalidade da reprodução assistida “post mortem” frente ao direito da criança à convivência familiar

O art. 1.597, inciso III, do Código Civil, como vimos trouxe a possibilidade de se atribuir a paternidade àquele que consentiu em reproduzir-se em vida, mesmo após à sua morte.

Porém referido dispositivo como vimos só trata do aspecto da paternidade. Entretanto no que se refere às técnicas de reprodução assistida, o que se verifica é a ausência de regulamentação jurídica específica.

Quando uma mulher põe em prática seu desejo de procriar, apesar de morto seu marido, parece-nos, que pelos princípios que devem pautar a vida desta futura criança ela está ferindo princípios básicos de convivência e de estruturação desta criança.

Ora, em tempo de responsabilização por falta de afeto do pai vivo, será que podemos realmente falar de reprodução assistida *post mortem*?

Pensamos que não. E não há dúvida que o legislador aqui, andou mal. Querendo estar à frente, pretendendo deixar entender que acompanhou o avanço da biotecnologia, prevendo o instituto da reprodução assistida “post mortem”. Porém, sequer legislou sobre questões básicas do ordenamento jurídico, como a sucessão. Ademais, infringiu o princípio da igualdade dos filhos, que após a Constituição de 1988, proibiu qualquer discriminação dos filhos, colocando em cheque o princípio da segurança jurídica, isso falando em questões patrimoniais. Que dirá ao nos referirmos às questões de afeto. Assim escreve, Sérgio Eduardo Nick: *Sabemos hoje que é muito importante para a criança ter em mente um casal de pais em que ela possa espelhar-se. Quanto mais*

²⁹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.354.

*saudável e harmônico esse casal parental, mais crescem os índices de saúde mental nessas crianças.*²⁹⁸

Não há dúvida que os direitos sexuais e reprodutivos são assegurados por lei como direito fundamental à reprodução. Porém uma lei para discipliná-los deve espelhar o princípio da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança, da paternidade responsável e do direito fundamental da criança à convivência familiar. O art. 1.597, inciso III, da lei civil, ao permitir a reprodução assistida “post mortem” feriu princípios e garantias constitucionais que pugnam pela sua inconstitucionalidade. Certo é que o legislador permitiu referida reprodução, mas, não se ateu aos direitos comuns a todos os filhos, direito este que foi introduzido quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, quando positivou o princípio da igualdade dos filhos não importando sua origem, ou seja, sem que seja feita qualquer discriminação. Assim é a lição trazida por Lucia Maria Teixeira Ferreira que menciona a importância dos pais na criação dos filhos:

Dentre todas as relações fundamentais para aquela criança agiganta-se, pela primordial importância, a relação com seus pais e, se considerarmos o tipo de sociedade em que vivemos, não podemos deixar de destacar o papel histórico e a relevância econômica e política que o pai ocupa na família.²⁹⁹

O Art. 1.597, inciso III, do Código Civil quando permitiu a reprodução artificial homologa *post mortem*, além de criar uma situação que atenta para com os princípios da paternidade responsável, do melhor interesse da criança, do direito a convivência familiar, não dispôs de um sistema jurídico eficiente que protegesse a criança fruto dessa reprodução.

Nesse sentido dispõe Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

A norma constitucional reconhece que o direito ao planejamento familiar – aliás como ocorre com todos os direitos fundamentais – não tem caráter absoluto, podendo ceder na eventualidade do seu exercício, se representar inobservância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.³⁰⁰

E ainda no mesmo enfoque de interesse ao desenvolvimento da criança após o seu nascimento afirma o referido autor:

Como visto, há evidente preocupação não apenas com as pessoas já existentes, mas também com as futuras pessoas – como serão os embriões *in vivo* ou *in vitro* após o desenvolvimento normal e sadio no útero da mulher. Assim, a despeito de não existir a condição de pessoa relativamente aos embriões, a Constituição de

²⁹⁸ NICK, Sérgio Eduardo. **Guarda Compartilhada**: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: BARRETO, Vicente (Coord.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 354.

²⁹⁹ TEIXEIRA, Lucia Maria Ferreira. **O melhor interesse da criança um debate interdisciplinar**. Tutela da filiação. Coordenação Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 254.

³⁰⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 448.

1988, especialmente, impõe limites em atenção à futura pessoa no contexto contemporâneo, o que representa mudança de enfoque a respeito da noção de responsabilidade jurídica, que desse modo passa a se relacionar também com o futuro da humanidade e, portanto, com as próximas gerações.³⁰¹

Importante conclusão da Conferência de Cairo³⁰² trouxe atribuições à mulher e ao homem como papel fundamental na educação da criança. Isso posto, qualquer disposição contrária, não há dúvida, atentar-se contra o melhor interesse da criança. O que parece difícil imaginar, é que uma criança concebida de pai já falecido, tenha seus direitos fundamentais respeitados. Vejamos o esclarecimento do tema trazido por Flavia Piovesan no sentido de que tanto pai quanto a mãe tem um papel fundamental na criação dos seus filhos:

Às mulheres deve ser reconhecido o direito de liberdade de opção e a responsabilidade social sobre a decisão pertinente ao exercício da maternidade com direito à informação e direito a ter acesso aos serviços públicos para o exercício de tais direitos e responsabilidades reprodutivas -, ao passo que aos homens devem ser reconhecidas responsabilidades pessoal e social pelos comportamentos de índole sexual que repercutem na saúde e bem-estar das mulheres e dos filhos que geraram com elas.³⁰³

Portanto, assevera-se que referido procedimento permitido pelo Código Civil afronta as normas constitucionais pátrias e os tratados internacionais, posto que, fere o princípio da paternidade responsável, além do que não está em sintonia com o princípio do melhor interesse da criança face a doutrina da proteção integral adotado no texto Constitucional. É nesse sentido que escreve Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Assim, as técnicas de reprodução humana medicamente assistida, como a inseminação artificial, somente são legítimas e constitucionais, desde que haja efetiva necessidade da adoção de qualquer umas das técnicas, combinado com o elemento anímico para o estabelecimento do vínculo paterno-materno-filial no contexto dos princípios da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da futura criança.³⁰⁴

Não podemos esquecer, contudo, que no caso de conflitos de dignidade da pessoa humana frente a tudo que estudamos, não resta dúvida de que deve prevalecer a dignidade daquele que poderá vir a nascer, posto que, o princípio do melhor interesse da

³⁰¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.449.

