

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Nathália Lunardi Guella Camacho

**O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DOS CONCEBIDOS PELA
FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* HETERÓLOGA**

Chapecó (SC), maio 2012.

NATHÁLIA LUNARDI GUELLA CAMACHO

**O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DOS CONCEBIDOS PELA
FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* HETERÓLOGA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Comunitária da Região de Chapecó,
UNOCHAPECÓ, como requisito parcial à obtenção do
título de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^ª.
Me. Cláudia Cinara Locateli.

Chapecó (SC), maio 2012.

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DOS CONCEBIDOS PELA
FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* HETERÓLOGA**

NATHÁLIA LUNARDI GUELLA CAMACHO

Prof^a. Me. Cláudia Cinara Locateli
Professora Orientadora

Prof^a. Me. Laura Cristina de Quadros
Coordenadora do Curso de Direito

Chapecó (SC), maio 2012.

NATHÁLIA LUNARDI GUELLA CAMACHO

**O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DOS CONCEBIDOS PELA
FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* HETERÓLOGA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de BACHAREL EM DIREITO no Curso de Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ, com a seguinte Banca Examinadora:

Me. Cláudia Cinara Locateli – Presidente

Daniela Zawadzki – Membro

– Membro

Chapecó (SC), maio 2012.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho com todo amor do meu coração ao meu pai (*in memoriam*) e a minha mãe, por todo carinho e dedicação prestados a mim durante toda minha vida, por terem me ensinado a ser uma pessoa digna, honesta, ética e em especial por terem me ensinado a ter fé em Deus para lutar pelos meus objetivos sem que para isso precisasse prejudicar alguém.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por estar sempre presente em minha vida, por me dar forças para me manter em pé e me ensinar a ter fé na vida.

Agradeço aos meus pais Marco Aurélio Guella Camacho (*in memoriam*) e Angela Lunardi Camacho, por terem sido meus maiores motivadores para o ingresso no Curso de Direito, sempre me apoiando e sendo compreensivos nos difíceis momentos vividos nesses cinco anos e meio.

Agradeço também aos meus irmãos Matheus Lunardi Guella Camacho (*in memoriam*) e Isabella Lunardi Guella Camacho por terem me ensinado que a viemos ao mundo para dividir, repartir e ajudar a quem precisa.

Agradeço aos meus avós Valmor Ernesto Lunardi (*in memoriam*) e Glenda Rosa Lunardi pelas palavras de sabedoria dirigidas a mim durante todo o tempo.

Agradeço ao meu namorado Christian Rafael Conterato pelos momentos de paciência, amor e compreensão durante todo o tempo de desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço a minha querida orientadora Cláudia Cinara Locateli pela paciência, pelo ensinamento e principalmente pelo apoio didático prestado com tanto louvor.

Agradeço aos amigos por compreenderem minha ausência neste momento tão importante na minha vida, me dando apoio e o abraço apertado muitas vezes necessário.

Agradeço a turma de Direito 2012/1, por ter sido fundamental em todos os momentos vividos durante este percurso, sem a amizade, paciência e dedicação de cada um, talvez não tivesse chegado até aqui.

“Nas grandes batalhas da vida, o primeiro passo para a vitória é o desejo de vencer”. (Mahatma Gandhi)

RESUMO

O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DOS CONCEBIDOS PELA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* HETERÓLOGA. Nathália Lunardi Guella Camacho. Cláudia Cinara Locateli (ORIENTADORA). (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ).

(INTRODUÇÃO) As reproduções humanas assistidas visam propiciar às pessoas inférteis ou estéreis, bem como solteiros e homoafetivos, o direito à filiação através dos métodos artificiais. Não há no país legislação específica, apenas resoluções do Conselho Federal de Medicina, gerando reflexões éticas e jurídicas. A fertilização *in vitro* heteróloga, uma das técnicas utilizadas, destaca-se pela colisão que gera no âmbito dos direitos fundamentais: o direito à intimidade do doador *versus* o direito à identidade genética do concebido. Para colmatar lacunas e buscar soluções viáveis, à dignidade da pessoa humana é utilizado como método de ponderação, direcionando reflexões acerca do direito prevalente. (OBJETIVOS) O objetivo geral centra-se em analisar se os filhos concebidos pela fertilização *in vitro* heteróloga têm o direito ao reconhecimento da identidade genética. Tem-se como objetivos específicos: conhecer os métodos utilizados pelos laboratórios de reprodução humana para obter a filiação; diferenciar a inseminação artificial homóloga e a fertilização *in vitro*; analisar no âmbito jurídico a caracterização da filiação e seus efeitos aos filhos concebidos pelas tecnologias reprodutivas; estudar e compreender o direito de sigilo do doador de esperma; identificar se o direito à identidade genética é direito fundamental do filho concebido pela fertilização *in vitro*; compreender a diferença em relação aos efeitos da ação de investigação de paternidade e ação declaratória de reconhecimento à origem genética; e ponderar sobre a relativização do direito ao sigilo do doador de esperma frente ao direito fundamental à identidade genética. (EIXO TEMÁTICO) O Eixo Temático ao qual esta pesquisa encontra-se vinculada é “Cidadania e Estado” do Curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Unochapecó. (METODOLOGIA) O processo investigativo baseia-se na pesquisa bibliográfica, análise de legislação, doutrinas, artigos, orientações e jurisprudências, utilizando-se do método dedutivo. (CONCLUSÃO) Após análise realizada sobre regulamentação existente sobre a fertilização *in vitro* heteróloga, doutrina, artigos jurídicos e jurisprudência, conclui-se que o reconhecimento à identidade genética é personalíssimo e necessário, independentemente o doador do gameta fecundante ser anônimo, em virtude do direito à vida e à saúde que se sobressaem ao anonimato (intimidade), eis que a dignidade da pessoa humana busca proteger o humano como ser individual e conhecendo sua origem genética terá meios de preservação da saúde, conseqüentemente da vida, bem maior da humanidade. (PALAVRAS-CHAVE) Reprodução humana assistida, fertilização *in vitro*, identidade genética.

ABSTRACT

THE RIGHT TO GENETIC IDENTITY CONCEIVED BY HETEROLOGOUS *IN VITRO* FERTILIZATION. Nathália Lunardi Guella Camacho
Cláudia Cinara Locateli (ADVISOR). (Chapecó Region Community University – UNOCHAPECÓ)

(INTRODUCTION) The human assisted reproduction aim provide to people infertile or sterile, as well as unmarried and homosexual, the right to membership through artificial methods. There is no specific legislation in the country, only resolutions of the Federal Medicine Council, generating ethical and legal considerations. The heterologous *in vitro* fertilization, one of the techniques used, stands out for the collision that generates in the field of fundamental rights: the right to privacy of the donor *versus* the right to genetic identity of the designed. To close the gap and seek viable solutions to human dignity is used as the weighting method, directing thoughts about the prevalent law. (OBJECTIVES) The main objective focuses on examining whether children conceived by heterologous *in vitro* fertilization have the right to recognition of genetic identity. We have as specific objectives: know the methods used by laboratories for human reproduction membership; differentiate homologous artificial insemination and *in vitro* fertilization; ; analyze in the legal framework the characterization of the membership and its effects on children conceived by reproductive technologies; study and understand the right of secrecy of the sperm donor, identify the right to genetic identity is a fundamental right of the child conceived by *in vitro* fertilization; understand the difference in the effects of paternity action research and declaratory action for recognition of genetic origin, and ponder the relativization of the right to secrecy of the sperm donor in face to the fundamental right to genetic identity. (THEMATIC AXIS) The Thematix Axis in which this research is linked is "Citizenship and the State" of the College of Law at Chapecó Region Community University. (METHODOLOGY) The investigative process is based on bibliographic review, analysis of legislation, doctrine, articles, guidance and jurisprudence, using the deductive method. (CONCLUSIONS) After an examination about of existing regulations on the heterologous *in vitro* fertilization, doctrine, legal articles and jurisprudence, it is concluded that the recognition of genetic identity is personalized and appropriate, regardless of the donor gamete fertilizing be anonymous, because the right to life and health that stand to anonymity (privacy), behold the dignity of the human person seeks to protect the human as an individual and knowing their genetic origin have means of preserving health, therefore the life, the greater good of humanity. (KEYWORDS) Assisted human reproduction, *in vitro* fertilization, genetic identity.

LISTA DE ABREVIATURAS

CFM – Conselho Federal de Medicina

CF – Constituição Federal Brasileira

CC – Código Civil

p. – página

n.º – número

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO I.....	15
1 BIOÉTICA E BIODIREITO	15
1.1 Bioética: acepções conceituais	16
1.1.1 <i>O início da vida humana: polêmica enfrentada pela Bioética</i>	17
1.1.2 <i>Princípios que norteiam a Bioética</i>	18
1.2 Direito e vida: o Biodireito	20
1.3 Tecnologias reprodutivas conceptivas.....	22
1.3.1 <i>Esterilidade e Infertilidade</i>	25
1.3.3 <i>Inseminação artificial in vivo</i>	29
1.3.4 <i>Fertilização in vitro</i>	30
1.3.5 <i>Reprodução humana assistida homóloga e heteróloga</i>	30
1.3.5 <i>Maternidade Substitutiva</i>	31
CAPÍTULO II.....	33
2 O ESTADO DE FILIAÇÃO E OS DIREITOS CONEXOS	33
2.1 Direito à filiação: reconhecimento isonômico.....	34
2.2 Origem do direito de filiação.....	38
2.2.1 <i>Critério biológico</i>	39
2.2.2 <i>Critério socioafetivo</i>	43
2.2.3 <i>Critério legal</i>	45
2.3 Colisão de critérios	48
2.3.1 <i>Colisão de critérios em casos verídicos</i>	50
CAPÍTULO III	53

3 FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i> HETERÓLOGA: DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA	53
3.1 Origem do dilema ético-jurídico: as tecnologias reprodutivas heterólogas	54
3.2 Direito ao sigilo do doador	55
3.3 Direito à identidade genética	57
3.3.1 <i>Direito à identidade genética e o reconhecimento de paternidade/maternidade</i>	59
3.4 Princípio aplicável para dirimir o conflito: dignidade humana	61

INTRODUÇÃO

Com a evolução das técnicas de reproduções medicamente assistidas, está cada vez mais em evidência as situações conflitantes e inovadoras a respeito dos direitos e deveres daqueles que fazem parte deste ciclo reprodutivo.

Tendo-se em vista o grande número de pessoas estéreis e inférteis e o grande problema que isto acarreta na vida das pessoas, a ciência evoluiu suas pesquisas com o intuito de desenvolver técnicas que permitissem a fecundação por meios que não aqueles considerados naturais.

Com as novas formas de reprodução humana, aparecem também novos conflitos de direitos, os quais devem ser dirimidos pelo legislador, devendo-se criar soluções urgentes para o impasse, eis que no Brasil não existe legislação específica acerca dessas técnicas.

No caso em específico da reprodução humana *in vitro* heteróloga, onde existe o doador anônimo dos gametas fecundados, tem-se o fato de que o concebido por esta técnica pode vir a requerer a investigação da identidade genética. Conflitando com o direito à intimidade do doador, pois, para este, até então, o ato de doar era anônimo.

Desta maneira, faz-se necessária a busca pela solução dos conflitos na doutrina, jurisprudência, bem como, a análise dos princípios constitucionais que norteiam a vida, em especial a dignidade da pessoa humana, os quais devem ser a base para ponderação dos direitos em oposição.

A presente pesquisa se divide em três capítulos.

No primeiro capítulo tratar-se da Bioética e do Biodireito desde os primórdios até sua evolução aos dias atuais, demonstrando seus conceitos e princípios em especial relacionados

às técnicas de reprodução humana medicamente assistidas e ponderando a ciência com a proteção à vida e a dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo abordar-se a filiação, destacando-se os direitos e os deveres daqueles que decorrem da relação de pais e filhos, utilizando-se dos critérios biológico, legal, e socioafetivo para elucidar o que prevalece quando se trata de tecnologias reprodutivas e qual se sobressai quando houver colisão entre eles.

Ao final, no terceiro capítulo, parte conclusiva da pesquisa, faz-se a análise do direito ao sigilo do doador ponderando ao direito à identidade genética dos concebidos pela fertilização *in vitro* heteróloga, tendo por objetivo dirimir os conflitos existentes quando da utilização das técnicas de reprodução humana assistidas. Identificando-se o direito à identidade genética como direito fundamental do filho concebido pela fertilização *in vitro*.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa, utilizou-se o método dedutivo e o tipo de pesquisa é a bibliográfica, eis que o conhecimento aprofundado foi todo consultado na legislação vigente, doutrinas e artigos científicos já existentes acerca do tema, partindo de um todo para alcançar objetivos específicos que estão principalmente embasados em princípios constitucionais.

Esta pesquisa encontra-se vinculada ao Eixo Temático “Cidadania e Estado”, do Curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - Unochapecó.

CAPÍTULO I

1 BIOÉTICA E BIODIREITO

As modernas práticas científicas, além de trazerem inovações à humanidade, onde esta deve se adaptar, expõe-na a grandes riscos, tendo-se em vista que seus efeitos futuros são desconhecidos. Desta forma a Bioética, seguida do Biodireito, surge para auxiliar na criação de normas, as quais buscam prevenir e solucionar os problemas sociais e jurídicos, mantendo-se à dignidade da pessoa humana e protegendo à vida daqueles que estão expostos as novas tecnologias.

Nesse primeiro capítulo, pretende-se abordar a Bioética e o Biodireito nos seus contextos e conceitos históricos até os dias atuais, demonstrando-se as dificuldades enfrentadas por aqueles que buscam a tecnologia, bem como dos que sofrem as consequências da sua utilização e a necessidade da presença de norma reguladora, em especial das reproduções humanas medicamente assistidas.

Para compreendê-las, deve-se analisar os princípios que regem a Bioética e o Biodireito de modo transdisciplinar e que visam demonstrar os benefícios promovidos à sociedade com a utilização dessas técnicas modernas, bem como ressaltar a preocupação do legislador acerca dos limites ético e legislativos na proteção, em especial, à vida do ser humano.

1.1 Bioética: acepções conceituais

O mundo sempre esteve e continua passando por grandes mudanças científicas e culturais, e com os avanços da ciência a cultura necessita acompanhá-la, assim, a ética se insere para harmonizar o que o homem cria com o que a humanidade acredita ser certo, mantendo sempre os fundamentos principiológicos da natureza humana.

Silva (2002, p. 158) aduz que, a humanidade deu-se conta da necessidade da intervenção da ética na vida humana, quando, sendo a primeira forma de coibir as ações dos que extrapolavam o uso da ciência, na segunda guerra mundial foram julgadas as intervenções desumanas, praticadas no início do século XX, por médicos e cientistas alemães nazistas, contra o povo judeu. A tentativa era exterminá-los para manter àquela raça tida por eles como ideal, única e superior.

Como naquela época, até os dias atuais, o ser humano é movido e estimulado por dúvidas, ele cria e estuda alternativas para aquilo que acontece naturalmente e artificialmente na natureza. Destacam-se para o estudo, porém, os casos artificiais, como por exemplo, as reproduções humanas, onde pessoas com distúrbios reprodutivos têm interferências medicamentosas para realizar a procriação.

Ainda, existem as polêmicas com relação ao aborto, cuja vida é interrompida e a eutanásia, onde se encerra o ciclo vital de forma artificial. As reflexões acerca destes assuntos são os principais conteúdos abordados pela Bioética, sendo esta criada para compreender-se a ética da vida que envolve o ser humano, os animais, os vegetais e suas implicações na sociedade contemporânea em crise.