³⁰² A partir da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, conhecida como Conferência do Cairo, a questão dos direitos reprodutivos das mulheres tornou-se um parâmetro para os debates e resoluções na área de políticas populacionais.

³⁰³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 446.

³⁰⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 452.

criança e do adolescente veio como garantia de um desenvolvimento saudável diante de sua posição de pessoa em desenvolvimento.

Desse modo, o direito de exercício ao planejamento familiar deve seguir parâmetros que protejam a prole futura, respeitando à dignidade humana do ser que virá a nascer, assim no dizer de Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Tal circunstância é demonstrativa de que a dignidade da pessoa humana daqueles que exercem o direito ao planejamento familiar – voluntariamente ou com base no risco – não configura princípio absoluto, pois a ele se contrapõe a dignidade da pessoa humana do filho concebido e nascido em virtude da procriação daquele casal. Há, desse modo, o conflito de dignidades da pessoa humana que, em regra, deve ser solucionado em favor daquela que poderá vir a nascer. Dessa forma, considerando o princípio do melhor interesse da criança, tal como visto, resta evidenciado que o interesse a ser protegido é o da criança e não de seus pais.³⁰⁵

Com efeito não há dúvida que a reprodução artificial humana *post mortem*, ainda que autorizada em vida pelo marido, viola o princípio do melhor interesse da criança, visto que esta não gozará da companhia do genitor falecido, daí resultando eventuais transtornos psicológicos e sociais.³⁰⁶

Sabemos que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, porém esse direito não é absoluto como nenhum outro é. Ademais, quando da morte do pai, fica bem claro que nem planejamento familiar há mais. Pois a decisão de ter um filho que decorre do direito fundamental do livre planejamento familiar, se desdobra em muitas facetas, e apenas uma delas é a decisão, existindo outras fases até a concretização desse projeto, e isso passa pelo diagnóstico, pré-natal, nascimento e criação, etc.

Nesse sentido, apontamos o entendimento de Valéria Silva Galdino Cardin, para quem *as técnicas de RA só devem ser utilizadas quando não houver nenhuma outra opção para a realização do projeto parental, e não como forma alternativa de reprodução, porque o direito à filiação está acima do direito à procriação.*³⁰⁷

Dito isso, esclarecemos que no caso do falecimento do marido, não há falar, que a viúva está sem opção de realizar o desejo de se ter um filho, pois à viúva resta a opção de voltar a se casar. O que difere em muito das razões de infertilidade para que veio esse avanço biotecnológico na área da reprodução humana assistida.

John Gottman, baseado em estudos sobre a convivência familiar, afirma que a interação da mãe com os filhos possui efeitos significativos, especialmente no que tange à flexibilidade e harmonia na disciplina dos mesmos. A influência do pai, contudo, pode ser muito mais extrema, sendo este efeito positivo ou negativo, e que o pai, tem um

³⁰⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 464.

³⁰⁶ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Do planejamento familiar e da paternidade responsável na reprodução assistida** – disponível em: www.publicadireito.com.br/compendi/manaus/arquivos.../2409>.pdf. Acesso em: 07 mar. 2012.

³⁰⁷ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Do planejamento familiar e da paternidade responsável na reprodução assistida** – disponível em: www.publicadireito.com.br/compendi/manaus/arquivos.../2409>.pdf. Acesso em: 07 mar. 2012.

papel fundamental no desenvolvimento da personalidade dos filhos e qualidades como a capacidade de assumir riscos e a independência.³⁰⁸

Assim não podemos fazer vista grossa ao papel que pode ser desempenhado pelo pai quando está presente.

Claudete Carvalho Canezin escreve que:

Para a criança se sentir amada incondicionalmente é necessário, acima de tudo, que ela seja respeitada dentro de sua individualidade, ou seja, a criança deve ser aceita tal como ela é. Um filho não foi concebido para realizar os desejos de seus genitores; deve possuir individualidade própria com desejos próprios.

Mesmo sendo apenas uma criança, ou um bebê, essa vida merece ser tratada com respeito a sua dignidade humana, que é o que lhe diferencia dos demais seres.

A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade”.³⁰⁹

Ora, permitir a reprodução assistida “post mortem” mais parece retroceder, tendo em vista que antes o papel de educação e guarda cabia à mãe; na sociedade moderna, essa tarefa incumbe aos dois: deve o pai participar ativamente da educação e da vida da criança.³¹⁰

Ainda corrobora este entendimento Antonio Ezequiel Inácio Barbosa se valendo dos ensinamentos de LACAN:

A psicologia, principalmente a partir dos escritos de LACAN, ensina que o preenchimento da necessidade de presença paterna é essencial para o desvencilhamento da verdadeira simbiose em que se configura a relação entre mãe e filho. É a partir do interdito paterno, operando como limitador para o filho, que se desencadeia a construção da identidade própria e da autonomia da criança. Ocorre que o pai, figurando entre a mãe e o filho, faz com que neste brote a noção da relativização do desejo, indispensável para a capacidade sábia de sujeitamento a normas, quer sociais quer jurídicas.³¹¹

Pode-se cogitar ainda, que a figura masculina não precisa ser diretamente o pai. Porém, na prática, se uma mulher faz uma inseminação *post mortem* de seu marido, dentro desta atitude, percebe-se que ela nutre um amor que venceu até a morte, a ponto de querer ter um filho dessa relação que não mais existe. Posto isso, não imaginamos num primeiro

³⁰⁸ GOTTMAN, John. **Inteligência emocional**: a arte de educar nossos filhos. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998, p.56.

³⁰⁹ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. In: **Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM**, Porto Alegre: Síntese, v.1, n.36, jun./jul./2004, p. 77.

³¹⁰ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. In: **Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM**, Porto Alegre: Síntese, v.1, n.36, jun./jul./2004, p. 80.

³¹¹ BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio. Ao encontro do pai. In: **Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM**, Porto Alegre: Síntese, v.4, n. 16, jan./fev./mar.,2003, p. 64.

momento, que haverá alguma figura masculina para fazer o “papel de pai”, não com os deveres e obrigações que a um pai é atribuído. Fosse assim, seria mais fácil que fosse ele o genitor.

Ainda mais há de sopesar que o interesse da mãe quando se tem um filho do falecido não é de recomeçar de pronto com outra pessoa, porque como explicaria ela a esta, que deseja estar com ele, mas que quer ter um filho do morto?

Não se quer, contudo, entender a reprodução *post mortem*, como a vilã, do ordenamento jurídico civil, no âmbito da reprodução humana, mas há princípios a serem respeitados, e parece-nos que não dá para conciliá-la com eles. Dito isso, a entendemos frágil demais para aplicá-la. Salta-lhe aos olhos a insegurança que esse dispositivo traz ao ser que virá ao mundo. Assim entendemos que ter vontade de ter um filho com o marido, parece o curso natural da vida, porém também é o curso natural da vida, que um dos dois venha a falecer, as decisões que eram tomadas em família depois da morte não mais existirão. Assim entendemos que para alguns pode ser frustrante o desejo acabado de formar família com a morte do *de cuius*, porém, não temos controle da vida, não sabemos o dia de morrer.

Anna de Moraes Salles Beraldo leciona, no sentido de que compreende o desejo da viúva de ter um filho de seu falecido marido, porém há ponderações a se fazer: *Esse desejo é até compreensível, principalmente quando o projeto parental do casal estava em andamento e foi interrompido subitamente por uma doença ou um acidente fatal. Todavia, ao lado do desejo dos pais, deve-se ponderar os direitos da criança a nascer.*³¹²

A citada autora ainda escreve:

Não obstante se compreender a angústia da perda do marido e a vontade de continuar esse projeto parental, é de se ponderar se os prejuízos para a criança serão maiores do que o desejo daquela futura mãe e da família do falecido. Não se pode esquecer que o menor tem absoluta prioridade de proteção e, uma vez verificado que haverá malefícios para ele, a reprodução assistida *post mortem* não deve ser realizada.³¹³

Dessa forma, fica fácil compreender que o dispositivo que permitiu a reprodução assistida *post mortem* traz um fator de degradação na vida da criança que vai nascer, não se concebendo num primeiro momento qualquer vantagem de nascer fruto dessa relação. Ademais, pelos princípios que aqui estudamos, verificamos que tal procedimento está fora dos padrões aceitáveis para que se possa considerá-lo aceitável dentro de um ordenamento que prive pelos direitos fundamentais.

E como afirma João Baptista Villela: *Se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.*³¹⁴

Ora não há dúvida que o morto não terá nenhuma participação no ato de amar e servir.

³¹²BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 98.

³¹³BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 100.

³¹⁴VILLELA, João Batista. **Desbiologização da paternidade**. Separata de Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21 (nova fase), maio 1979.

Podemos afirmar ainda que o ato de ser mãe cede lugar a qualquer forma de egoísmo, pois o ato de se doar a um filho, de cuidá-lo e de alimentá-lo, dentre outros, requer da mãe que ela abra mão de alguns anseios e desejos próprios, o que ao que parece é diversamente contrário ao ato de uma mãe que quer engravidar de um marido morto. Pois com tal ato, não vislumbramos que esteja pensando na criança que irá nascer, mas sim em suprir um vazio que a vida lhe proporcionou. E diante disso trazemos a lição esposada por Débora Gozzo que corrobora o quanto descrito acima:

Seria o caso de se refletir sobre a conveniência ou não de ssa prática, que pode servir eventualmente a meros propósitos patrimoniais, a um sentimento egoísta, do genitor sobrevivente, em que querem a todo e qualquer custo, ter um filho de seu cônjuge falecido, aparentemente desconsiderando os interesses da pessoa que nascer.³¹⁵

Nesse sentido salienta ainda Eduardo Oliveira Leite que:

[...] Quer a nível psicológico, quer a nível ético, quer a nível jurídico, a inseminação artificial, não foi desenvolvida para atender a interesses egoísticos, mas a tão precipuamente, com vistas a corresponder a um projeto parental. Portanto, diante do risco de ficar sem pai, melhor é vedar-se projetos de reprodução assistida a estas categorias individuais.³¹⁶

Parece que a insatisfação é tão grande diante do evento morte que a vida lhe proporcionou que foge do controle as emoções ao ponto de cegá-la e levá-la a pensar só nela que não aceita a ideia de ter seu projeto de filiação com determinada pessoa rompido pela morte.

Com as adversidades da vida não se briga; forte é aquele que as leva com dignidade respeitando a dignidade do próximo, ainda mais se esse próximo, é o seu filho que irá nascer. E é assim que tem que ser desde o começo da vida. Pois não é o espermatozoide mais forte que consegue fecundar o óvulo?

Diante desses argumentos me vem à tona um filme chamado “Minha Vida”. Nele é relatado, história de um homem que casado, e estando sua mulher grávida, ele descobre que tem câncer num estágio terminal, ao ponto, de que sua expectativa de vida, não chega a que conheça seu filho. Diante da angústia de não poder participar, da criação de seu filho, ele nesses últimos de vida que lhe resta, começa a fazer um vídeo, ensinando algumas coisas básicas para seu filho, o que faria caso estivesse vivo, ele chega até o estágio de fazer uma filmagem ensinando seu filho a se barbear, dentre outros ensinamentos. Assim como se entender que ao pai não é dado nenhum papel na criação de seu filho.

Diante do exposto parece ser fácil perceber-se a inconstitucionalidade do art. 1597, inciso III da lei civil, ou não?

³¹⁵ GOZZO, Débora. Bioética, direitos fundamentais e a reprodução humana. *In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 15, v. 30, jul./dez/2012.

³¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.354.

Cumpra ainda ressaltar que no caso da Resolução de nº 2013/2013³¹⁷ do Conselho Federal de Medicina, uma mulher solteira pode se submeter ao processo de reprodução assistida. Porém em que pese tal resolução permitir a referida prática, Eduardo de Oliveira Leite assevera:

É sabido que a família que o legislador tem interesse em garantir à criança é formada por pai e mãe; quando é regra dominante da ética mundial contemporânea não admitir o recurso à procriação artificial movido por puro egoísmo, mas sempre como resultado de um projeto parental (de pai e mãe, de casal, portanto) tendente a contornar problemas oriundos da infertilidade, ou da esterilidade humanas.³¹⁸

Outra questão, que podemos levar em consideração, e até pode se apresentar grave, é a de que os avós paternos podem ser contra a geração de um neto nessas condições, o que afetaria mais ainda a criança, podendo até mesmo lhe ser cerceado o direito à convivência com os familiares de seu pai.