Nesta perspectiva, Diniz (2007, p. 12) atenta para o fato de que a Bioética mostra-se como uma indagação necessária sobre as formas de manipulação que a ciência utiliza sobre a vida, bem como, qual a responsabilidade desta em relação àqueles que são submetidos a experimentos que podem vir a afetar toda a humanidade. Ainda, com relação ao ser humano, em específico, nos dias atuais mais do que nunca o homem pergunta-se sobre a natureza humana, e o que se conhece dessa para se ter o direito de alterá-la.

Para Fabriz (2003, p. 57) com os estudos científicos evoluindo cada vez mais, e com as modernas descobertas nesse ramo, tem-se que pensar no direito que cada um tem sobre a sua vida, ou melhor, no que cada um pode interferir no seu ciclo vital, eis que a única certeza

que se tem é que o ser vivo nasce, vive e morre e com essas modernizações se interfere no ciclo natural.

Nesse sentido,

Vale dizer que tais questionamentos perseguidos pelo conhecimento científico não devem ser objeto de inquisições, visto que a investigação acerca do mundo real faz parte da própria essência do homem. O que se coloca em debate é até onde a ciência pode ir, sem afetar direitos, nos quais podemos vislumbrar o amparo de valores que compartilham a preservação da própria vida. Impõe-se, antes de descobrirmos quem somos, a preservação da vida em toda a sua plenitude, tendo em vista uma postura ética perante as gerações futuras (FABRIZ, 2003, p. 22).

Conclui-se que a Bioética é a fonte protetora da dignidade da vida, que visa salvaguardar os direitos individuais, protegendo o homem das tecnologias, porém garantindo-lhe o acesso a essas modernidades, muitas vezes, fundamentais, como é o caso das tecnologias reprodutivas para os casais estéreis, o transplante de órgãos e as cirurgias de grau avançado.

1.1.1 O início da vida humana: polêmica enfrentada pela Bioética

A vida num aspecto geral vem sendo pensada e estudada durante séculos. O homem sempre buscou respostas acerca de sua existência e também do porque se deixa de existir com a morte. Desta maneira, pesquisadores, cientistas, filósofos e outros profissionais passam suas vidas buscando entender o que é vida e onde ela começa.

Diante de tal questionamento, verifica-se que existem diversas teorias acerca do momento inicial da vida, ao exemplo, posiciona-se Cohen (*apud* Migliore [et. al], 2010, p. 56-57) de que para um biólogo “a vida é aquilo que começa e tem movimento próprio, pois todos os seres humanos aumentam de tamanho desde o seu nascimento atingindo a dimensão máxima de cada espécie”, todavia, o mesmo autor enfatiza que se a mesma pergunta for feita a um religioso monoteísta o posicionamento deste será que dependendo do tamanho da fé da pessoa, depois que está morrer terá vida eterna.

O próprio Código Civil de 2002, no seu artigo 2.^o, adota a teoria concepcionista para resguardar o direito à vida. Moraes (*apud* Scalquette, 2010, p. 47) também adota a teoria concepcionista como início do direito à vida, aduzindo que,

¹Art. 2º, CC. A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto.

Assente o momento inicial de proteção jurídica à vida, com o nascimento, preservando o nascituro nos seus direitos individuais, tem-se que qualquer que seja o início do amparo legal, prevalece acima de tudo à dignidade da pessoa humana, esta prevista como direito fundamental no inciso III, do art. 1.^o Constituição Federal Brasileira.

Por outro lado, existem outras teorias, uma delas é a da nidificação, a qual Souza (2011, p. 4-5) conceitua como sendo a que o embrião passa a ter vida quando implantado no útero da mulher e que, enquanto isto não ocorrer não existirá vida humana, eis que antes disso existem apenas células aglomeradas, jamais formando um indivíduo e, em consequência disso, não há possibilidade de proteção jurídica como pessoa humana.

Ainda, existe uma terceira tese, à da teoria do pré-embrião, também conhecida como “embrião precoce”, ou do 14.^o dia. Silva (2002, p. 89) conceitua nos seguintes termos:

A principal tese dessa teoria é que o zigoto humano, ainda que expressão da natureza humana, não é um indivíduo humano em ato, mas apenas uma célula progenitora humana dotada de potencialidade para gerar um ou mais indivíduos da espécie humana.

Importante concluir que, embora se tenha várias teorias, e o início à vida seja tema polêmico, especialmente após as evoluções biotecnológicas, ruma-se para discussões mais afinadas, sendo a resolução dos debates, ainda, um mistério.

1.1.2 Princípios que norteiam a Bioética

A Constituição Federal Brasileira de 1988, no seu inciso IX, do artigo 5^o, prevê como direito fundamental, a liberdade da atividade científica, porém Diniz (2007, p. 7) alerta que, essa liberdade não é absoluta e contém algumas delimitações, eis que, denota-se o confronto de valores e direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, como por exemplo, o direito à vida e a privacidade. Prevalecendo então, o direito à dignidade da pessoa

²Art. 1^o, CF. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III- a dignidade da pessoa humana;

³Art. 5^o, CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

humana, como ponderador, que garantirá sempre a preservação da vida através de um critério de equilíbrio.

A Bioética em sua essência se orienta por três principais princípios, sendo eles o da beneficência, ou não-maleficência, da autonomia e da justiça.

Beneficência significa fazer o bem, respeitar o próximo e tratar o outro com dignidade. Acerca disto, Silva (2002, p. 174, grifo do autor) discorre que,

[...] o princípio da beneficência, que corresponde à obrigação hipocrática de fazer o bem (do latim *bonum facere*), e o princípio da não maleficência, que igualmente corresponde a uma obrigação hipocrática, a de não causar o mal (do latim *non nocere*), nada mais são do que desdobramentos do reconhecimento da dignidade da pessoa humana no âmbito biomédico.

O princípio da beneficência/não-maleficência indica a necessidade moral de fazer sempre o melhor para o indivíduo que se submeter à intervenção biomédica, alertando-o sempre dos perigos e das consequências que a ele podem ser causadas, orientando-o para que realize o procedimento que lhe causar menor prejuízo físico, emocional, ou moral.

O princípio da autonomia é historicamente o mais moderno dos três princípios que norteiam a Bioética, eis que está intimamente ligado ao aparecimento desta. Refere-se à autonomia do paciente, como sujeito independente, que faz suas próprias opções, reputando o que lhe for melhor sem preponderar à opinião externa. (GAMA, 2003, p. 64).

Fabriz (2003, p. 109, grifo do autor) o explica que “[...] o princípio da *autonomia* [...] denota que todos devem ser responsáveis por seus atos. A responsabilidade, nesse sentido, implica atos de escolha. Devem-se respeitar a vontade, os valores morais e as crenças de cada pessoa”.

A autonomia defende que cada pessoa tem o direito de escolher o que é melhor pra si, e ser livre para fazer ou não o que lhe for ofertado. No caso de uma fertilização artificial, por exemplo, a pessoa tem que estar ciente de todos os passos que serão realizados durante o processo, e ter o livre poder de consentimento na realização de cada ato.

Na mesma direção, para Diniz (2007, p. 14), o princípio da autonomia dá ao paciente, ou quem representá-lo, o direito de optar pela forma de tratamento que será submetido, respeitando suas crenças e valores, bem como, o profissional da saúde deverá zelar pela intimidade do paciente e não coagi-lo ou influenciá-lo em suas decisões.

O terceiro que é o princípio da justiça, que bem como o princípio da autonomia, é relativamente novo na área científica que estuda e pesquisa à vida. Com este princípio

procura-se beneficiar a todos igualmente nos tratamentos de saúde, para que haja uma justiça social. (GAMA, 2003, p. 67-68).

Segundo preconiza Fabriz (2003, p. 111, grifo do autor),

O princípio da *justiça*, no campo da Bioética, indica a obrigação de se garantir uma distribuição justa, equitativa (sic) e universal dos bens e serviços (dos benefícios) de saúde. Liga-se ao contexto da cidadania, implicando uma atitude positiva do Estado, no que se refere ao direito à saúde.

O princípio da justiça é compreendido como garantia de acesso do paciente ao tratamento médico, bem como o direito de que este acesso seja justo e igual para todos, não havendo diferenças por classe ou qualquer outro meio discriminatório.

Portanto, a Bioética orienta sua reflexão a partir dos fundamentos do benefício, autonomia e justiça.

1.2 Direito e vida: o Biodireito

O Biodireito surge como uma produção teórica acerca das questões que englobam a Bioética, e é ele que regula os direitos morais para uma vida mais digna e estabelece as questões legislativas e jurídicas com seus fundamentos éticos transformados em princípios.

Diniz (2007, p. 7) chama a atenção para o fato de que,

A realidade demonstra que os avanços científicos do mundo contemporâneo têm enorme repercussão social, trazendo problemas de difícil solução, por envolverem muita polêmica, o que desafia a argúcia dos juristas e requer a elaboração de normas que tragam respostas e abram caminhos satisfatórios, atendendo às novas necessidades ora surgidas e defendendo a pessoa humana da terrível ameaça de reificação.

Tem-se que o ser humano está em risco quando exposto às modernas tecnologias científicas, ficando a mercê de estudiosos que muitas vezes usam do homem como cobaia para seus inventos, fazendo-se necessária a intervenção legal para resguardar à vida das pessoas de experimentos desconhecidos e quem sabe prejudiciais.

Fernandes (*apud* SÁ; NAVES, 2004, p. 26) explica que com as duas guerras mundiais do século XX o homem acabou sendo submetido a situações até então nunca vividas e que a partir desses acontecimentos necessitou de “proteção da pessoa em um contexto coletivo e a preocupação pela pessoa enquanto individualidade físico-genético-psíquica, que

se consolidou com o Código de Nürenberg e com a Carta Universal dos Direitos Humanos de 1948”.

Nesse sentido, Fernandes (*apud* SÁ; NAVES, 2004, p. 18) explica que,

O biodireito seria um dos ramos do direito ou uma de suas disciplinas que tem a sua razão de ser enquanto integra ao direito, novos pontos de vista ou que se coloca como um desdobramento do direito no tempo em decorrência de sua evolução. A importância do biodireito para o direito é que este puxa aquele para frente, a fim de que não fique encalhado numa visão limitada dos direitos do indivíduo. Talvez se possa dizer ainda que o biodireito seria a arte de interpretar os direitos do indivíduo diante de situações particulares.

O Biodireito surgiu para harmonizar e organizar as relações entre os avanços tecnológicos e o direito à vida, preservando o homem na sua forma física, porém criando métodos alternativos para o desenvolvimento avançado do indivíduo.

Fabriz (2003, p. 309) aduz que o Biodireito sofre grande influência dos direitos humanos, aqueles previstos na Carta Universal de Direitos Humanos de 1948 e ressaltados no artigo 5.^o da Constituição Federal Brasileira. Tem-se o Biodireito como uma união de valores éticos que visam zelar pela vida do homem. Esses direitos preservados são princípios norteadores do comportamento das pessoas que devem ser seguidos para que o indivíduo tenha uma vida digna e seja respeitado como cidadão.

O Biodireito, em sua concretização, deve buscar uma orientação interdisciplinar, na exigência de que as informações sejam passadas ao contexto da sociedade de forma que ela possa construir um juízo livre e independente de manipulações que venham atender a interesses não muito transparentes. Devemos identificar as fontes geradoras de falsas consciências, como a hipermídia, por exemplo. Uma sociedade que busca uma vida em liberdade deve sempre estar atenta a essa percepção (FABRIZ, 2003, p. 311).

A mídia, por exemplo, pode influenciar de forma desfavorável seu público, induzindo as pessoas a erro, ou até mesmo provocando situações desconhecidas por estas. Assim, relevante se mostra o Biodireito, quando com a legalização da interferência da ciência na vida humana, tenta preservar o homem de interesses individuais e muitas vezes prejudiciais a saúde, mas com consequências até então desconhecidas.

Conclui-se que o Biodireito é o meio de preservação do direito pessoal do indivíduo e, nesse sentido, Leite (*apud* SARTORI, 2001, p. 112) afirma que,

⁴ Vide nota 3.

A lei se ajusta ao fundo moral de uma sociedade. A lei retoma os valores comuns. Por isso a lei é sempre invocada; não só porque as leis servem como “meios” em face das finalidades que são os valores, mas e sobretudo porque sua ocorrência é expressão inquestionável de segurança, de limites, dos valores comuns da comunidade que sente necessidade de sua determinação via normativa, como parâmetro de conduta de cada um no respeito e promoção dos valores que servem de base à civilização. Logo, é possível afirmar que o Direito representa um duplo papel importante: organizar as liberdades e educá-las a certos valores. E, à medida que a lei é educadora, ela tende a se aproximar da moral.

O Biodireito utiliza-se de princípios éticos e constitucionais, não sendo codificado de forma específica. Porém, sua atuação por mais “superficial” que seja mantém a harmonia e a dignidade da vida, respeitando o outro e dando limites aqueles que de alguma forma buscam utilizar-se de tecnologias modernas, as quais pelo fato de serem muito recentes, ainda não demonstraram seus reais resultados.

É necessário ao Biodireito, como guardião da vida, proteger o direito individual do ser e a interferência da ciência na formação do homem. Uma das temáticas que o Biodireito propõe reflexões e se propõe a tutelar decorrem das tecnologias reprodutivas, com intuito de proteção aos seres concebidos por estas técnicas.

1.3 Tecnologias reprodutivas conceptivas

Levando-se em conta a forma como são realizadas as técnicas de reprodução artificial, destaca-se que nem todos os casais são férteis e tem condições físicas de reproduzirem de forma natural, eis que nos dias atuais existe uma multiplicidade de sujeitos formando diferentes tipos de relações, são eles heterossexuais, homossexuais, mulheres e homens casados ou solteiros. Deste modo, quando impossível a procriação natural, a engenharia genética e a biotecnologia auxiliam essas pessoas na reprodução sem necessidade do ato sexual por meio da reprodução assistida.

Com relação às novas tecnologias reprodutivas, Diniz (2005, p. 498-499, grifo do autor), explica que,

Essa nova técnica para *criação de ser humano* em laboratório, mediante a manipulação dos componentes genéticos da fecundação, com o escopo de satisfazer o direito à descendência, o desejo de procriar de determinados casais estéreis e a vontade de fazer nascer homens no momento em que se quiser e com os caracteres que se pretender, tendo em vista a perpetuação da espécie humana, entusiasmou a embriologia e a engenharia genética, constituindo um grande desafio para o direito e para a ciência jurídica pelos graves problemas ético-jurídicos que gera, trazendo em seu bojo a coisificação do ser humano, sendo imprescindível não só impor limitações legais às clínicas médicas que se ocupam da reprodução humana assistida, mas também estabelecer normas sobre responsabilidade civil por dano moral e/ou patrimonial que venha causar.

Embora com amparo legal indireto, existem dois posicionamentos, o conservador e o liberal, o primeiro diz que as pesquisas científicas aplicadas devem ser bastante cuidadosas, devendo antes de tudo “preservar a pessoa humana”, eis que não existem padrões seguros como “referência para pesquisa” nas áreas biotecnológicas. “Ao passo que a posição liberal considera o que enseja a preservação da liberdade de escolha e a realização de um debate público, garantindo que o indivíduo e a comunidade, estabeleçam, democraticamente, suas opções a respeito da biotecnologia” (GAMA, 2003, p. 76).

Nessa senda, Diniz (2007, p. 553-554) exprime que, a ciência é essencial para se manter uma vida digna, diante da existência de medicamentos e tratamentos mais modernos e potentes, cirurgias avançadíssimas, transplantes de órgãos e muitas outras técnicas modernas preventivas e curativas. Porém, quando se trata de “criação de vida humana em laboratório”, necessita-se muito cuidado, tendo em vista que na interferência genética do embrião, atinge-o psicologicamente deixando sinais que não se podem apagar; e por tornar possível “a degeneração da espécie humana” tendo em vista a possibilidade de futuras “relações incestuosas com o doador do material genético ou sua prole”.