Por isso, Heloisa Helena Barbosa sustenta que se deve considerar uma eventual posição da família do marido, que poderá impugnar a utilização do esperma do falecido.³¹⁹

Ora, não se pode dar guarida a uma técnica que pode levantar a possibilidade de que a família do “de cujus” possa vir a impugnar a utilização do esperma, como acima sustentado. Imaginemos a situação de possibilidade dessa impugnação, e na hipótese de que ela seja julgada improcedente, prosseguindo a mulher no seu projeto de ter esse filho, será que terá essa criança ao nascer, avós paternos, satisfeitos com o seu nascimento?

De certo que o nascimento de uma criança deve ter a proteção, ao menos em princípio, pela lei, de que seus direitos serão resguardados, a fim de que não sofra qualquer discriminação em decorrência da sua forma de vir ao mundo, sob pena de retrocedermos naquilo que já evoluímos.

Assim não podemos negar que, se os avós paternos forem contra, isso trará ainda mais consequências desastrosas à criação deste filho. Ou será que também é dispensável a figura dos avós? Sem pai sem família, como se pretender dizer que essa criança será feliz só com a mãe?

Será mesmo que o risco de se ter um ser humano sem seus direitos fundamentais respeitados é menor do que o desejo de se ter um filho com alguém que já morreu? Quantas perguntas difíceis surgem com a análise do presente tema. Talvez hoje não tenhamos respostas negativas para a reprodução assistida “post mortem”, principalmente para àqueles que acham que não há nenhum mal na referida técnica. Porém, o ser fruto desse projeto parental interrompido pela vida em razão da morte do “de cujus” ao nosso ver, possa bem responder com pesar o prejuízo que foi ter vivido sem ter conhecido seu pai.

³¹⁷ Resolução nº 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina: “II – Pacientes das técnicas de RA: 1 – Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente”.

³¹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Repensando o direito de família**. Procriações artificiais: bioética e biodireito, p. 154.

³¹⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo código civil. In.: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002. Belo Horizonte, Del Rey, 2005, 2004, p. 239.

3. Afeto e a reprodução “post mortem”

O avanço biotecnológico no sentido de fornecer meios às pessoas que estão impossibilitadas de gerar filhos é louvável em seus aspectos. E nisso o direito tem por obrigação acompanhar os fatos. Com isso, como vimos anteriormente, se a forma natural para reprodução humana for inviável, podemos nos utilizar da ciência para nos valermos da realização do desejo de perpetuação da espécie.

No entanto, parece-nos que ao nos posicionarmos contra a reprodução humana assistida “post mortem” não estamos barrando a evolução a ponto de sermos chamados de retrógrados. A reprodução humana assistida como um aliado ao direito de perpetuar-se, é totalmente legítimo. Porém reproduzir-se “post mortem” não é avanço, muito pelo contrário, fere princípios protegidos constitucionalmente, os quais estudamos no primeiro capítulo deste trabalho.

Com efeito, o estado de filho, cada vez mais deixa de ser algo que se recebe geneticamente para ser algo que se constrói diariamente ao longo dessa convivência, com a participação plena de seus familiares.³²⁰

Assim é que, se tomarmos como exemplo o princípio da paternidade responsável. Onde fica a responsabilidade do morto, para com seu filho, com a utilização da reprodução “post mortem”? E no que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, onde pode se dizer digno nascer sem pai, de caso pensado? E, ainda, em análise do princípio do melhor interesse da criança, quem pode nos dizer que é melhor para criança nascer sem pai, desde antes de sua concepção? E no respeito ao princípio da proteção integral, quem pode dizer que estamos dando proteção integral a essa criança?

Assim não negamos o avanço biotecnológico no sentido de reproduzir-se quando de forma natural se tornou inviável; o que colocamos a baila é o sentimento egoístico de se colocar no mundo uma criança ferindo todos os princípios que aqui estudamos. Os princípios da igualdade dos filhos, da paternidade responsável, do melhor interesse da criança decorrente da doutrina da proteção integral, do direito à convivência familiar não são letras mortas, são direitos fundamentais conquistados, e devem ser aplicados. E parece-nos que não há dificuldade nenhuma em se observar isso.

Elisabeth Schreiber nos esclarece sobre a importância da família para o desenvolvimento da criança: *O papel da família é, pois, de significado incontestável para o desenvolvimento sadio da criança. Uma família centrada no afeto, seja qual for a sua composição externa, saberá lidar com os problemas da vida moderna e com as frustrações psicológicas que a todos alcançam, para administrá-las com equilíbrio.*³²¹

A partir do exposto, como se pretender pessoas saudáveis psiquicamente e de caráter, se o que se apresenta como solução para perpetuação vai contra a dignidade da pessoa humana? Vai contra o afeto?

Nesse sentido é que Heloisa Helena Barbosa questionou o novo papel da família no mundo contemporâneo. Vejamos:

Qual a função atual da família? Se é certo que ela é a base da sociedade, qual o papel que a ela cumpre desempenhar, já que não tem mais funções precipuamente religiosa, econômica ou política como

³²⁰ MAIDANA, Jédison Daltozo. O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética. *In: Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*, Porto Alegre: Síntese, v.6, n.24, abr./jun.,1990, p. 64.

³²¹ SCHREIBER, Elisabeth. **Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 49.

outrora? Qual a base que se deve dar à comunidade familiar para que alcance a tão almejada estabilidade, tornando-a duradoura? Devemos reunir todas essas funções ou simplesmente considerar o seu verdadeiro e talvez único fundamento: a comunhão de afetos?³²²

Certo é que, como no dizer de Jédison Maidana não basta só o fornecimento do material genético:

O verbo criar não se limita nas estreitezas do ato do gozo e da fecundação, colhido na medíocre visada genética. O ser humano não é criado apenas pelo encontro dos gametas para a formação do zigoto, tampouco pelo acidente biológico da divisão celular. Ao contrário, a criação estende-se indefinidamente no desenvolvimento do embrião, do feto, da criança, do adolescente, do adulto, do velho, numa construção contínua e progressiva do ser humano em suas mais complexas concepções.³²³

Jédison Maidana escreve que *pai, antes de tudo, é um adjetivo que qualifica aquele que é o amigo, o confidente, o protetor. Pai é o provedor de princípios morais, de condições de vida e sobrevivência. É o orientador, o grande herói de sua criança e, oxalá, também o adulto moldado através do seu exemplo.*³²⁴

É certo, que na reprodução assistida *post mortem* nenhum desses atributos dirigidos ao pai serão observados pois tais condutas decorrem da convivência do pai com o filho em situação de afeto.