Ainda, levando-se em conta que para a biologia, com a fecundação o ser humano já existe, e está sujeito a estímulos, sensações e sentimentos, os seres manipulados em laboratórios tidos como geneticamente perfeitos, poderão sofrer graves transtornos psíquicos, assim Diniz (2007, p. 554) conclui que, “nem tudo que é cientificamente possível é moral e juridicamente admissível”.

É nesse sentido que as clínicas devem tomar os cuidados necessários para preservação da espécie, eis que ainda não se sabe quais os efeitos que podem gerar essas concepções humanas criadas em laboratórios. Chama-se atenção especial ao fato de que irmãos biológicos podem vir a se relacionarem futuramente, bem como não se sabe os

problemas psicológicos que podem aparecer em razão desta manipulação artificial dos gametas humanos.

Porém, é importante destacar que de acordo com o parágrafo 7.º, do artigo 226⁵ da Constituição Federal, é assegurado que todo casal tem direito ao livre planejamento familiar, cabendo ao Estado os recursos educacionais e científicos para o desempenho desse direito, sendo vedada a implantação de qualquer medida coerciva por parte das instituições públicas ou privadas. Ainda, no mesmo sentido, tem-se o parágrafo 2.º do artigo 1565⁶ do Código Civil que normatiza o preceito constitucional.

Em consideração ao princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, tem-se o princípio do livre planejamento familiar que de acordo com Gama (2003, p. 448-449) é,

[...] 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, proibindo qualquer tipo de ação governamental que busque o controle demográfico, o que confirma a tendência mundial de reconhecer que políticas de controle de crescimento ou diminuição da população são antidemocráticas e, portanto, devem ser abandonadas. [...].

O princípio do livre planejamento familiar, o direito à liberdade de escolha dos homens e mulheres, pela opção por quantos filhos e quando quer tê-los, qual o tipo de educação que acreditam ser mais apropriada, a qualidade e a condição de vida que devem proporcionar aos seus filhos.

O princípio do livre planejamento familiar legaliza a submissão dos seres humanos às tecnologias reprodutivas. Tem-se que o homem e a mulher são livres para procriar, estão amparados pela lei e ninguém tem o direito de interferir nessa decisão, que é pessoal.

A Constituição Federal no inciso IX, do artigo 5º⁷, aduz que é livre a expressão da atividade científica, e diante dessa possibilidade, criaram-se as modernas técnicas de reprodução assistida, as quais não possuem legislação específica, mas são reguladas pela Resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre as normas éticas para a utilização destas técnicas.

⁵Art. 226, CF. [...] § 7.º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. [...]

⁶Art. 1565, CC. [...] § 2.º 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

⁷Vide nota 3.

Ademais, a Constituição Federal traz nos artigos 6º⁸ e 196º⁹ o direito à saúde, incluindo-se a saúde reprodutiva como fundamento legalizado das tecnologias.

Diniz (2007, p. 131, grifo do autor) ressalta que,

Todos têm *direito à concepção e à descendência* [...] podendo exercê-lo por via de ato sexual ou fertilização assistida, em caso de infertilidade. O casal estéril tem *direito à filiação* por meio de reprodução assistida desde que isso não venha a colocar em risco a saúde da paciente e do possível descendente [...].

Ainda, leva-se em consideração o princípio da reserva legal que prevê que nenhum fato pode ser considerado crime se não existir uma lei que o enquadre como tal, e dessa forma, não havendo legislação específica, exceto a Resolução 1.957 do CFM, não há óbice legal para tais práticas.

Desse modo, seguindo os critérios éticos e protetores da dignidade da vida humana, as pessoas são livres para procriar e, utilizarem-se das práticas medicamentosas de reprodução humana assistida, em especial quando acometidas a esterilidade ou infertilidade.

1.3.1 Esterilidade e Infertilidade

A esterilidade e a infertilidade humana são alguns dos grandes dilemas que atordoam a vida de alguns casais na atualidade. Dessa forma, tentando solucionar este problema, as tecnologias reprodutivas, cada vez mais modernas, estão proporcionando a estes, o direito à procriação.

A reprodução humana medicamente assistida depende de mecanismos bastante complexos para que consiga se concretizar, nesse sentido Tognotti (1996, p. 1)¹⁰, explica

⁸Art. 6º, CF. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁹Art. 196, CF. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹⁰ Para haver a concepção e um desenvolvimento embrionário adequado na espécie humana é preciso uma conjunção harmoniosa de fatores, que podem ser resumidos da seguinte forma: a) no testículo devem ser produzidos espermatozoides não só em quantidade suficiente, mas também com capacidade migratória e fecundante adequadas; b) o líquido seminal que contém estes espermatozoides deve ser depositado nas proximidades do orifício externo do colo uterino em época apropriada; c) o ovário deve recrutar um número adequado de folículos, um deles deve alcançar maturação completa e produzir um oócito com capacidade de ser fecundado. Este oócito deve ser liberado por um processo de rotura folicular com a formação de um corpo lúteo normal. Para tanto é necessário uma interação perfeita do eixo hipotálamo-hipófise- ovário; d) o colo uterino deve apresentar ótimas condições funcionais para permitir a penetração, armazenamento e ativação dos

detalhadamente como esta ocorre demonstrando que o organismo masculino e feminino devem estar em perfeitas condições para que se consiga uma fecundação saudável e perfeita.

Queiroz (2001, p. 67) leciona que:

[...] faz-se distinção entre esterilidade e infertilidade, no sentido de que a esterilidade representa a incapacidade absoluta de fertilização ou reprodução decorrente da perda da capacidade de procriar por força de procedimentos médico-cirúrgicos ou químicos, ao passo que a infertilidade significa esterilidade relativa passível de reversão, existente desde o nascimento ou adquirida por doença.

Complementando a ideia, Tognotti (1996, p. 2-3) explica que “considera-se como casal estéril, aquele que não tenha conseguido a gestação após 12 ciclos de exposição à gravidez sem nenhum método anticoncepcional”. E a “infertilidade de forma ampla” se da pela “ineficiência do processo reprodutivo”.

A infertilidade pode ocorrer de duas formas, a primeira quando a mulher não consegue concluir a gestação, ocorrendo o abortamento espontâneo, a segunda quando já houve uma gestação concretizada e levada a termo e não consegue engravidar posteriormente, ou nunca houve (TOGNOTTI, 1996, p. 3).

Ainda, “a esterilidade será absoluta quando a causa que a determina é definitiva e irreparável, fato cada vez menos freqüente (sic) devido aos avanços da medicina reprodutiva. Na maioria dos casos ela é relativa, ou seja, passível de tratamento” (TOGNOTTI, 1996, p. 3).

Tendo-se a distinção entre esterilidade e infertilidade, pode-se entender a necessidade e a grande procura pelas fertilizações, as quais são a única solução para as pessoas com distúrbios físicos e/ou psíquicos, que tem o sonho de ter um filho gerado no próprio corpo, que é o caso da mulher, ou no corpo de sua companheira/esposa, ou pessoa de confiança, que é o caso dos homens.

Da problemática da fertilização, Costa Jr. (*apud* Diniz, 2007, p. 501-502) traz a concepção de que:

espermatozoides no período periovulatório; e) as trompas devem ser anatômica e funcionalmente normais para assegurar o encontro dos gametas, a nutrição e o transporte do pré-embrião até a cavidade uterina; f) o peritônio pélvico não pode ser obstáculo à postura ovular ou à captação tubária do oócito; g) o endométrio tem que estar adequadamente preparado por estrógenos e progestágenos para a nidação e nutrição do embrião nas primeiras fases de sua evolução; h) o pré-embrião e o embrião necessitam de uma herança genética saudável e mecanismos de reprodução celular perfeitos; i) o útero deve estar em condições anatômicas e funcionais suficientes para o desenvolvimento fetal durante a gestação.

Ter-se-á a inseminação artificial quando o casal não puder procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, pseudohermafroditismo, escassez de espermatozóides, obstrução do colo uterino, doença hereditária, etc.

Assim, entende-se um pouco a diferenciação das “disfunções” do organismo para procriação, podendo-se afirmar que a medicina criou técnicas de reprodução que viabilizassem a concepção de filhos por casais ou pessoas que não conseguissem ou pudessem concebê-los naturalmente, mas que tinham o desejo da maternidade e paternidade.

Entretanto, não são apenas os casais heterossexuais, ou pessoas solteiras com disfunções que têm o direito da procriação, hoje as técnicas estão sendo cada vez mais procuradas por casais homoafetivos e pessoas solteiras que buscam na reprodução humana assistida heteróloga a única forma de concretizar o sonho de ter um filho.

1.3.2 Tecnologias reprodutivas: aspectos conceituais

É de conhecimento geral que a concepção natural do ser humano se dá a partir do encontro de um homem e uma mulher em idade fértil, ele produzindo espermatozóides e ela óvulos, e que com o ato sexual haja o encontro dessas células sexuais reprodutivas, fecundando e formando o embrião.

Ainda, o enfoque proposto por Tamanini (2011, p. 74) é de que além das situações acerca da ética dessas intervenções, deve-se levar em consideração as dificuldades que as pessoas passam para alcançarem o sonho de ter um filho do próprio sangue. Cabe-se ressaltar os preconceitos de sexo e gênero que as pessoas ainda sofrem, bem como o problema financeiro considerando as inúmeras tentativas, muitas vezes, necessárias para obter o sucesso de ter um filho seu, tendo em vista custarem valores altíssimos, incompatíveis com o orçamento da maioria das pessoas.

Além disso, há problemas psíquicos-emocionais e físicos que podem ocorrer com a mulher, tendo em vista a gravidez múltipla ou de trigêmeos, consequência natural da fecundação por técnicas reprodutivas, tudo isso em busca de um herdeiro genético.

Entretanto, diante de várias impossibilidades anteriormente apontadas em virtude da esterilidade e infertilidade, entre outros motivos, a tecnologia reprodutiva é a forma artificial de conceber uma criança, utilizando-se da ciência para fecundar um sêmen masculino com um

óvulo feminino de forma não natural, ou seja, o embrião não será gerado pelo ato sexual do homem e da mulher, mas sim pela interferência medicamentosa e biotecnológica.

Gama (2003, p. 92, grifo do autor) assevera que,

A sexualidade do casal perde sua importância, no contexto das técnicas de reprodução medicamente assistida, já que é totalmente desnecessário qualquer contato sexual entre homem e mulher, havendo uma ‘*disjunção entre ato sexual e procriação, onde não se necessita mais da ereção masculina, do desejo do homem por uma mulher*’ [...].

Assim, tem-se que às técnicas de reprodução humana permitem o nascimento de crianças, as quais são geradas pela vontade de pessoas estéreis, pelo fato da “utilização de material germinativo ou de embriões - óvulos já fecundados” (GAMA, 2003, p. 95).

Salem (2011, p. 1) explica que, são inúmeros os impasses frente às tecnologias reprodutivas, destacando-se a fertilização *in vitro*, tendo-se em vista as problemáticas referentes ao embrião. Porém, com relação a essas técnicas, iniciou-se o debate especialmente nos anos 70, destarte as controvérsias sobre o aborto – grande dilema da saúde pública. Uma década após, nos anos 80, a discussão se expandiu, direcionando-se especialmente para fertilização *in vitro*, novidade para ciência naquele tempo, eis que o embrião passou a ser fecundado fora do corpo da mulher.

Nos dias atuais o debate ainda é muito extenso, tendo-se em vista a inexistência de legislação específica que regulamente as técnicas de reprodução humana assistidas. Destaca-se a Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.957/2010, no inciso I, n.º 2¹¹, que prevê que o direito de procriação pelos métodos de fertilização assistida só poderão ocorrer se não colocar em risco à vida ou à saúde da paciente e do possível descendente.

Silva (2002, p. 50) expressa que,

[...] por sua vez, é consequência (sic) imediata da intervenção biomédica, visando a contornar as causas relacionadas à infertilidade humana. Assim, se há pouco o advento dos meios tecnológicos contraceptivos já havia assegurado o exercício da sexualidade sem a ocorrência de procriação, nos dias de hoje as tecnologias da infertilidade asseguram a ocorrência da procriação sem que haja o exercício da sexualidade.

Nos dias atuais, qualquer pessoa que tem o sonho de procriar e possua disfunções físicas ou psicológicas, ou até mesmo a falta de um parceiro, pode ter acesso as técnicas

¹¹RESOLUÇÃO CFM n.º 1.957/2010. NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA [...]I- PRINCÍPIOS GERAIS [...] 2 – As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

reprodutivas e ter seu sonho concretizado que é um filho consanguíneo, ou gerado no próprio corpo. Traduz-se em direito à saúde reprodutiva, direito de todos e dever do Estado.

1.3.3 Inseminação artificial *in vivo*

Há diversas técnicas de inseminação artificial utilizadas pela engenharia genética para reprodução humana assistida.

Fachin (*apud* DIAS, 2010, p. 361-362) esclarece que “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” são todas expressões para se referir à reprodução assistida.

Com relação à forma tecnológica utilizada, Diniz (2007, p. 497) explica que, “a reprodução humana assistida, conjunto de operações para unir, artificialmente, gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano, poderá dar-se pelos métodos ZIFT e do GIFT”.

Explicando uma das formas de reprodução humana assistida, Diniz (2007, p. 497-498), expõe que, no método GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*) o sêmen do marido ou terceiro (doador) é inserido na mulher para formação do embrião no seu próprio útero, existindo assim a chamada fertilização *in vivo*.

Na fertilização *in vivo* não há a ocorrência de nenhuma “manipulação externa de óvulo ou de embrião” (DINIZ, 2007, p. 497), e por ser a técnica mais simples Corleta e Frajndlich (2007) explicam que,

A inseminação intra-uterina, colocação dos espermatozóides preparados dentro do útero no período ovulatório, não requer anestesia. Expõe-se o colo do útero com o espéculo e com uma cânula delicada através do orifício do colo injeta-se os espermatozóides capacitados dentro do útero. Após a inseminação os espermatozóides vão em busca do óvulo e a fertilização ocorre nas trompas, *in vivo*.

Desta forma, com relação ao método apresentado Corleta e Frajndlich (2007) concluem que com “espermatozoides (sic) capacitados, inseminação intra-uterina, ovulação múltipla – a fertilização ocorre *in vivo*”, ou seja, “dentro da trompa”.

Tem-se então que, a fertilização *in vivo* é a menos evasiva, a qual é colocado o gameta masculino dentro do útero feminino de forma artificial, mas a fecundação dos gametas masculinos e femininos se dão de forma natural.

1.3.4 Fertilização *in vitro*

É a fertilização *in vitro* a mais moderna e também a mais polêmica técnica de reprodução humana assistida, frente aos mais complexos meios que se dão à fecundação.

Conceituando este processo de reprodução humana assistida, Diniz (2007, p. 497-498), expõe que o método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*), o qual se refere à fertilização *in vitro* é aquele em que o óvulo é fecundado na proveta, com o espermatozóide do marido ou terceiro (doador). Então, o embrião é fecundado fora do corpo da mulher para posteriormente ser introduzido no corpo da dona do óvulo ou de terceira (receptora).

Conforme Corleta e Kalil (2001) a fertilização *in vitro*, chamada ainda de “bebê de proveta”, é utilizada nos casos em que há infertilidade tubária, ou seja, quando a mulher tem as trompas ausentes ou obstruídas. Tal técnica deve-se ao fato da fecundação do óvulo pelo espermatozóide ocorrer fora do corpo da mulher, sendo realizada em laboratório, por isso chamada, *in vitro*. Os embriões resultantes desta fertilização são transferidos para o útero aproximadamente 72 horas após a captação dos óvulos.

Referida técnica é utilizada quando no casamento ou, união estável, em razão da esterilidade ou infertilidade de um dos cônjuges ou companheiro, ou até mesmo dos dois, não se concretiza a gravidez. Porém, é óbvio que na utilização desta técnica, o homem, a mulher, ou os dois, não terão vínculo biológico com a criança, por este motivo haverá a necessidade de consentimento do marido ou da mulher, para realização de tal ato, configurando-se o vínculo de parentesco afetivo apenas.

Considera-se a fertilização *in vitro*, bastante peculiar e também a mais polêmica, pelo fato de envolver terceiro na reprodução, que é o doador de sêmen ou óvulo. E a maior discussão é acerca dos direitos do concebido pela fertilização *in vitro* de ter sua genética reconhecida, eis que o doador é anônimo.

1.3.5 Reprodução humana assistida homóloga e heteróloga

Ressalta-se que, dentro das técnicas anteriormente apresentadas, existe à diferenciação destas por espécie, sendo elas homólogas ou heterólogas.

A respeito da inseminação artificial ou fertilização *in vivo* de reprodução homóloga, Gama (2003, p. 726-727) ensina que são aquelas que utilizam os gametas feminino e masculino do próprio casal, marido e mulher. Resultados desta técnica são a gravidez e o nascimento da criança no âmbito familiar.

Trata-se ainda de direito natural, conforme prevê o inciso III do art. 1597 do Código Civil de 2002 onde cita que “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;”.

A segunda espécie, inseminação artificial, ou fertilização *in vitro* de reprodução heteróloga é mais complexa, pois é aquela que se utiliza de material genético de terceiro, pessoa estranha ao casal.

Fernandes (2000, p. 58) complementa que,

[...] por fecundação heteróloga entende-se o processo pelo qual a criança que vier a ser gerada por qualquer das técnicas de reprodução assistida for fecundada com a utilização de gametas de doadores, dividindo-se a fecundação heteróloga ‘a mãe’, quando o gameta doado for o feminino, ‘a pai’, quando se tratar de doação de gameta masculino, ou total, quando os gametas utilizados na fecundação, tanto os masculinos quanto os femininos, são de doadores [...]

Contudo, Barboza (*apud* SÁ; NAVES, 2004, p. 227) explica que, a problemática não se inclui com a inseminação artificial homóloga, eis que nesta a fecundação acontece no útero da própria doadora do gameta feminino, mas sim na inseminação heteróloga - quando há intervenção de terceiro, como doador de gameta ou como “mãe gestacional”.

Dessa forma, compreende-se fertilização *in vivo* aquela que utiliza de material genético do casal, então, sempre haverá filiação legal e biológica. Já na fertilização *in vitro* o material genético será de terceiro, então a filiação pelo menos com relação à mãe ou ao pai, ou os dois, será legal e socioafetiva, tendo-se em vista que a ligação biológica é com o doador.

1.3.5 Maternidade Substitutiva

Dentre as técnicas de reprodução humana assistida, destaca-se a mais complexa, onde à mulher que conceber o filho não será mãe, é a maternidade substitutiva.

Goldim (2002) explica que a maternidade substitutiva,

[...] ocorre quando uma mulher concorda em ser inseminada artificialmente, ou receber embriões transferidos, com a compreensão de que criança que irá gestar, ao nascer, será criada pelas pessoas que propuseram este procedimento. Algumas pessoas propõem que este procedimento é semelhante a uma adoção pré-natal.

Essa forma de reprodução assistida é aquela conhecida popularmente por “barriga de aluguel”, onde a gestação ocorre no ventre de uma terceira, não a dona do material genético. No caso, pela impossibilidade da mulher que faz parte do casal de gerar um filho, a terceira empresta/gratuitamente sua barriga para gestar a futura criança com o material genético do casal manipulado em laboratório.

Porém, existe também a possibilidade de a terceira engravidar pelo seu próprio óvulo fecundado com o material genético do homem do casal, ante a impossibilidade da mulher do casal ter seu óvulo fértil, neste caso ela é mãe gestora e genética, mas com o compromisso de entregar a criança ao casal depois de nascida (GAMA, 2003, p. 745).

No Brasil, sendo a Resolução do Conselho Federal de Medicina, nº 1.957/2010, VII, 1¹², a única diretriz existente no ordenamento jurídico, tem-se a obrigatoriedade de vínculo familiar entre a mãe social e a mãe gestacional.

Então, sabe-se que independente a forma que se de a maternidade substituta o que deverá prevalecer é a afetividade dos pais com o filho gerado por uma terceira, tendo-se em vista a ligação que permanecerá da criança com a sua gestora, independente de contato físico, ou não, posterior ao nascimento.

Por fim, tendo-se abordado as tecnologias reprodutivas e suas formas éticas de procedimentos, bem como, os direitos à filiação e a dignidade da vida humana, sobrepondo-se às pesquisas científicas sem critérios humanistas, cria-se a necessidade de compreensão e estudo quanto aos direitos de filiação decorrentes dessas tecnologias reprodutivas assistidas e os reflexos nos concebidos por esses meios científicos e medicamentosos.

¹²RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010. NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA [...] VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO). As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra indique a gestação na doadora genética. 1 – As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

CAPÍTULO II

2 O ESTADO DE FILIAÇÃO E OS DIREITOS CONEXOS

O estado de filiação é a ligação entre pais e filhos, pelo reconhecimento da paternidade ou maternidade, seja ela biológica, ou pelo afeto existente em razão da convivência entre essas pessoas, a qual gera uma relação de filiação socioafetiva, o que se torna mais importante à formação do indivíduo do que o próprio reconhecimento genético.

A sociedade sofreu diversas mudanças no conceito família, anteriormente reconhecida como sendo formada pelo pai, a mãe e os filhos. Diante das inovações da ciência onde, tornou-se possível a procriação individual por meio de um doador do gameta do sexo faltante, e o reconhecimento da união estável homoafetiva, o legislador sentiu a necessidade de uma nova regulamentação, ausente de preconceitos, que abordasse cada caso individualmente, eis que a filiação foi afastada do casamento.

Os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, ambos consagrados na Constituição Federal de 1988, trouxeram avanços significativos para o direito de família, buscando aproximar a legislação o mais próximo possível da realidade, demonstrando que às antigas regras de base familiar já não podiam mais ser aplicadas, tendo-se em vista às diversas formas de constituição familiar existentes, devendo a lei aplicada se tornar a intermediadora nos diferentes casos de filiação.

Ter a filiação reconhecida é direito de todos, independentemente da sua origem, sendo direito personalíssimo e indisponível. É vedada a discriminação e/ou diferenciação de qualquer dos filhos, independente a decorrência da filiação, devendo todos serem tratados de forma igualitária perante a sociedade e pela lei.

Aborda-se neste capítulo o conceito de filiação e também o direito ao estado de filiação, baseando-se na legislação, doutrina e jurisprudência. Ainda, analisa-se os critérios utilizados pelo legislador para caracterizar o estado de filho, os efeitos destes critérios na sociedade e também em alguns casos em concreto, demonstrando que cada caso tem sua particularidade e o jurista deve analisá-lo individualmente.

2.1 Direito à filiação: reconhecimento isonômico

Todo humano é consequência da junção de um óvulo e um espermatozóide, que unidos se transformam num zigoto, acarretando numa gravidez e posterior nascimento de uma nova vida, seja este processo de forma natural, ou artificial. Todo ser humano tem um pai e uma mãe, independente do método utilizado para sua criação, existindo assim uma relação de filiação.

Filiação é a relação de parentesco existente entre pais e filhos, seja ela consanguínea ou não. Ter a filiação reconhecida é o direito de todo indivíduo, sendo ele filho biológico, adotivo, com os pais separados ou casados e ainda aqueles provenientes de reprodução humana assistida (GONÇALVES, 2011, p. 318/319).

Nesse sentido a Constituição Federal de 1988, no parágrafo 6º, do artigo 227¹³ e o Código Civil de 2002, em seu artigo 1596¹⁴, afastam qualquer tipo de preconceito e distinção entre os filhos, estabelecendo absoluta igualdade entre eles, vedando qualquer ato discriminatório referente à filiação.

Esta tutela é recente, pelo Código Civil de 1916 era considerado filho legítimo apenas aquele resultado do casamento dos pais, destarte não houvesse o matrimônio o filho jamais teria os mesmos direitos daquele que é fruto do enlace. Naquela época a filiação estava vinculada ao casamento.

¹³ Art. 227 CF. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 6º - 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.

¹⁴ Art. 1.596 CC. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A partir desta base legal, com relação aos filhos não considerados legítimos, Gonçalves (2011, p. 319) explica que,

Quando não houvesse casamento entre os genitores, denominavam-se *ilegítimos* e se classificavam, por sua vez, em naturais e espúrios. *Naturais*, quando entre os pais não havia impedimento para o casamento. *Espúrios*, quando a lei proibia a união conjugal dos pais. Estes podiam ser *adulterinos*, se o impedimento resultasse do fato de um deles ou de ambos serem casados, e *incestuosos*, se decorresse do parentesco próximo, como entre pai e filha ou irmão e irmã.

Numa visão presumida, considera-se como filho “o ser nascido 180 dias após o casamento de um homem e uma mulher, ou 300 dias depois do fim do relacionamento. Essa presunção buscava prestigiar a família, único reduto em que era aceita a procriação” (DIAS, 2010, p. 349/350). Esta regra foi mantida pelo atual Código Civil.

Entretanto, a concepção de família ao longo dos anos foi ganhando novas definições, estas foram se moldando ao contexto social do mundo e demonstrando que uma família “não ideal”, diga-se aquela diferente do imposto pela lei, - pai, mãe casados e filhos -, poderiam ter melhores condições de vida que aquelas anteriormente determinadas – ao exemplo os casos de divórcio – ou aquelas que se formaram independentemente a forma, podem exercer o papel social tanto quanto a outra, ou muitas vezes até melhor.

A legislação teve que se moldar para acompanhar as demandas sociais. A Constituição Federal Brasileira de 1988 se adequou de acordo com as mudanças da sociedade e nos parágrafos 3.º e 4.º do artigo 226¹⁵, determinou a proteção do Estado nos casos de união estável e também definiu como entidade familiar àquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Porém, a evolução legal não parou por aí, os casais homoafetivos começaram a se formar na sociedade e assumir a função de família e, deste modo, iniciou-se uma luta em busca dos seus direitos, requerendo o reconhecimento da entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo. Foi quando em 14 de outubro de 2011, data da publicação final do Acórdão, decidiu-se na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277, sobre o reconhecimento da união estável homoafetiva,

¹⁵ Art. 266. [...]; §3.º, CF- Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Art. 226, [...] §4.º, CF – Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.¹⁶

Ressalta-se que, o país reconhece como entidade familiar àquela formada por pessoas homoafetivas, mas estes efeitos ainda não estão pacificados quando se trata dos direitos destes à filiação.

A filiação pelas normas civilistas ainda demonstra tratamento diferente entre filhos concebidos no casamento ou na união estável.

A legislação se refere ao parentesco direto provindo do casamento, deixando a união estável de lado, eis que no primeiro a prova é pré-constituída, podendo os pais registrar um o filho no nome do outro, bastando apenas à apresentação da certidão de casamento, já na união estável não é possível, havendo a necessidade de comprovação do início da convivência que é mais dificultosa, exceto existindo uma decisão judicial ou documento que comprove este convívio dos pais (DIAS, 2010, p. 350). Embora a filiação tenha sido separada do casamento o legislador privilegia a configuração deste vínculo no âmbito da conjugalidade.

Esta norma colide com a consolidação da Constituição Federal de 1988, e posterior implementação no Código Civil de 2002 que preconizam que, os filhos oriundos, ou não, da relação matrimonial, e ainda os provenientes de processo de adoção ou de tecnologias reprodutivas, passaram a ter os mesmos direitos, sendo vedada qualquer discriminação, inclusive pelo fato de que o filho não necessariamente tenha que ser biológico, como por exemplo, nos casos dos adotivos e dos gerados por reprodução heteróloga. Não importa onde os filhos são concebidos, todos têm direitos isonômicos.

¹⁶[...] Ementa [...] 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277**. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277>>. Acesso em: 3 abr. 2012.

No mesmo sentido da Constituição Federal, prevê o art. 20¹⁷ do Estatuto da Criança e do Adolescente que é vedada qualquer designação discriminatória aos filhos, sejam eles da relação de casamento, adoção, ou qualquer outra forma de filiação. Tendo todos os mesmos direitos e deveres perante a lei. Desta forma, cabe a cada um perseguir o direito à filiação, ou seu reconhecimento, eis que é um direito personalíssimo e o qual apenas poderá ser exercido pela própria pessoa, ou seu possível gerador.

Ainda, deve-se fazer um apenso para o direito à personalidade o qual reserva a própria pessoa o direito à vida, à integridade física e moral e à privacidade, ressaltando-se que todos estes estão englobados nos direitos fundamentais da pessoa humana, ficando a critério de cada um buscar os seus interesses filiais.

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 16¹⁸, inciso V, prevê que o direito à liberdade que abraça a criança e o adolescente inclui que estes têm o direito de participar da vida familiar e comunitária, sem qualquer tipo de discriminação.

Tem-se que todos têm o direito ao reconhecimento da sua origem, seja ela qual for, mesmo que considerada pela sociedade como a não mais adequada. Deste modo, dá-se a chance aquele que não conhece seus genitores, ou apenas um deles, de buscar o seu direito de filiação, se não obtido de forma voluntária, pela investigação de paternidade/maternidade reconhecida pela justiça.

A doutrina atual identifica três requisitos básicos no ato de reconhecimento da filiação: a) subjetivo; b) formal; c) objetivo (NADER, 2011, p. 298).

Para Nader (2011, p. 298) o requisito subjetivo se dá em razão ao nexa da causa para o reconhecimento, e este sendo ato personalíssimo somente poderá ser realizado pelo pai ou pela mãe. A principal característica a ser reconhecida é a consanguinidade, entretanto, tendo-se em vista as modernas práticas em busca da filiação, admite-se o critério de parentesco socioafetivo, sendo esta relativa e dependente de provas.

Com relação ao critério formal, Nader (2011, p. 299-302) explica que, este se caracteriza pela vontade das partes declarada em documento público ou privado. Os documentos públicos por possuírem fé pública, terão maior grau de validade do que os

¹⁷ Art. 20 Estatuto da Criança e do Adolescente. 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.

¹⁸ Art. 16 Estatuto da Criança e do Adolescente. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: [...] V-participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; [...].

privados, tendo em vista o valor de prova do segundo estar mais exposto a questionamentos. O registro civil, escritura pública ou privada, testamento, manifestação direta e expressa perante o juiz são modalidades de declaração de vontade de registro de nascimento.

Ao final, Pereira (2011, p. 303) leciona que,

[...] o requisito objetivo de reconhecimento consiste no fato de atribuir “*status de filho*”. Em sua manifestação expressa, o reconhecente há de assumir a paternidade ou maternidade do filho em gestação ou já nascido. Não se admite o modo implícito de reconhecer, como se daria em caso de uma deixa testamentária para alguém, não acompanhada de declaração específica de paternidade ou maternidade.

Verifica-se a existência de uma legislação e também de uma doutrina ampla e que admite várias formas de reconhecimento da filiação e/ou paternidade – maternidade.

2.2 Origem do direito de filiação

O que é ser pai, ou o que é ser mãe é um conceito bastante discutido na área do direito de família. Ressalta-se o ditado popular: “pai e mãe é quem cria”, porém para o Direito o tema é complexo.

Nessa senda, Gonçalves (2011, p. 318, grifo do autor) explica que,

Em sentido estrito, *filiação* é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada *filiação propriamente dita* quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina *paternidade* ou *maternidade*.