Rodrigo da Cunha Pereira assevera com propriedade que *o que é essencial para a formação do ser, para torná-lo sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que alguém ocupe, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e mãe.*³²⁵

Por sua vez, a figura de pai e de mãe para uma criança é aquela com quem ela tem relações sentimentais, afagos, colo, abraços, beijos, palavras de carinho e encorajamento etc.

Jaqueline Filgueiras Nogueira, assegura que:

Pode-se dizer que existem dois momentos referentes à filiação: um fisiológico, que determina a filiação biológica, e um psicológico, que determina a filiação afetiva, sendo esta decorrente da criança se sentir segura e desejada. Os próprios pais biológicos podem ser os que atendam as necessidades psicológicas, mas, quando estes são ausentes e não estabelecem vínculos com a criança, são para os sentimentos dela, simplesmente estranhos.³²⁶

³²² BARBOZA, Heloisa Helena. **Novas tendências do direito de família**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n. 2, p. 232, 1994.

³²³ MAIDANA, Jédison Daltrozo. **O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética**. In: **Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM**, Porto Alegre: Síntese, v.6, n.24, abr./jun.,1990, p.56.

³²⁴ MAIDANA, Jédison Daltrozo. **O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética**. In: **Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM**, Porto Alegre: Síntese, v.6, n.24, abr./jun.,1990, p. 72.

³²⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 62-63.

³²⁶ NOGUEIRA, Jaqueline Filgueiras. **Filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 86.

Com efeito, nos dias de hoje cresce na doutrina a busca de indenização por falta de afeto dos pais em relação aos seus filhos. Então como se pretender trazer ao mundo uma criança que terá desde a sua concepção de conviver com a falta de afeto do pai? Nesse sentido transcrevemos:

Se a omissão de dever dos pais atingiu o desenvolvimento da personalidade do filho, a indenização deve ser no valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa corrigir ou amenizar o seu problema psicológico, mediante tratamento terapêutico adequado, por profissional competente na área.

Só quando não é possível o tratamento terapêutico adequado e específico para reparar o dano, voltando a vítima ao *status quo ante*, é que deve ser fixada a indenização em dinheiro, pois o afeto e o dinheiro são grandezas diferentes e não devem se compensar diretamente.³²⁷

Assim, diante da ainda tímida possibilidade do filho buscar indenização por falta de afeto, é possível que esse filho fruto da reprodução assistida *post mortem* possa buscar indenização por não ter recebido afeto de seu pai, e nesse caso, seria a ação direcionada a sua mãe que foi a causadora imediata para que isso viesse a ocorrer. No sentido da busca da possibilidade de indenização temos:

Da mesma forma que não podemos dimensionar e valorar o amor, não podemos calar diante da omissão dos pais que insistem em gerar filhos sem reconhecer que se trata de uma criança-cidadã, devendo ser oriunda de uma família-cidadã, salvaguardada por uma constituição-cidadã.³²⁸

Por isso, temos que os pais têm o dever de criarem pessoas independentes e responsáveis. Para que isso aconteça, contudo, é necessário afeto, proteção, exemplo, e para que tudo isso se concretize é necessário se estar presente. Não é só sustentar e pagar alimentos, para que se desobrigue da função de pai, e no caso de reprodução assistida “post mortem” nem há que se falar em pagamento dos alimentos, mais sim tão somente do fornecimento do material genético. Porém, muito pelo contrário se faz necessário o exercício da paternidade e maternidade em sua plenitude e para tanto há necessidade de tempo, dedicação e trabalho constante. Só assim garantiremos que a criança que esteja em fase de crescimento, tenha seus valores firmados e o desenvolvimento de sua personalidade preservado.³²⁹

Dessa forma, percebemos, que é no mínimo primário não enxergar que a reprodução “post mortem” é contrário ao bem-estar da criança, desrespeitando todo o sistema que

³²⁷ COSTA, Maria Isabel Pereira da. **Família: do autoritarismo ao afeto: como e a quem indenizar a omissão do afeto?** In: **Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM**, Porto Alegre: Síntese, n. 1, abr./jun., 1999, p. 38.

³²⁸ SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valorização do eleo perdido ou não consentido. In: **Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM**, Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 35, abr./maio, 2006, p. 76.

³²⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. Responsabilidade civil: responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. In: **Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM**, Porto Alegre: Síntese, n. 32, nov./dez, 2005, p. 139.

foi construído ao longo dos anos com o enaltecimento dos direitos fundamentais, ainda mais nos dias de hoje, com a valorização do afeto nas relações familiares.

Resta, pois, evidente que reprodução assistida “post mortem” e afeto não andam juntos, lamentando-se que haja previsão jurídica neste sentido.

Assim é que o ato da reprodução “post mortem” cria na criança inegáveis carências afetivas, traumas que se agravam ao longo de sua existência, trazendo prejuízo mental, físico e social do filho, que tem que conviver com uma situação que não criou. Muito pelo contrário! Quem tinha obrigação de protegê-lo é que o colocou nessa situação de desvantagem desde seu nascimento, privando-o do afeto do pai, experimentando desde cedo a sensação de um falso repúdio por parte deste.

E nesse sentido escreve Ana Carolina Brochado Teixeira que *a ausência e o descompromisso de um genitor podem originar danos aos filhos, principalmente no que tange à sua integridade psíquica, ao deixar uma lacuna em sua vida.*³³⁰

Isso posto, parece não haver dúvida de que o inciso III, do artigo 1.597 do Código Civil, além de ferir princípios constitucionalmente enaltecidos, impede que a criança possa desfrutar do afeto que abarca as relações familiares saudáveis entre pais e filhos, pois a criança deve ter garantido um ambiente familiar com afeto necessário para um desenvolvimento físico, psíquico e sentimental adequado.