Para Dias (2010, p. 352, grifo do autor) no atual contexto social em que a sociedade se apresenta, existem várias formas de filiação, as quais sejam: a de quem é apenas criado pelos pais, ou por qualquer deles isoladamente (socioafetiva), a dos filhos biológicos e aquelas determinadas pela lei, conhecidas como presumidas. Assim, a autora resume essas diferenciações explicando que,

Ditas expressões nada mais significam do que a consagração, também no campo da parentalidade, do novo elemento estruturante do direito das famílias. Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença do **vínculo afetivo** paterno-filial.

Ter estado de filho se tornou não apenas manter relações biológicas com seus genitores, mas sim manter relações de vínculo afetivo com aqueles que o criaram, o que tornará a filiação consagrada. Nesse sentido Rodrigues (2004, p. 297) sintetiza ao dizer que

“*filiação* é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado”.

Havendo o parentesco consanguíneo ou não, pode haver o estado de filho. Desta forma, existindo a necessidade do legislador em regulamentar as diferentes formas de filiação a doutrina e a jurisprudência criaram diferentes critérios para diferenciação e legalização de cada caso em específico.

2.2.1 Critério biológico

O vínculo biológico é unicamente genético, identificado pela relação de consanguinidade entre pais e filhos e pode ser identificado com exames médicos, em especial o DNA.

Dias (2010, p. 359, grifo do autor) reflete com relação ao critério biológico de filiação ressaltando que,

Dois fenômenos romperam o princípio da derivação biológica, que a lei consagra, a doutrina sempre sustentou e a jurisprudência vinha decidindo sobre os vínculos de parentalidade. Até hoje, quando se fala em filiação e em reconhecimento de filho, a referência é à verdade genética. Em juízo sempre foi buscada a chamada verdade **real**, sendo assim considerada a relação de filiação decorrente do vínculo de **consanguinidade**.

Dessa forma, o filho quando na necessidade de buscar o seu reconhecimento genético/biológico deve buscar a justiça e por meio dela obter o “reconhecimento *judicial, forçado* ou *coativo* por meio da ação de investigação de paternidade, que é *coação de estado, de natureza declaratória e imprescritível*” (GONÇALVES, 2011, p. 351, grifo do autor).

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) em seu artigo 27 também expressa: “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”.

Lôbo (2012) com relação ao direito do reconhecimento genético alerta que, este é um direito da personalidade, fundamentalmente declarado e que traz ao filho reconhecido apenas o direito à identidade genética. Porém, ter estado de filiação não significa estar inserido na relação familiar, ou seja, é muito fácil reconhecer a origem genética de alguém por meio de exames médicos, entretanto a pessoa não necessariamente terá uma relação de filiação com

seu gestor, a qual decorre independentemente da genética, mas sim do vínculo de parentesco e do convívio, estabelecendo entre estas pessoas direitos e deveres recíprocos.

Quando se refere a critério biológico de filiação, relaciona-se que este deve vir depois do critério presumido, ou seja, o filho que busca o reconhecimento biológico da filiação é aquele que não se enquadrava nas hipóteses de paternidade presumida, pois não foi gerado durante o casamento, nem nasceu nos prazos previstos em lei no artigo 1.597 do Código Civil, exceto nos casos de erro ou falsidade do registro.

De acordo com o artigo 1.616¹⁹ do Código Civil, os efeitos da sentença declaratória de paternidade são *ex tunc*, ou seja, retroagem à data do nascimento, porém não necessariamente haverá o convívio entre pai e filhos, talvez, somente o direito de vindicar valores não pagos pelo genitor.

A legitimidade para ingressar com tal ação é única e exclusiva do filho, pois o reconhecimento da filiação é direito personalíssimo, porém se for menor de idade deve ser representado por sua genitora ou pelo tutor. Ainda, se a mãe do reclamante for menor, também deverá ser representada ou assistida, dependendo se relativa ou absolutamente incapaz, ou por tutor zelando pelos interesses da incapaz.

De acordo com o ECA, a ação pode ser ajuizada sem qualquer restrição, eis que não há mais diferenciação no *status* de filho, tendo todos os mesmos direitos independentemente a situação. Gonçalves (2011, p. 354) explica que,

A moderna doutrina, secundada pela jurisprudência, tem reconhecido legitimidade ao *nascituro* para a sua propositura, representado pela mãe, não só em face do que dispõe o parágrafo único do art. 1.609 do Código Civil, como também por se tratar de pretensão que se insere no rol dos direitos da personalidade e na ideia de proteção integral à criança, consagrada na própria Constituição Federal.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em sua jurisprudência²⁰ vem garantindo os direitos do nascituro para posterior ingresso de ação declaratória de paternidade, quando no nascimento.

¹⁹ Art. 1.616 CC. A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.

²⁰ ALIMENTOS EM FAVOR DE NASCITURO. Havendo indícios da paternidade, não negando o agravante contatos sexuais à época da concepção, impositiva a manutenção dos alimentos à mãe no montante de meio salário mínimo para suprir suas necessidades e também as do infante que acaba de nascer. Não afasta tal direito o ingresso da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Agravo desprovido. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018406652, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007)

A ação de reconhecimento de paternidade ainda pode ser interposta mesmo que o suposto pai, ou mãe já tenha falecido. Nesse sentido, Prunes (1978 *apud* GONÇALVES, 2011, p. 356) leciona que, “quando o *de cuius* deixa viúva e filhos, a demanda será contra todos dirigida, ainda que não possa, nos efeitos patrimoniais, afetar a meação da primeira”.

A sentença que julgar procedente a ação de investigação de paternidade quando o pai ou mãe for falecido, terá os efeitos estendidos em relação aos demais filhos e/ou herdeiros do investigado.

Com o exame de DNA, ter o reconhecimento biológico reconhecido ficou muito mais fácil, uma vez que o exame não deixa dúvidas no grau de parentalidade. Porém, a realização do exame não é tão simples assim, nesse contexto, Dias (2010, p. 406, grifo do autor) argumenta que,

[...] a realização dessa prova apresenta dupla ordem de dificuldade. Em primeiro lugar, é necessário que haja a **participação** do demandado para a sua realização. Ainda que exista o dever de ambas as partes de colaborar com a justiça (CPC 339) e de proceder com lealdade e boa-fé (CPC 14 II), não se pode impor ao réu que se submeta coactamente à coleta de material.

Tendo em vista esta dificuldade, deve-se sobrepor os direitos existentes, o primeiro o do investigado que tem o direito a intangibilidade do seu corpo, e o segundo, o direito à identidade genética do filho, ambos salvaguardados pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Importante destacar posicionamento na decisão do Supremo Tribunal Federal onde se faz entender que,

[...] o direito ao corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público.²¹

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXISTINDO ELEMENTOS A CONFIRMAR A PROVÁVEL PATERNIDADE, IMPÕE-SE A FIXAÇÃO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS, REDUZIDOS, NA ESPÉCIE, EM FACE DAS POSSIBILIDADES DO REQUERIDO. RECURSO PROVIDO, EM PARTE. (SEGREDO DE JUSTIÇA). BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n. 70017606823**. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, RS, 11 de abril de 2007. Disponível em < http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+-de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70017606823&num_processo=70017606823&codEmenta=1823384&temIntTeor=true> Acesso em: 19 mar 2012.

²¹Ementa. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução

No entanto, verificando-se a não obrigatoriedade do fornecimento de material genético para a realização da perícia, ou seja, exame de DNA, o Superior Tribunal de Justiça, em sua Súmula 301²², decidiu que “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. Nesse mesmo sentido, o Código Civil no artigo 232²³ preconiza que se o suposto investigado se negar a realização do exame médico, a prova que se pretendia contra ele poderá ser suprida. Todavia, faz-se necessário, outros meios de prova, como por exemplo, documental e testemunhal, que comprovem o envolvimento do casal.

Ainda com relação à investigação de paternidade por prova pericial científica, Gonçalves (2011, p. 366) conclui que,

O exame de DNA é hoje, sem dúvida, a prova central, a prova mestra na investigação filial, chegando a um resultado matemático superior a 99,9999%. Faz-se mister, no entanto que seja realizado com todos os cuidados recomendáveis, não só no tocante à escolha de laboratório idôneo e competente, dotado de profissionais com habilitação específica, como também na coleta do material. É fundamental que tal coleta seja acompanhada pelos assistentes técnicos indicados pelas partes e o material bem conservado e perfeitamente identificado. Se tais cautelas não forem tomadas o laudo pode ser impugnado, dada a possibilidade de erro.

Então, com relação ao critério biológico de filiação, tem-se a necessidade da vontade unilateral do filho na busca pela investigação de paternidade ou maternidade, por meio de exame pericial de DNA, onde em ação judicial, será declarada ou não a filiação.

específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 71373 / RS - RIO GRANDE DO SUL**. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, DF, 10 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Intangibilidade+do+Corpo+Human+o%29+%28%28MARCO+AUR%C9LIO%29%2ENORL%2E+OU+%28MARCO+AUR%C9LIO%29%2ENORV%2E+OU+%28MARCO+AUR%C9LIO%29%2ENORA%2E+OU+%28MARCO+AUR%C9LIO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 março 2012.

²²Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 301**. Brasília, DF, 18 de outubro de 2004. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 19 mar 2012.

²³ Art. 232 CC. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

2.2.2 Critério socioafetivo

Nos dias atuais, os efeitos da filiação são muito mais relevantes quando considerados os vínculos de afeto do que o vínculo de consanguinidade. Na legislação, o artigo 1.593²⁴ do Código Civil prevê que o parentesco pode se dar por “outra origem”. Considera-se esta outra origem como critério socioafetivo de filiação, ou paterno-filial.

Otoni (2012) esclarece o conceito de socioafetividade no seguinte sentido,

A posse de estado de filho, elemento caracterizador da paternidade socioafetiva, é decorrente da função de pai e/ou mãe, bem como do querer ser filho de alguém, ou seja, a partir do momento em que um casal (ou uma só pessoa) se dispõe a cuidar da criança tratando-a como filho através do carinho, do respeito, da convivência, presente estará a posse de estado de filho. A paternidade se faz, se constrói e esta construção irá refletir na afetividade. Daí a ideia de que o estado de filho afetivo não se dá com o nascimento e sim com a manifestação da vontade.

Além de ser um ato de vontade das partes, e cumprir um papel importantíssimo dentro da família, o critério socioafetivo deve ser exclusivamente fundado por gestos de amor, carinho, respeito e reciprocidade entre os entes familiares, o filho deve ser tratado sem qualquer distinção em relação aos outros e principalmente ter os mesmos direitos e deveres daqueles.

Cabral (2012) traz resumidamente a concepção de que, “[...] a afetividade é uma nascente da qual fluem, em uma relação de consequência natural, a solidariedade, o respeito e o cuidado”.

Deve-se levar em conta que ser mãe não é apenas gerar um filho, mas é o sentimento desta pelo filho, coisa que nem toda mãe geradora tem. Então, muito mais filho é aquele que se enquadra no grupo familiar e recebe atenção e cuidados, do que aquele que é gerado e posteriormente rejeitado. Assim, a pessoa que passa a fazer parte da prole pela afetividade recebe o estado de filiação (OTONI, 2012).

A jurisprudência catarinense²⁵ afirma que “o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar e não do sangue”. Com essa

²⁴ Art. 1.593 CC. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

²⁵ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM PEDIDO DE ADOÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM FAVOR DO PAI AFETIVO, QUE CRIOU A FILHA DE SUA ESPOSA, FRUTO DE UMA RELAÇÃO EXTRAJUGAL, DESDE O NASCIMENTO DA MENOR (EM 1997) E A MANTÉM NO SEIO FAMILIAR, CONSTITUÍDO PELO CASAL E MAIS TRÊS FILHOS. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL,

conclusão, torna-se visível a importância da socioafetividade entre pais e filhos, eis que se verifica que o sentimento existente entre essas pessoas é muito superior a qualquer ligação genética.

Para Otoni (2012) “o estado de filho possui três elementos caracterizadores e que de certa forma concretizam a relação proveniente da vontade de assumir a responsabilidade paterna bem como a vontade de ser tratado como filho. Trata-se do nome, tratamento e fama”.

O nome nem sempre é a característica mais importante, eis que vários filhos por afeição não herdam o nome dos pais afetivos. O tratamento conforme anteriormente comentado deve ser igual ao dos outros filhos, sem qualquer distinção. E o mais importante que é a “fama”, quer dizer que deve ser notoriamente reconhecido pela sociedade/comunidade como filho das pessoas que o criaram (OTONI, 2012).

O critério socioafetivo de filiação, vale ressaltar que é aquele onde o filho criado por uma família diferente da sua biológica, porém não há a adoção, apenas o *status* de parentalidade, entretanto “diferentemente da adoção judicial, a adoção à brasileira ocorre quando uma criança é registrada pelos pais afetivos como se filho biológico deles fossem”. (GONGALVES, 2011, p)

O artigo 242²⁶ do Código Penal considera crime registrar como seu o filho de outra pessoa, entretanto a jurisprudência esta considerando irrevogável o registro, uma vez que caracterizada a socioafetividade (OTONI, 2012).

Na mesma concepção Dias (2010, p. 367-368) alerta que,

Tal atitude ainda que configure delito contra o estado de filiação [...], nem por isso deixa de produzir efeitos, não podendo gerar irresponsabilidades ou impunidades. Como foi o envolvimento afetivo que gerou a posse do estado de filho, o rompimento da convivência não apaga o vínculo de filiação que não pode ser desconstituído. [...] Persistindo a certeza de quem é o pai, ou seja, mantida a posse de estado de filiação, não há como desconstituir o registro.

DECLARANDO A INFANTE COMO FILHA LEGÍTIMA DO ORA RÉU, PAI BIOLÓGICO, INSUBSISTENTE. AUTOR E FILHA SOCIOAFETIVA RECOLOCADOS À SITUAÇÃO LEGAL JUSTA, BASEADA EM FATO CONCRETIZADO, QUE NÃO MERECEIA TER SOFRIDO ALTERAÇÃO NA ESFERA DO DIREITO. PREVALÊNCIA DA RELAÇÃO BASEADA NO AMOR, NA SOLIDARIEDADE E NO SENTIMENTO PURO DE ACEITAÇÃO RECÍPROCA. BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2008.018013-7**, Relator: Desembargador Ronaldo Moritz Martins da Silva. Blumenau, SC, 15 março 2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000BI5400-00&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4278977&pdf=true>>.

Acesso em: 28 mar 2012.

²⁶ Art. 242 CP. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.

Nesse sentido a jurisprudência catarinense²⁷ considera que “a invalidade do registro assim obtido não pode ser considerada quando atingir o estado de filiação, por longos anos estabilizado na convivência familiar”.

Portanto, por mais que seja considerado crime é irrevogável o registro quando configurada a paternidade/maternidade socioafetiva, tendo em vista que deve sempre prevalecer o melhor interesse para criança, bem como ela deve ser mantida no âmbito familiar.

2.2.3 Critério legal

Como o próprio nome refere “legal” – que deriva de lei – então, o critério legal ou presumido é aquele que o legislador criou para facilitar à vida das pessoas quando ocorre o nascimento do filho durante o casamento ou em consequência deste, implementando este critério ao artigo 1.597²⁸ do Código Civil.

Analisando-se o inciso I do texto de lei, verifica-se que para que seja presumido que o filho foi gerado durante o casamento, o nascimento deste tem que ocorrer depois de pelo menos cento e oitenta dias da convivência do casal, não podendo apenas ser levado em consideração à data do casamento, mas sim a frequência da vida íntima do casal.

Nesse contexto Gonçalves (2011, p. 321) cita alguns casos de casamento que não iniciaram juntamente com a convivência conjugal, sendo eles o “[...] caso de pessoas que se casam por procuração ou se veem impossibilitadas de iniciar o convívio por algum motivo relevante, como um repentino problema de saúde [...]”.