4. A ética da medicina e ciências biológicas

O avanço da ciência biológica e as descobertas na área de reprodução assistida humana têm causado grandes polêmicas e entendimentos desencontrados sobre sua utilização.

Como vimos, depois da Segunda Guerra Mundial, a utilização de experimentos científicos humanos tiveram que tomar novos rumos por conta das barbáries cometidas com seres humanos. Assim foi elaborado o Código de Nuremberg em 1947, que regulamentou de forma humanitária normas de pesquisas com seres humanos. Daí em diante foram criadas outras declarações e diretrizes a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem (1948), Declaração de Helsinque (1964), Acordo Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966), Propostas de Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisa Biomédica Envolvendo Seres Humanos (CIOMS/OMS, 1982, 1993) etc.³³¹

O domínio da ciência reprodutiva, do ponto de vista ético, não pode afastar a humanidade de valores éticos e morais. Há de haver ponderação para que essa intervenção artificial à reprodução humana não fira princípios fundamentais. Trata-se de uma questão complexa não há dúvida, mas nem por isso devemos deixar de enfrentá-la. Assim é a lição de Amélia do Rosário Motta de Pádua:

Não resta dúvida que as controvérsias e incertezas são incontáveis neste momento de busca de uma nova visão frente aos desafios, cujo objetivo focal é saber o que fazer e onde chegar com a idéia de o homem se julgar dominando o processo da criação. A intensidade com que a ciência médica avança e induz os profissionais

³³⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. Responsabilidade civil: responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *In: Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*, Porto Alegre: Síntese, n. 32, nov./dez., 2005, p. 151.

³³¹ FELIPPE, Júlia Maria Martins de Souza; SAKURAI, Tiyo. A norma brasileira da ética em pesquisa com seres humanos. *In: Caderno Jurídico. Escola Superior do Ministério Público*, Ano I, nº 2, jul., 2001, p. 175.

envolvidos naquela pretensão, demanda um aparato jurídico para mantê-los dentro dos padrões éticos razoáveis, face ao poder coercitivo que só a norma jurídica possui.³³²

Sabemos que doutrinadores do direito em muito divergem sobre a presente técnica, mas o que acaba por acirrar maiores debates é justamente a falta de legislação, trazendo insegurança jurídica ao sistema jurídico como um todo. Tomamos como exemplo de legislação que veio para solucionar debates acirrados o que aconteceu quando se estabeleceu em lei o que se entendia por morte, determinando-a como sendo o momento da constatação de morte cerebral.³³³

Sabemos que no Brasil não há lei que discipline as técnicas de reprodução humana assistida, e enquanto isso, a regulamentação das técnicas de reprodução assistida no Brasil está a cargo da Resolução n. 2013/2013, do Conselho Federal de Medicina, como já mencionado ao longo desta monografia.

Assim na falta de legislação especial sobre a utilização da reprodução humana assistida, seus parâmetros devem ser embasados nos costumes de uma sociedade, conforme o que a mesma acha moral e ético segundo os princípios e valores que a rege. O exemplo disso é o quanto exposto quanto à reprodução humana assistida *post mortem* em outros países, de sorte que não é unânime sua utilização, muito pelo contrário, o que percebemos é que a maioria dos países ali colacionados a rechaçam.³³⁴

Dessa forma diante da complexidade da matéria é urgente sua disciplina em lei especial a fim de que maiores problemas não sejam enfrentados por conta de uma omissão legislativa. E a isso a doutrina está atenta, nesse sentido transcrevemos lição de Giovanni Berlinguer:

É verdade, infelizmente, que diante de possibilidades técnicas e na ausência de normas jurídicas e de serviços adequados, a inseminação artificial, hoje, seja executada com frequência sem garantias científicas, sem amparo jurídico, com inconvenientes de ordem prática e moral. Por isso, em muitos países, como também na Itália, propôs-se legislar ou elaborar orientações ético-científicas a serem traduzidas em normas de comportamento.³³⁵

Certamente que o papel da ética não consiste em barrar a ciência a qualquer custo. Ela se pauta em limitar o avanço da ciência tomando como referência o ser humano dotado de dignidade que é.

Assim é que Ana Cláudia S. Scalquette escreve que *o senso comum expressado diretamente ou indiretamente pelas vozes que o representam é o norte a ser seguido para se determinar o que pode ou não ser praticado em termos de ciência médica.*³³⁶

³³² PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. **Responsabilidade civil na reprodução assistida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 51.

³³³ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

³³⁴ OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JR. Edson. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei**. São Paulo: 2000, p. 17.

³³⁵ BERLINGUER, Giovanni. **Questões de vida: ética, ciência e saúde**. Tradução de Maria Patrícia de Saboia Orrico. Salvador/São Paulo/Londrina: APCE/hucitec/cebes, 1993, p.48.

³³⁶ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 98.

Fazer com que a reprodução assistida humana, como técnica terapêutica que é, atenda a caprichos de teima do projeto parental a todo custo, mesmo depois de que a própria vida acabou de encerrá-lo nos parece que de ético não tem nada.

Assim é que, de forma egoística e sabe-se lá se como forma de superação do luto, se traz a existência um ser, por meio desta técnica que veio para atender, aos anseios daqueles que tiveram o direito de reproduzir-se negado em vida pela própria natureza.

Vê-se que o debate não é o avanço da tecnologia da ciência médica, mais sim em quais casos ela poderá ser utilizada sem que para tanto fira a princípios construídos ao longo da evolução da humanidade.

Stela Marcos de Almeida Neves Barbas enfatiza:

É imperioso diluir tensões existentes entre os avanços da Ciência e os inalienáveis direitos fundamentais do ser humano. Tem de se reconhecer que o legítimo direito de fazer progredir a ciência não pode, todavia, ultrapassar determinados limites que ponham em causa princípios e valores tão dificilmente conquistados pelo homem e para o homem ao longo da sua história.³³⁷

Desta forma, permitir que a ciência médica avance no sentido de satisfação do projeto parental, sem limites, parece-nos, no mínimo aético.

Não podemos negar que o avanço que estamos presenciando a favor da humanidade, a favor de sua perpetuação com o respeito devido à dignidade é muito bem-vindo. Assim a sua utilização por um casal que teve por alguma forma reduzida a sua capacidade reprodutiva, para ver sua espécie perpetuar-se reflete todo um avanço da ciência. Porém a utilização da técnica para atender interesses, sabe-se lá quais. Dizemos isso, pois não fica claro o porquê de se ter um filho depois de falecido o marido ou falecida a mulher com o material genético do *de cuius*.