Com relação ao prazo estabelecido pela lei de 180 (cento e oitenta) dias, verifica-se ser tempo insuficiente para levar a termo uma gravidez, então Pereira (2004, p. 317) alerta que,

²⁷ Vide nota 25.

²⁸ Art. 1597 CC. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Não cabe discutir se, sob o aspecto biológico, o prazo de cento e oitenta dias é bastante para uma gestação a termo. A lei o institui *in favore legitimitatis*, porque a Medicina Legal aponta casos, posto que raros, de um nascimento nesse prazo [...].

Entretanto, mesmo estando estabelecido em lei este prazo, tem-se que levar em consideração que nos dias atuais existem técnicas, como por exemplo, as ultrassonografias que conseguem precisar o tempo de gestação de forma mais confiável e rápida. Esta presunção, como regra, não se aplica à união estável e decorre da prioridade e privilégio concedido ao casamento.

Examinando-se o inciso II do artigo 1597²⁹, verifica-se que neste caso a presunção da paternidade se dá quando os filhos nascerem em até 300 (trezentos) dias depois da dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento. Entretanto, compartilha-se do entendimento de que essas modalidades utilizadas pela lei para encerrar o casamento, iniciam-se pela separação de fato do casal, tendo então o jurista que ter zelo ao analisar fielmente o artigo, eis que são procedimentos judiciais que demandam tempo e não poderia ser considerado filho o ser que nascer em até 300 (trezentos) dias da sentença de divórcio ou anulação, por exemplo, mas sim do momento em que houver o afastamento definitivo dos cônjuges. (SILVA, Regina, p. 1407-1408).

E por último, os incisos III, IV e V do artigo 1.597³⁰ do Código Civil todos decorrentes das tecnologias artificiais reprodutivas, preveem a presunção de filhos concebidos na constância do casamento, mesmo que falecido o marido.

Como anteriormente explicado a fecundação “indica a fase de reprodução assistida consistente na fertilização do óvulo pelo espermatozoide (sic). A fecundação [...] *homóloga* é realizada com sêmen originário do marido.” (GONÇALVES, 2011, p. 324). Neste caso o óvulo e o sêmen pertencem ao casal, sendo necessário o consentimento de ambos para fertilização. Por este motivo, presume-se a paternidade, sendo ela irrevogável.

Já a inseminação artificial *post mortem*, “o sêmen, embrião, e também o óvulo [...] possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado” (GAMA, 2003, p. 732).

No entanto, Gonçalves (2011, p. 324) leciona que,

²⁹ Vide nota 28.

³⁰ Vide nota 28.

Na Jornada de Direito Civil realizada no Superior Tribunal de Justiça no mês de junho de 2002, aprovou-se proposição para que se interprete o inciso III do citado art. 1.597 no sentido de ser obrigatório, para que se presuma a paternidade do marido falecido, “que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”.

Assim, verifica-se que a mulher não pode ter se envolvido com outro homem, tendo mantido a condição de viúva e é necessária a autorização do marido para a concepção do filho, a qual deve ser expressa.

No caso da fertilização *in vitro* heteróloga, aquela que ocorre quando se utiliza do “sêmen de outro homem, normalmente doador anônimo, e não o do marido, para a fecundação do óvulo da mulher. [...] A única exigência é que tenha o marido previamente autorizado a utilização de sêmen estranho ao seu” (LÔBO, 2011, p. 224).

Para Dias (2010, p. 364) este estado de filiação é puramente ligado a afetividade, uma vez que o consentimento do marido para que seja feita a fecundação é obrigatório, porém não necessariamente escrito. Não é possível a retratação do pai, uma vez que se iniciou a fecundação, sendo então a “presunção absoluta” e a “paternidade socioafetiva”.

Nos casos das técnicas de reprodução humana assistida, as quais se devem levar em consideração as autorizações do marido, ou de ambos, a vontade de filiação é o que se sobrepõe ao direito de impugná-la, tendo o *pater* o dever de se manter nessa condição, exceto comprovada a infidelidade da esposa.

Ainda, ressalta-se o ato do registro de nascimento do filho, chamado parentalidade registral, de acordo com o artigo 1.603³¹ do Código Civil, não podendo ninguém contestar a validade do ato do registro, exceto, provando-se erro ou falsidade do registro de acordo com Código Civil no artigo 1.604³².

De acordo com Lôbo (2010, p. 84) o registro é ato voluntário da paternidade, o qual faz público o nascimento, tornando-o incontestável. A escritura pública, o testamento e a declaração manifestada perante o juiz também comprovam a filiação, conforme preconiza o Código Civil no art. 1.609³³, gerando direitos e deveres recíprocos entre as partes.

³¹Art. 1.603 CC. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

³²Art. 1.604 CC. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

³³Art. 1.609 CC. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro do nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por

No ato registral, existem peculiaridades bastante importantes, as quais sejam, quando os pais são casados basta apenas um deles comparecer em cartório para efetuar o registro do nascimento munido da certidão de casamento. Todavia se os pais não forem casados é necessária a presença de ambos não podendo um registrar o filho no nome do outro, pois pelo casamento há a paternidade presumida. Embora não deva existir tratamento discriminatório, no aspecto filiação o Código Civil privilegia o casamento.

Entretanto, conforme visto anteriormente o registro só é inválido no caso de erro ou falsidade, porém Dias (2010, p. 360) explica que “[...] o impedimento à busca de estado contrário ao que consta no registro não obstaculiza o direito fundamental de vindicar a origem genética. Trata-se de direito imprescritível (ECA 27)³⁴”.

Mesmo que alguém registrado de forma voluntária pode intentar contra outro, ação de reconhecimento de origem genética. Contudo, “a paternidade deriva do estado de filiação, independentemente de sua origem, se biológica ou afetiva. A idéia (sic) de paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos” (LÔBO, 2010, p. 91).

Logo, a convivência familiar e a criação do filho são muito mais relevantes para o direito do que a prova biológica, sendo pai aquele que comparece à vida do filho e trata este como se seu fosse.

2.3 Colisão de critérios

Quando se trata de direitos disponíveis, sabe-se que sempre existirá o direito daquele que o exerce, sobrepondo-se ao direito daquele sobre o qual o direito será exercido. Nesse contexto, tem-se o dever de preponderar os valores perseguidos e suas consequências no âmbito pessoal e social.

Debatendo-se sobre direitos personalíssimos, mais especificamente aos direitos de filiação, o tratamento deve ser ainda mais delicado, uma vez que envolve a instituição família, a qual deve ser amplamente preservada. Visando manter a ética familiar e o convívio dessa

testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

³⁴Art. 27 Estatuto da Criança e do Adolescente. 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.

família, o legislador tenta aproximar cada vez mais a verdade real, com a *lex* já existente, e os direitos pessoais constitucionalmente garantidos, em especial busca garantir à dignidade da pessoa humana da criança e do adolescente. Sempre se deve atentar para melhor interesse da criança e do adolescente.

Ao se referir à filiação, tem-se que lembrar que a gestação da mulher pode ser desejada, ou não, pode ser por meios naturais, ou artificiais, porém durante muito tempo “os filhos foram [...] vitimados por escolhas valorativas e éticas que sustentavam o direito privado e eram deixados à margem das famílias legitimamente constituídas” (STEIN, 2006, p. 587).

Porém tentando coibir estas práticas discriminatórias e irresponsáveis, eis que se sabe a importância de um grupo familiar presente para a formação da personalidade da criança e do adolescente, analisar-se qual critério de filiação deve se sobrepor no caso concreto, quando houver colisão entre eles.

Nesse sentido, quando houver colisão entre direitos fundamentais, recomenda-se a utilização do princípio da proporcionalidade. No voto que julgou o Habeas Corpus de n. 82.424/RS³⁵, o ministro Gilmar Mendes (p. 71) explica que,

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal, em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, [...] estabelece um ‘limite do limite’ ou uma ‘proibição do excesso’ nas restrições de direitos fundamentais. [...] A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos [...]

Quando dois critérios se chocarem, o legislador deve usar da proporcionalidade para ponderar direitos existentes, buscando a solução menos danosa as partes. Ressalta-se, porém, a ausência de hierarquia entre os critérios, devendo o julgador analisar o caso em concreto verificando suas particularidades.

³⁵HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424/RS**. Relator: Ministro Moreira Alves, Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 28 mar 2012.

2.3.1 Colisão de critérios em casos verídicos

Ao que se percebe no atual momento jurídico e social, o critério socioafetivo tem maior relevância com relação ao critério biológico, uma vez que, entende-se que o sentimento não existe em virtude da consanguinidade, mas sim em razão da convivência familiar e da troca de carinho e afeto entre aqueles que passaram a fazer parte de uma mesma família.

a) Caso Pedrinho

Entretanto, no caso concreto não é tão simples esta definição quando apresentada frente a situações diversas ao cotidiano. Ao exemplo, tem-se o caso “Pedrinho”, no qual o menino Pedro Rosalino Braule Pinto³⁶, no ano de 1982, foi subtraído da maternidade do hospital Santa Lúcia, em Brasília, por Vilma Martins Costa que, havia mentido para seu marido que estava grávida e apresentou a criança como se seu filho fosse. Então, o menino foi registrado como filho do casal, com o mesmo nome do pai - Osvaldo Martins Borges Júnior.

Em 2002, Pedro Rosalino Braule Pinto teve conhecimento de que fora vítima de “sequestro”, praticado pela mulher que considerava ser sua mãe. Realizada a prova biológica – exame de DNA, ficou comprovado que Pedrinho era filho dos pais biológicos, tendo a vítima dado preferência a paternidade biológica à socioafetiva, uma vez que foram alterados os registros de nascimento, bem como o nome da vítima, que também passou a conviver com a família decorrente do direito natural do *ius sanguinis* (direito de sangue).

³⁶ http://www.conjur.com.br/2003-ago-26/conheca_sentenca_condena_vilma_martins_goias

b) Caso Ana Paula Matos de Oliveira e Guilherme Matos de Oliveira³⁷

Alcione Batista Oliveira ajuizou ação negatória de paternidade contra Ana Paula Matos de Oliveira e Guilherme Matos de Oliveira, o último representado pela mãe, dizendo que, casou-se com a genitora no ano de 1984 e quatro meses após o matrimônio a ex-mulher teve o primeiro filho. Separaram-se no ano de 1986, e a ação litigiosa se encerrou apenas em 1990.

Posteriormente, no ano de 1991, o casal já estava separado de fato há mais de cinco anos, nasceu o segundo filho. Alcione Batista Oliveira mesmo tendo dúvidas com relação à paternidade registrou os filhos como se seus fossem.

Anos após Alcione Batista Oliveira, requereu exame pericial de DNA, onde ficou comprovado que Ana Paula Matos de Oliveira e Guilherme Matos de Oliveira não eram seus filhos biológicos. Requereu então que fosse desconstituída a paternidade e alterados os registros civis de nascimento. Entretanto, as sentenças de primeiro grau bem como a de segundo grau julgaram improcedente o pedido do autor, argumentando que o reconhecimento de paternidade é irrevogável conforme art. 1609 do Código Civil cumulado com o art. 1º³⁸ da Lei 8.560/92 e não houve qualquer vício de consentimento que pudesse gerar a nulidade dos registros.

Na decisão de segundo grau, o relator advertiu que,

[...] não é por conta, tão somente, da configuração da paternidade socioafetiva que o pedido formulado na inicial deve ser julgado improcedente. Isso porque o autor, por meio da sua própria e consciente vontade, criou um vínculo indissolúvel com o requerido e, em não sendo comprovada a ocorrência de vício, coação ou erro, nada terá o condão de impugnar o ato jurídico e perfeito praticado.

³⁷APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. JUSTIÇA GRATUITA DEFERIDA. DESCONSTITUIÇÃO DA FILIAÇÃO PELA NULIDADE DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO E CONSCIENTE DA PATERNIDADE. VÍCIO DE CONSENTIMENTO INEXISTENTE. REALIZAÇÃO DE TESTE DE PATERNIDADE POR ANÁLISE DE DNA. EXCLUSÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. IRRELEVÂNCIA. EXISTÊNCIA DE SÓLIDO VÍNCULO AFETIVO POR MAIS DE 23 ANOS. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA DEMONSTRADA. DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE VEDADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2011.005050-4**. Relator: Desembargador Fernando Carioni. Florianópolis, SC, 26 de abril de 2011. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000HZJV0000&nuSeqProcessoMv=null&ti poDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=3243536&pdf=true>>. Acesso em: 28 mar 2012.

³⁸ Art. 1º. Lei 8.560/92. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável [...].

Verifica-se dessa forma, que o critério legal / presumido – pelo registro, se sobrepôs ao critério biológico, uma vez que aos filhos era mais benéfico manter a situação paterna com o pai que acreditaram sempre ser o verdadeiro, inclusive tendo em vista a convivência e afeto, onde se criou uma ligação socioafetiva entre as partes.

Diante dos casos reais expostos, cumpre-se ressaltar que nenhum critério de filiação é superior ao outro, não há sobreposição entre eles, mas sim, deve-se observar o caso concreto em si, analisando os fatos, as provas e o estudo social da família, eis que a proteção sobre esta é máxima e se deve ter o maior cuidado para não arruinar esta entidade.

Campos (2006, p. 326) explica que,

A filiação tem perdido sua função biológica (garantida pelos laços de sangue e genéticos) para exercer sua função social (garantida pelos laços de afeto). Assim, a identidade biológica entre pais e filhos não garante mais a convivência e o reconhecimento da relação, pois as necessidades que envolvem essa relação são muito mais de cunho social, afetivo, cultural e ético que de cunho biológico. Com isso, a desbiologização da paternidade é cada vez mais crescente no núcleo familiar, que passa a adotar seus filhos muito mais por opção do que pela falta dela.

Nesta senda, nota-se a importância do convívio familiar para solução dos litígios envolvendo questões de filiação, eis que ele é quem define o critério que deve ser utilizado no caso concreto.

Entretanto, o estado de filiação é diverso do direito à identidade genética. O primeiro deriva do cotidiano, das relações afetivas e sociais com uma pessoa, e não necessita de comprovação biológica. O segundo, porém, é direito personalíssimo e individual e se comprovado não necessariamente fará com que um seja inserido na vida afetiva do outro, tendo-se em vista que poderá não ocorrer relações de afeto, carinho e respeito, o que se torna insuficiente para caracterizar o estado de filho.

CAPÍTULO III

3 FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* HETERÓLOGA: DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

O direito à identidade genética decorre do direito à personalidade e o direito ao sigilo do doador decorre do direito à intimidade, ambos considerados direitos fundamentais perante a Constituição Federal Brasileira, estão intimamente ligados ao princípio supra da dignidade da pessoa humana.

A ausência de legislação específica que regule as técnicas de reprodução humana assistidas gera instabilidade ética e jurídica no país, eis que o direito ao anonimato do doador colide com o direito à identidade genética daqueles que foram gerados por estas técnicas. Não há hierarquia entre os direitos em litígio, não podendo qualquer deles ser excluído, destarte estarem diretamente ligados aos direitos fundamentais, nos mais amplos conceitos de liberdade e dignidade.

Analisa-se, neste capítulo, a colisão entre os direitos fundamentais da identidade e do anonimato do doador, e sua aplicabilidade no caso concreto, verificando-se a necessidade de uma interpretação harmônica dos direitos conflitantes e da Constituição Federal, para que o princípio da dignidade da pessoa humana seja efetivamente garantido.

3.1 Origem do dilema ético-jurídico: as tecnologias reprodutivas heterólogas

As dificuldades de fertilização de muitos casais, bem como de pessoas que decidiram levar uma vida individual, porém com o interesse de conceber família com a geração de filhos, fez com que as tecnologias reprodutivas heterólogas se tornassem mais utilizadas e também necessárias, pelo fato de facilitarem o processo de procriação.

Moschetta (2009, p. 164) explica que,

É heteróloga a inseminação quando se utiliza o esperma de terceiro, com autorização do marido, no caso da mulher fértil e do homem infértil (impotência *generandi*). O material provém de doações feitas a bancos de sêmen.

Nesse mesmo sentido, Nader (2011, p. 282) acrescenta sobre a inseminação artificial heteróloga que, “tem-se esta modalidade, quando a fecundação não se verifica com o sêmen do marido, mas com a sua prévia autorização, que poderá ser oral ou por escrito, [...]”.

Quando casados ou em união estável, verifica-se a necessidade da autorização do cônjuge varão, pois a paternidade socioafetiva prevalecerá sobre a biológica, em virtude desta concordância. Portanto, não haverá dilemas relativos à filiação. E Moschetta (2010, p. 165) leciona que “[...] não há impedimento para mulheres solteiras utilizarem as técnicas de reprodução assistida, o que permite a inclusão de mulheres unidas homoafetivamente como receptoras de referidas técnicas”.

Não havendo vedação legal para que mulheres solteiras façam uso das referidas técnicas, vê-se cada vez mais a formação de entidade familiar monoparental, composta da mãe e seus filhos, ausente a presença paterna.

A utilização de gametas de doadores anônimos pode ocorrer quando ambos os cônjuges não tenham condições de fertilização pelos métodos naturais, necessitando da doação de material genético feminino e/ou masculino, sendo posteriormente o embrião nidado no útero feminino.

As recomendações do Conselho Federal de Medicina são de que a doação não pode ser feita com fins comerciais ou lucrativos, portanto, além do sigilo garante gratuidade,

atendendo o preceito do parágrafo 4^o³⁹, do artigo 199 da Constituição, que veda a comercialização de qualquer substância humana no Brasil.

Souza (2012, p. 8) alerta que:

Assim como constantemente nos deparamos com denúncia sobre mercado de órgãos para transplante, há também bancos de espermatozoides que funcionam como verdadeiro comércio de embriões, em que se pode escolher, o doador do sêmen com suas características pessoais, por meio de um catálogo, como estivessem em vitrines de lojas, cujos preços se baseiam na melhor ou pior qualidade dos produtos.

Em todo lugar existem pessoas mal intencionadas visando à obtenção de lucro ilegal e a ausência de legislação civil e criminal, com relação às tecnologias reprodutiva, faz com que essas práticas não sejam punidas e nem mesmo fiscalizadas como deveriam, entretanto, o que permanece é a lacuna jurídica.

Em síntese, a reprodução humana heteróloga, constitui-se no método que permite a realização do projeto parental, possibilita aos casais inférteis ou estéreis o direito de terem filhos. Esta é uma forma acessível à procriação para aqueles que estão temporariamente ou são impossibilitados de fecundação de forma natural. Entretanto, as normas deontológicas são rigorosas com relação aos critérios que devem ser seguidos para que essa técnica seja implantada, em especial, o respeito aos direitos fundamentais do sigilo do doador e a vedação do direito à identidade genética.

Desta forma, deve-se analisar individualmente cada um dos direitos fundamentais e os critérios que devem ser seguidos para realização desse modo de fertilização.

3.2 Direito ao sigilo do doador

Na fertilização *in vitro* heteróloga que utiliza do gameta de doador anônimo para que ocorra a fecundação, verifica-se ausência de tutela específica o que gera insegurança ética e jurídica no país.

Nas técnicas de reprodução humana heterólogas pode haver doação de gametas masculino, feminino e embriões, e a estes, garante-se o sigilo da identidade do doador,

39Art. 199, CF. [...] §4º. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

ficando vedada a divulgação da identidade civil, tendo-se em vista que quando no ato da doação o doador não tinha o interesse em manter vínculos familiares com a futura criança, nem mesmo a família que recebeu a doação quer que um terceiro venha interferir nas suas vidas.

Na prática, a doação dos gametas só ocorre pelo fato de ser sigilosa, eis que, os homens que fazem essa caridade não têm a pretensão de obterem qualquer vantagem ou terem qualquer ligação com a criança que nascerá. Bem como, as mulheres que doam óvulos não tem interesse em fazer parte da vida da criança que será gerada futuramente. É realmente um ato voluntário.

Contextualizando sobre autonomia da doação, Gama (2003, p. 904) reflete no sentido de que,

[...] a pessoa humana, nas suas relações em sociedade, desfruta de vários direitos que se vinculam à tutela e promoção de valores básicos, tanto no campo individual quanto no social, que devem ser preservados para que a sociedade e as pessoas nela inseridas consigam atingir seus objetivos. Entre tais direitos há aqueles que conferem essencialidade e individualidade a cada pessoa na vida social.

Queiroz (2001, p. 91), chama atenção para o fato de que essa posição que tem prevalecido nos tribunais acerca das reproduções assistidas heterólogas e que “o anonimato foi elevado à condição de princípio fundamental, aplicando-se inclusive à própria pessoa que foi concebida por procriação assistida.”

Leite (1995, p. 158) também defende que a doação deve sempre ser anônima, preservando o maior interesse que é o da criança e posteriormente o doador contra qualquer tentativa de laços de filiação, e também resguardando a vida familiar contra qualquer tentativa mal intencionada do doador.

No mesmo sentido, Gama (2003, p. 903), acrescenta que,

[...] os princípios do sigilo do procedimento (judicial ou médico) e do anonimato do doador têm como finalidade essenciais a tutela e a promoção dos melhores interesses da criança ou do adolescente, impedindo qualquer tratamento odioso no sentido da discriminação e estigma relativamente à pessoa [...] fruto de procriação assistida heteróloga.

Essas medidas de proteção foram implantadas nos casos da doação de gametas e embriões para preservar a criança que nascer, eis que, as consequências da divulgação da identidade genética podem dificultar o relacionamento e a integração com a família que recebeu a doação e também evitando que o doador possa interferir na vida dessa família (PINTO, 2012).

Denota-se então que, mesmo não havendo legislação específica, o entendimento majoritário dos doutrinadores e dos tribunais é de que as doações de sêmen, óvulos e embriões para fertilizações artificiais heterólogas devem ser sigilosas, defendendo o direito à intimidade do doador, previsto no inciso X⁴⁰, do art. 5.º, da Constituição Federal, e também buscando a melhor convivência familiar para aqueles que possuem criança fruto dessas técnicas, tendo em vista a harmonia entre pais e filhos e a garantia de que o terceiro não poderá interferir na vida dessa família.

3.3 Direito à identidade genética

Diante de tantas mudanças nos modelos de reprodução humana, faz-se alguns questionamentos acerca dos direitos da criança gerada por fertilização *in vitro* heteróloga, onde há a fecundação por gametas de terceiros. Discute-se a respeito do direito da criança proveniente desta técnica ter o direito à identidade genética reconhecida.

Nesse sentido Lôbo (2011, p. 227) explica que,

O direito ao conhecimento da origem genética [...] é o direito da personalidade, que toda pessoa humana é titular, na espécie direito à vida, pois as ciências biológicas têm ressaltado a insuperável relação entre medidas preventivas de saúde e ocorrências de doenças em parentes próximos, além de integrar o núcleo da identidade pessoal, que não se resume ao nome.

Ou seja, a pessoa vai buscar conhecer particularidades intrínsecas a sua genética e que podem ser determinantes na forma de conduzir a vida, se analisado o fato da ocorrência ou predisposição a alguma doença congênita, por exemplo. E, até mesmo, as características da personalidade da pessoa estão ligadas a carga biológica que carrega.

Nesse sentido Cunha e Ferreira (2012) explicam que,

40Art. 5.º, CF. [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A identidade genética é conceituada de acordo com três acepções: a primeira corresponde ao genoma de cada ser humano, sendo considerada como fundamento biológico, pertinente a cada um; a segunda utiliza o termo para designar características genéticas entre dois ou mais indivíduos; a terceira compreende a identidade genética como base fundamental da identidade pessoal.

Deste modo, Gama (2003, p. 904) expressa que, “o direito fundamental à vida abarca o direito à identidade, o direito à historicidade e à informação da sua ascendência genética como reflexos de relevo na vida da pessoa”.

A Resolução 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina prevê que “as clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores”, para facilitar o acesso à identidade genética daquele concebido por técnica que utiliza de material genético de doador, entretanto, fica vedada a divulgação da identidade civil deste.

Diante do exposto, verifica-se a necessidade da individualidade da pessoa, do reconhecimento da sua cidadania como prerrogativa básica, a qual todos têm direito de acesso, mas nem todos tem o resultado merecido. Donizetti (2007, p. 79), reflete, referindo-se que o “direito à identidade pessoal [...] identifica cada pessoa como indivíduo, singular e irreduzível”.

Deve-se ainda considerar que, o direito ao reconhecimento da identidade genética é intimamente relacionado à pessoa, ou seja, é personalíssimo e indisponível, não podendo os pais quando na utilização da fertilização heteróloga renunciarem o direito do filho ainda não nascido, a busca da identidade biológica (Donizetti, 2007, p. 126).

Denota-se então que, quando uma pessoa nasce de reprodução assistida heteróloga, ela não pediu para ser concebida, foi uma opção dos seus pais, opção essa amparada pelo direito de constituir família, também acobertado pela dignidade da pessoa humana. Entretanto, quando lhe imposta essa condição, não lhe foi possível contestar. Deve-se agora, depois de adquirido direitos fundamentais como, por exemplo, a personalidade, dar-lhe a opção de decidir sobre a sua própria vida, eis que obtido o direito de decidir sobre seu próprio corpo e em especial o direito de condução da sua vida. Neste sentido, inclui-se o direito de conhecer a sua origem, destituído dos demais direitos patrimoniais de filiação.

Entretanto, esses direitos irão até onde inicia o do outro, ou seja, o do anonimato do doador, pois ter a identidade genética reconhecida não é o mesmo que ter a filiação

reconhecida, eis que a primeira deriva da identidade física e biológica da pessoa e a segunda da afetividade e convivência.

Faz-se necessário então, entender as diferenças existentes entre o reconhecimento do direito à identidade genética e a filiação.

3.3.1 Direito à identidade genética e o reconhecimento de paternidade/maternidade

Com a ciência evoluindo e as técnicas de reprodução assistidas sendo cada vez mais utilizadas, as mudanças sociais, culturais e legais são óbvias. Contemporaneamente, muitas crianças são geradas pelos avanços da medicina e não mais da relação sexual entre homem e mulher, denominado de método natural. Ainda, com essa evolução, a entidade familiar passou de uma formação tradicional para uma formação moderna, a qual a sociedade deve se adaptar, tendo em vista que as pessoas resultantes dessa formação moderna, ou seja, das técnicas de reprodução artificial devem ser encaixadas na sociedade sem qualquer diferenciação ou discriminação.

Na fertilização *in vitro* heteróloga, a fecundação do óvulo ocorre fora do corpo da mulher e a criança pode ter um pai biológico, do qual apenas herdou a genética e jamais vai conhecê-lo, poderá ter um pai socioafetivo que é aquele com o qual manterá o vínculo de filiação e convivência, bem como, pode não ter um pai socioafetivo e nem mesmo terá ligação com seu pai biológico.

Chama-se atenção para a confusão que se faz acerca do direito à identidade genética com o direito de filiação, acreditando-se que o concebido por fertilização artificial heteróloga, após identificar a identidade genética poderá buscar do seu genitor direitos de filiação.

Gama (2003, p. 474) ressalta que,

[...] na reprodução heteróloga, em suas várias modalidades, o fator biológico, ao menos na linha materna ou na linha paterna, não deverá ser considerado, o que conduz à obrigatoriedade de se buscar outro fundamento para o estabelecimento da filiação, do contrário o próprio recurso à reprodução medicamente assistida se tornaria inócuo, pois ninguém mais iria se dispor, por gesto de solidariedade e altruísmo, a fornecer seu material fecundante para servir em favor de outras pessoas que desejassem procriar.

Nesse mesmo sentido Lôbo (2011, p. 228) explica que,

A certeza absoluta de origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filho, pois a imputação da paternidade biológica não substitui o estado de filiação. Por outro lado, a inseminação artificial heteróloga não pode questionar a paternidade e a maternidade dos que a utilizaram, com material genético de terceiros. Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade de filiação, tecida na complexidade das relações afetiva, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo. O direito dos filhos à convivência familiar, tido como prioridade absoluta pela Constituição Federal (art. 227), construído no dia a dia das relações afetivas, não pode ser prejudicado por razões de origem biológica.

Ainda, o autor completa ao expressar que “a verdade em matéria de filiação colhe-se no viver e não em laboratório. Portanto não se deve confundir o direito da personalidade à origem genética com o direito à filiação, seja ou genética ou não”.

Desta forma, verifica-se que o gerado pela fertilização *in vitro* heteróloga não terá direito à filiação em relação aquele que doou seu gameta para realização de técnica reprodutiva.

O direito à filiação é muito mais amplo do que o direito à identidade genética, e nas técnicas reprodutivas heterólogas o critério que prevalece é o socioafetivo, ou seja, aquele que se forma a partir da convivência e reciprocidade de carinho, afeto, atenção e cuidado que existe entre pais e filhos.

Pereira (2004, p. 312) afirma que a “nova modalidade de filiação adveio, a qual se pode designar ‘filiação social’, pela qual o marido ou companheiro admite como filho o ente gerado por inseminação artificial”.

Na mesma linha de pensamento Donizetti (2008, p. 38) considera o critério socioafetivo como sendo aquele que é marcado “por um conjunto de atos de afeição e solidariedade que demonstram claramente a existência de um vínculo de filiação entre filho-pai-mãe.”

Lôbo (2011, p. 216) explica que,

Sob o ponto de vista do direito brasileiro, a filiação é biológica e não biológica. Por ser uma construção cultural, resultante da convivência familiar e da afetividade, o direito a considera como um fenômeno socioafetivo, incluindo a de origem biológica, que antes detinha a exclusividade.

Verifica-se então que, com as mudanças ocorridas na sociedade em razão das tecnologias reprodutivas, o legislador teve que moldar sua visão a um novo conceito e hoje dá

preferência à filiação socioafetiva porque “a doutrina moderna apresenta alternativa importante, valorizando o reconhecimento da paternidade em benefício da criança, mesmo que não expresse a verdade” (GLANZ, 2005, p. 527).

Já com relação ao reconhecimento da identidade genética este não se dá em razão da filiação propriamente dita, ou seja, aquela que envolve sentimento e convívio familiar, mas ocorre em relação ao sentido biológico da pessoa, a sua genética, sua forma física.

Assim, denota-se que com o reconhecimento da identidade genética, a filiação anteriormente verificada não será desconstituída, a pessoa apenas terá o direito de conhecer seu histórico genético.

Desta forma, cabe então analisar junto ao princípio da dignidade da pessoa humana se os direitos fundamentais estão sendo preservados e também se está havendo o cuidado necessário que essa pessoa merece como ser humano, como ser portador de dignidade e se não está sendo tratado apenas como uma invenção da medicina genética. Cabendo ao legislador a análise do que deve prevalecer nesse sentido, eis que se verifica a existência de um direito sobreposto a outro.

3.4 Princípio aplicável para dirimir o conflito: dignidade humana

A Constituição Federal Brasileira promulgada em 1988 traz como base dos direitos dos cidadãos e como norteador para os conflitos existentes entre os homens, o princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, quando se trata de reprodução humana medicamente assistida, não há legislação que regule esta prática, tendo o legislador que usar dos princípios constitucionais, e a Resolução do Conselho Federal de Medicina, a qual foi criada para manter a ética entre os médicos, para dirimir os conflitos existentes no grupo que utiliza dessas práticas, pois é a sociedade quem recebe o reflexo dessas técnicas.