Assim há limites à medicina moderna, consubstanciado no respeito ao ser humano em todas as fases da sua vida. Tomando como base a dignidade humana. Assim não basta que a ciência avance no sentido de fazer nascer uma nova vida utilizando-se dos meios artificiais, é necessário que essa vida tenha dignidade.³³⁸

Hartmut Kress em sua obra escreve:

Para a medicina reprodutiva, sob uma perspectiva ética, torna-se cada vez mais relevante e urgente considerar anteriormente à concepção as necessidades da criança esperada e gerada por meio de apoio médico, julgando digno o bem-estar da criança prospectivamente e antecipadamente à concepção.³³⁹

O aceitável para a ciência reprodutiva humana assistida é diretamente influenciada pelas crenças de uma determinada sociedade; o que daí surgirá certamente divergências quanto à sua utilidade numa determinada sociedade.³⁴⁰

³³⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 71.

³³⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7 ed. ver. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 17.

³³⁹ KRESS, Hartmut. **Ética médica**. Tradução: Hedda Malina. São Paulo: Loyola, p. 236.

³⁴⁰ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.98.

É claro que o avanço da ciência é bem-vindo, pois fruto da inteligência humana, porém no caso da reprodução assistida humana *post mortem*, se analisada frente aos princípios aqui estudados e com base na ética que deve pautar os experimentos da ciência, ela não se coaduna com o sistema vigente, daí não se mostrando segura e eficiente para a formação de uma sociedade que priva pela defesa da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Procuramos nesse trabalho, analisar os contornos da reprodução assistida “post mortem”, diretamente ligados aos direitos fundamentais, bem como ao princípio da dignidade humana, levando em consideração o direito fundamental da criança de ter respeitado vários princípios elencados na Constituição Federal.

Longe de ter abordado todas as nuances oriundas dessa técnica, buscamos tão somente levantar alguns problemas decorrentes da inovação trazida pelo ordenamento jurídico, no que tange a reprodução humana assistida “post mortem”, particularmente, no direito fundamental da criança à convivência familiar.

Certo é que as inovações no campo da biotecnologia reprodutiva propiciaram a possibilidade de filhos nascerem após a morte de um de seus genitores, com o material genético ou embriões congelados *in vivo*, denominando-se esta técnica de reprodução assistida “post mortem”.

Como vimos, a modalidade de reprodução assistida “post mortem” homologa, isto é, aquela em que se usam os gametas do casal – óvulo e sêmen –, foi introduzida no sistema pelo art. 1.597, no inciso III, do Código Civil de 2002.

A referente disposição, porém, trata tão somente da filiação da criança nascida por esse tipo de reprodução.

O Conselho Federal de Medicina por sua vez na Resolução n. 2013/2013, considera tal prática lícita, havendo necessidade para tanto de autorização do falecido para que se possa utilizar o seu material genético para o fim específico de procriar após a sua morte.

No entanto até o presente momento, não há regulamentação específica quanto à matéria de reprodução “post mortem”, o que acaba por transmitir uma insegurança jurídica àqueles que pretendem se utilizar dessa técnica.

Por isso que, na falta de legislação especial que regule a reprodução humana assistida nos valem os princípios fundamentais.

Dessa forma, no estudo dos princípios constitucionais encontramos barreiras à utilização da reprodução “post mortem”, pois fica evidente que a técnica fere princípios fundamentais constantes de nossa Lei Maior.

Assim, não basta que ao filho seja dado o direito à filiação, como previsto na norma. Há outras questões que estão prejudicadas, como a dignidade dessa criança, o seu melhor interesse, a igualdade dos filhos, a paternidade responsável e ainda mais o que nós consideramos o mais grave o direito da criança à convivência familiar.

Estudamos que é no seio da família que a criança se desenvolve e aprende suas habilidades que levará para a vida inteira. E para que isso aconteça de forma saudável, é necessária a presença da mãe e também do pai.

Há certos momentos da vida de uma criança que a figura de referência será a do pai, e isso fará toda diferença se esse processo não for falho.

Porém sabemos que não podemos garantir que todas as crianças sejam educadas por seus pais. No entanto, podemos impedir que desde o início de sua vida ela já não tenha um pai, se formos contrários a essa técnica.

Nesse contexto, questiona-se como compatibilizar os direitos do filho concebido após a morte do genitor, com seu direito fundamental à convivência familiar. Essa é uma questão ainda muito tormentosa que demonstra que a reprodução “post mortem” fere princípios constitucionais fundamentais, estando de um lado o direito da criança que deve sempre ser protegida e do outro o direito à procriação.

Assim o que debatemos ao longo deste trabalho, foi que o direito da criança a convivência com seu pai originada dessa técnica jamais será respeitado. Não há lei futura que venha regulamentá-la posto que isso é impossível.

Dessa forma procuramos demonstrar que referido dispositivo é inconstitucional, pois vai contra a norma de direito fundamental disposto na norma constitucional.

Diante das razões acima expostas, concluímos que a reprodução assistida “post mortem”, não respeita os direitos fundamentais da futura criança.

A reprodução humana assistida como direito à reprodução tem seus limites, ele não é absoluto, como nenhum outro direito o é. E um dos limites foi o aqui apresentado, quando da utilização de uma de suas modalidades, ou seja, na reprodução “post mortem”.

REFERÊNCIAS

ALBANO, Suzana Stoffel Martins. Reprodução Assistida: os Direitos dos Embriões Congelados e Daqueles que os Geram. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Minas Gerais, v.7, n.34, p.72-98, fev/mar 2006.

AGUIAR, Mônica. Direito à filiação e bioética. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria do direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAUJO, Luis Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ATLAN, Henri; BAUM, Mylène Botbol. **Dos embriões aos homens**. São Paulo: Idéias & Letras, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil Comentado*. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Relações de Parentesco: arts. 1.591 a 1.693**. São Paulo: Atlas, v. 6, 2003.

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio. *Ao Encontro do Pai*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Minas Gerais, v. 4, n. 16, p. 56-66, jan/fev/mar 2003.

BARBOSA, Heloísa Helena. *Novas Relações de Filiação e Paternidade*. In: **Repensando o Direito de Família – Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 1999.

_____. *Reprodução assistida e o novo código civil*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). **Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 225-249.

_____. *Direito à procriação e as técnicas de reprodução assistida*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade. Bioética e biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 153-168.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade**. Porto Alegre: Themis, 1998.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *A Releitura da Adoção sob a Perspectiva da Doutrina da Proteção Integral à Infância e Adolescência*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Minas Gerais, v. 5, n. 18, p. 30-48, jun/jul 2003.

CABRAL, Pedro Manso. **Paternidade Ilegítima e Filiação**. São Paulo: Saraiva, 1983.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Família: do Autoritarismo ao Afeto*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Minas Gerais, v. 7, n. 32, p. 20-39, out/nov 2005.

CANEZIN, Claudete Carvalho. *Da Reparação do Dano Existencial ao Filho Decorrente do Abandono Paterno-Filial*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Minas Gerais, v.8, n. 36, p. 71-87, jun/jul 2006.

DE MENEZES, Joyceane Bezerra. **Dimensões Jurídicas da Personalidade na Ordem Constitucional Brasileira**. Florionópolis – Santa Catarina: Conceito editoria, 2010.

DE PÁDUA, Amélia do Rosário Motta. **Responsabilidade Civil na reprodução assistida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Curso de Direito Civil Brasileiro. 26. ed. São Paulo: Saraiva, v.5, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **A Nova Filiação – Crise e Superação do Estabelecimento da Paternidade**. Repensando o Direito de Família – Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 1999.

_____. Direito Além do Novo Código Civil: Novas Situações Sociais, Filiação e Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Minas Gerais, v. 5, n. 17, p. 7-35, abr/mai 2003.

FAGUNDES JUNIOR, José Cabral Pereira. Limites da e o respeito à dignidade humana. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas conseqüências nas relações de família**. Curitiba: Juruá, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama. **A Nova Filiação: O Biodireito E As Relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade – Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GOECKS, Renata Miranda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A possibilidade do reconhecimento da união estável putativa e paralela como entidade familiar, frente aos princípios constitucionais aplicáveis. *In*: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coords.). **Atualidades do Direito de Família e Sucessões**. Rio Grande do Sul. Notadez: 2008.

GOZZO, Débora. Dignidade humana inseminação artificial heteróloga e contestação de paternidade.

_____. Bioética, direitos fundamentais e a reprodução humana. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, v. 30, p. 469 – 495.

_____. Direito fundamental de herança e inseminação *post mortem*. *In*: FERRAZ, Anna Candida da Cunha. GOZZO, Débora. BITTAR, Eduardo C. B., LEISTER,

Margareth. (Coord). **Direitos humanos fundamentais. Doutrina, prática e jurisprudência.** Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 257 – 275.

GOTTMAN, John. **Inteligência Emocional – A Arte de Educar Nossos Filhos.** Rio de Janeiro: Objetiva, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 1856).** São Paulo: Saraiva, v. 20, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Cultural, 1986.

KRELL, Olga Jubert. **Reprodução humana assistida e filiação civil.** Curitiba: Juruá, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Procriações Artificiais: Bioética e Biodireito. In: Repensando o Direito de Família – Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 1999.

_____. **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LIMA, Taisa Macena de. Filiação e Biodireito: Uma Análise das Presunções em Matéria de Filiação em face da Evolução das Ciências Biogenéticas. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Minas Gerais, v. 4, n. 13, p. 143-161, mai/jun, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil: direito de família e das sucessões.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Minas Gerais, v. 6, n. 24, p. 136-158, jun/jul 2004.

LOTUFO, Renan. **Curso avançado de direito civil: parte geral.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.1, 2002.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAIDANA, Jédison Daltrozo. O Fenômeno da Paternidade Socioafetiva: A Filiação e a Revolução da Genética. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Minas Gerais, v. 6, n. 24, p. 50-79, jun/jul 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** 39. ed. rev. e atual. por Regina Betariz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MYSZCZUK, Ana Paula. **Genoma Humano: limites jurídicos a sua manipulação**. Curitiba: Juruá, 2001.

NICK, Sérgio Eduardo. Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. *In*: BARRETO, Vicente (Coord.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Julho de 2011. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/revista/texto/161/o-direito-brasileiro-e-o-principio-da-ignidade-da-pes-soa-humana>. Acesso em: 27.jul.2011.

OLIVEIRA, Euclides. Os Operadores do Direito Frentes às Questões da Parentalidade. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Minas Gerais, v.5, n.20, p. 150-161, out/nov 2003.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ; Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2005.

OLIVEIRA, Simone Born. **Da Bioética ao Direito. Manipulação Genética & Dignidade Humana**. Curitiba: Juruá, 2008.

ONNEFELDER, LUDGER. **Genética humana e dignidade do homem**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. **Responsabilidade Civil na Reprodução Assistida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2012.

_____. **Instituições de Direito Civil Volume VI. Direito das Sucessões**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. **Princípios norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva Pereira (Coord.). **O Melhor Interesse da Criança um debate Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

POLARINI, Giovana Meire. A eficácia vertical e horizontal das normas de direitos fundamentais. *In*: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos**

fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e jurisprudência.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: a Valoração do Elo Perdido ou Não Consentido. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Minas Gerais, v.8, n. 35, p. 53-77, abr/mai 2006.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Minas Gerais, v. 6, n. 25, p. 122-147, ago/set 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SIMÃO, José Fernando. Ser ou não ser: Outorga Conjugal e solidariedade familiar. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 3, p. 56-74, abr/mai 2008.

SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Fertilização Agâmica, Enigma Projetado sobre do Filho – Um Direito ou um Risco? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.9, n.43, p. 127-142, ago/set 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade Civil e Ofensa à Dignidade Humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.7, n.32, p. 138-157, out/nov 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. (et all). **Código Civil Interpretado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito Civil: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILLELA, João Batista. O Modelo Constitucional da Filiação: Verdade & Superstições. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 121-142, abr/jun 1999.

_____. **Variações Impopulares Sobre a Dignidade da Pessoa Humana**. Superior Tribunal de Justiça. Edição Comemorativa 20 anos. Distrito Federal: Via Lettera, 2009.