Diante da ausência de lei própria, a lacuna é sanada com a Resolução 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina que regulamenta a utilização das técnicas de reprodução assistida, não sendo apropriada ao meio jurídico, necessitando-se de uma lei específica que dê segurança, regulamente as práticas e minimize as divergências. Em relação à garantia do anonimato do doador de óvulo ou esperma, a norma deontológica, aplicada à classe médica, portanto, desprovida de jurisdição, enaltece o sigilo.

O princípio da dignidade da pessoa humana, elencado como direito fundamental no inciso III⁴¹, do artigo 1º, da Constituição Federal, no mais amplo conceito é um valor moral, inerente à pessoa e deve moldar a sociedade nas suas evoluções e adversidades, buscando sempre que o Estado de o melhor ao cidadão, garantindo-lhe condições saudáveis de vida e que o torne ativo dentro da sociedade.

Welter (2009, p. 56) explica que,

Haverá dignidade humana com democracia, com laicização e com o reconhecimento do ser humano pelos seus modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, cuja linguagem é indisponível, intangível, intransferível, imprescritível, inegociável

Denota-se que a dignidade da pessoa humana está ligada a cada pessoa na sua individualidade, cada um com as suas necessidades, não podendo qualquer outra pessoa decidir o que é melhor pra si.

Lôbo (2011, p. 60) afirma que, “a dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”.

Ainda, Welter (2009, p. 57) aduz que,

O princípio da dignidade da pessoa humana acolhe, ao mesmo tempo, a igualdade e a diversidade humana tridimensional, uma vez que exige que o humano seja cuidado como humano, e não mais em parcela normatizada pelo mundo genético, onde é transformado em objeto, em coisa, em moeda, em mercadoria.

Levando-se em consideração que a pessoa não pode ser “coisificada”, tem-se que o reconhecimento da identidade genética quando se trata da saúde do ser humano, é direito básico e fundamental, eis que o direito à saúde é tão importante quanto o direito à vida, tendo-se em vista que a vida só existirá se a pessoa tiver saúde.

A Resolução 1.957 do Conselho Federal de Medicina admite exceções, em situações especiais, as quais sejam motivos de doença na qual está em risco à vida. Nestes casos as informações do doador poderão ser fornecidas para os médicos, resguardando a identidade civil doador.

Gama (2003, p. 906) expressa que,

41Art. 1º, CF - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

Não há como reconhecer que o anonimato do doador possa prevalecer perante a iminente lesão à vida ou a higidez físico-corporal da pessoa que foi gerada com material fecundante do primeiro. Ainda que se fundamente o anonimato com base na intimidade e privacidade do doador, logicamente que tal direito fundamental deverá ceder quando colocado em confronto com o direito à vida e, nele inserido, o direito à vida de outra pessoa.

Nesta senda, relativizando a dignidade da pessoa humana com o direito à identidade genética do concebido pela fertilização *in vitro* heteróloga devemos analisar primeiramente que se trata de uma relação entre seres humanos, com iguais direitos, e dignos de persegui-los.

Faz-se necessário chamar mais uma vez à atenção para a diferenciação entre direito de filiação e direito à identidade genética, para que seja realizada a interpretação do direito à da identidade genética frente à dignidade da pessoa humana sem que haja confusão com o direito à filiação.

Nesse sentido,

Para garantir a tutela do direito da personalidade não há necessidade de investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Não há necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por dador (sic) anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga. São exemplos como esses que demonstram o equívoco em que laboram decisões que confundem investigação da paternidade com direito à origem genética (LÔBO, 2012).

Verificando-se novamente que o direito à identidade genética é diverso ao direito de filiação, faz ainda, mais sentido autorizar o conhecimento à identidade genética, uma vez que, sequer o direito ao anonimato do doador será infringido, eis que sua identidade civil não será revelada.

Gama (2003, p. 906) expressa que,

Mesmo para aqueles que consideram o anonimato em caráter absoluto, tal afirmação deve necessariamente ceder a interesses maiores que se revelam pelo risco concreto de doenças hereditárias ou genéticas que podem ser prevenidas ou mais bem tratadas em relação à pessoa concebida com o auxílio de técnica de reprodução assistida heteróloga.

Desta maneira, corrobora-se a ideia de que a todos deve ser mantida a dignidade, porém quando a de um interfere na de outro, tem-se que conciliar para que a parte mais lesada possa ser beneficiada não lesando o direito do outro.

Busca-se então, outros dois princípios constitucionais, os quais tentam proteger o cidadão dos abusos do Estado e assegurar/garantir os direitos fundamentais da sociedade, sendo eles o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Welter (2009, p. 59) conceitua-os da seguinte forma:

[...] razoabilidade é prudência, ponderação, sapiência, tolerância, equilíbrio, moderação, harmonia, não arbitrário ou caprichoso, senso comum, boa-fé, honestidade, sinceridade, correção, moralidade, adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, bom senso; [...] proporcionalidade quer dizer avaliação entre os custos e os benefícios das medidas e restrições impostas, proporção, medida ou solução justa, adequada e necessária, máximo de benefício com o mínimo de sacrifício.

Entretanto, se analisados os direitos em questão, ou seja, o direito à identidade genética *versus* o direito à intimidade do doador, frente ao princípio maior que é a dignidade da pessoa humana, utilizando-se da razoabilidade e proporcionalidade, ver-se-á que o concebido pela tecnologia reprodutiva heteróloga está acobertado de motivos relevantes frente aos motivos do doador para ver sua identidade biológica revelada.

No mesmo sentido, Gama (2003, p. 910) argumenta que,

No caso da procriação assistida heteróloga, diante da completa impossibilidade de se estabelecer vínculo de parentalidade-filiação entre doador e a pessoa que foi concebida, mostra-se totalmente despropositada a postura do primeiro pretender impedir o acesso à sua identidade apenas em favor da pessoa que foi concebida com seu material fecundante, sob o argumento do direito à intimidade.

Desta forma, entende-se que ter a identidade genética reconhecida, não dá direito à filiação com relação aquele que doou o gameta feminino ou masculino, mas ao mesmo tempo não dá direito ao doador de querer impedir que essa pessoa tenha acesso a dados biológicos intrínsecos a sua pessoa.

Ainda, deve-se entender que ao adquirir maturidade, a pessoa começa a ter a necessidade de dar rumo à sua vida, e precisa se conhecer antes de tomar qualquer atitude e pra isso nos casos fertilização *in vitro* heteróloga, conhecer-se significa saber o que é intrínseco a si, a genética e isso ninguém pode tirar.

Nesse sentido, Nunes (2002, p. 49-50) leciona que,

[...] a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência. Mas acontece que nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí, nesse contexto sua dignidade ganha – ou como veremos, tem o direito de ganhar – um acréscimo de dignidade. Ele nasce com integridade física e psíquica, mas chega num momento que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento – isto é, sua liberdade – sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual – etc., tudo compõe sua dignidade. [...] Ter-se-á, então, que incorporar no conceito de dignidade uma qualidade social como limite à possibilidade de garantia. Ou seja, a dignidade só é garantia ilimitada se não ferir a outra.

Desta forma, ter a dignidade da pessoa humana como base da lei faz com que o julgador, verificando o caso em concreto, tenha uma decisão mais justa e acertada de acordo com as particularidades do caso em concreto, eis que o que prevalecerá na decisão será o ser humano em si, como detentor de direitos e que merece todo o amparo do ordenamento jurídico (DONIZETTI, 2007, p. 46).

Ressalta-se que o art. 48⁴² da lei de adoção n.º 12.010 de 2009, garantiu o direito à identidade das crianças adotadas, que, por analogia, pode ser aplicada as tecnologias heterólogas.

Conclui-se então que, a pessoa concebida por fertilização *in vitro* heteróloga, foi submetida a esse tipo de fecundação por decisão de seus pais e não sua. Não podendo estes a impedir de buscar algo que está relacionado unicamente a si, que é a identidade genética. E o doador por ser anônimo, não terá que se submeter sua identidade civil revelada, porém não pode impedir o acesso do concebido à sua identidade genética, eis que a dignidade humana inerente aquele que foi gerado por fertilização *in vitro* heteróloga é de maior relevância frente ao direito a intimidade do doador.

⁴²Lei 12.010/2009. [...] Art. 48 O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

CONCLUSÃO

As evoluções científicas vêm revolucionando a forma de procriação dos seres humanos. Estas mudanças estão ocorrendo de forma tão rápida que nem a sociedade, nem o mundo jurídico estão conseguindo acompanhá-las, eis que cada vez a intervenção é mais significativa e as formas naturais de reprodução estão cada vez mais afastadas.

A procura pelas técnicas de reprodução medicamente assistidas ocorrem, em especial, por pessoas afetadas pelos problemas de fertilidade e esterilidade, ao passo que há alguns anos atrás eram consideradas incurável e sem tratamento. Porém, com a modernização dessas técnicas essas pessoas puderam ter a chance de tentar a procriação.

Os benefícios da aplicação medicamentosa de reprodução se estenderam não apenas a casais heterossexuais com deficiências reprodutivas, mas também aos casais homoafetivos, e mulheres solteiras, que tinham o sonho de conceber um filho.

Ainda, a técnica mais utilizada é a homóloga, onde se utiliza dos gametas do casal para a concepção do filho, nascendo este com a genética herdada dos próprios pais.

Entretanto, sabe-se que no caso dos homoafetivos e mulheres solteiras, não existe a possibilidade da utilização dos gametas dos casais, tornando-se a fertilização heteróloga muito utilizada, eis que esta ocorre com gameta feminino e/ou masculino de doador anônimo.

A técnica mais empregada nesses casos é a fertilização *in vitro*, onde a fecundação dos gametas se dá fora do corpo da mulher, ou seja, em laboratório, por este motivo a denominação *in vitro*.

As clínicas que utilizam da reprodução humana *in vitro* contam com o banco de sêmen e óvulos, onde há o armazenamento dos gametas e sua manutenção depende da doação anônima e gratuita.

Tendo-se em vista que na reprodução homóloga a genética do filho concebido é aquela herdada pelos pais, não há tanto preconceito, nem mesmo conflitos de filiação. Entretanto, tratando-se de fertilização heteróloga, surgem questionamentos acerca da ética na sua aplicação e das futuras consequências jurídicas, eis que no Brasil não existe legislação específica para utilização das técnicas medicamentosas de reprodução humana.

A Resolução 1.957 do Conselho Federal de Medicina é a única norteadora destas técnicas, entretanto seu principal alvo é a ética médica na aplicação dessas técnicas e não os conflitos jurídicos futuramente existentes.

O principal embate da reprodução heteróloga é o direito do sigilo da identidade do doador em conflito com o direito à identidade genética do concebido por esta técnica, eis que o segundo não terá o direito à sua verdadeira origem.

A Constituição Federal de 1988 trouxe alterações substanciais no aspecto filiação, tendo-se em vista ser vedada qualquer discriminação, ou tratamento diferenciado aos filhos biológicos, adotivos ou concebidos por técnicas de reprodução humana artificial.

Desta maneira, terá o filho o direito personalíssimo de acesso à identidade genética e em contrapartida terá o doador do gameta fecundado o direito ao sigilo da identidade.

Verifica-se a ausência de tutela do Estado nesses casos, onde existe um desinteresse por parte dos legisladores, na regulamentação destas técnicas, tendo-se em vista a grande aplicabilidade. E o Estado se mantém inerte em relação a este conflito.

Que existe o descaso do poder público, isto é notório, o que não se pode descartar são os benefícios que estas técnicas têm trazido a muitas pessoas. Mas, não se pode esquecer os direitos daqueles que de maneira indireta são afetados, pois não tinham como impedir a utilização das técnicas, que são os concebidos por elas.

Desta forma, denota-se que os dois direitos em colisão, direito à identidade genética e direito ao sigilo do doador, estão amparados pela Constituição Federal por se tratarem de direitos fundamentais.

Como ambos são direitos fundamentais não há hierarquia entre eles, deve-se então, utilizar o princípio da dignidade da pessoa humana como norteador desse conflito o qual indicará no caso em específico qual direito deve prevalecer.

Conclui-se que, ao analisar os direitos em litígio, pende-se favorável ao direito do concebido pela fertilização *in vitro* heteróloga em buscar pela sua identidade genética, eis que essa é imprescindível para manutenção de uma vida digna e saudável.

Entretanto, ressalta-se que ter o direito a identidade genética reconhecido, não quer dizer que terá o direito à filiação, eis que a identidade civil do doador não será revelada em qualquer hipótese.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. **Reprodução assistida e o novo Código Civil**. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 out 2011.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº. 11.105 de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 25 out 2011.

BRASIL. Lei nº. 12.010 de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - **Estatuto da Criança e do Adolescente**, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 11 maio 2012.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. Afetividade como fundamento na parentalidade responsável. **IBDFAM**, Belo Horizonte, 19 março 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=596>>. Acesso em: 19 mar 2012.

CAMPOS, Wania Andréa Luciana Chagas Duarte de Figueiredo. **O direito à busca da origem genética na relação familiar socioafetiva**. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) **A ética da convivência familiar**: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COHAN, Emerson Ike. **Biomedicina e biodireito: desafios bioéticos: traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida.** In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

COHEN, Claudio. **A bioética e o início da vida.** In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa ;et. al. (coord). **Dignidade da vida humana.** São Paulo: LTr, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Resolução n. 1957, de 6 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 30 jul 2011.

CORLETA, Helena von Eye; FRAJNDLICH, Renato. Técnicas de Reprodução Assistida : Bebê de Proveta. **ABC da Saúde**, [S./l.], 2007. Disponível em: <<http://www.abcdasaude.com.br/artigo.php?665>>. Acesso em: 5 dez 2011.

CORLETA, Helena von Eye; KALIL, Heloísa Sarmiento Barata. Fertilização in vitro. **ABC da Saúde**, [s./l.], 01 novembro 2001. Disponível em: <<http://www.abcdasaude.com.br/artigo.php?199>>. Acesso em: 5 dez 2011.

COSTA, Jr. **Fecundação artificial.** In: DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador. **LFG**, [s./l.], 11 dezembro 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20081209105317401_biodireito-reproducao-humana-assistida-direito-a-identidade-genetica-x-direito-ao-anonimato-do-doador-adriana-moraes-ferreira-e-karla-co.html>. Acesso em: 29 abr 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FABRIZ, Daury César. **Bioética e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERNANDES, José de Souza. **Bioética, biodireito e religião no diálogo sobre a eutanásia: contribuições para o aprofundamento do biodireito a partir do magistério da Igreja.** In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida.** In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **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.

FONSECA, Krukemberghe. Casamento consanguíneo. **Brasil Escola.** [s./l.]. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/biologia/casamento-consanguineo.htm>>. Acesso em: 26 abr 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **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.

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

GOLDIM, José Roberto. Maternidade substitutiva. **UFRGS**, [s./l.], 2002. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/matsub.htm>>. Acesso em: 5 dez 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** v. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

INFANTE, Ascensión Cambrón. **Entre el nacer y el morir.** In: DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

LEITE, Eduardo. Procriações artificiais: bioética e biodireito. In: SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Direito e Bioética: o desafio da interdisciplinariedade.** Erechim: Edifapes, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** v. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **IBDFAM**, [s./l.], 23 março 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=126>>. Acesso em: 30 abr 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOSCHETTA, Sílvia Ozalame Rigo. **Homoparentalidade: direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos.** Curitiba: Juruá Editora, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família.** v. 5. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. **IBDFAM**, [s./l.], 29 setembro 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=680>>. Acesso em: 19 mar 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** v. 5. 14. ed. atual de Tânia Pereira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. Reprodução assistida heteróloga: direito ao conhecimento da identidade genética. **Recanto das Letras**, [s./l.], agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/720659>>. Acesso em: 24 abr 2012.

PRUNES, Lourenço Mário. Investigação de Paternidade. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** v. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROCHA, Renata da. **As possibilidades da técnica ante as exigências da ética: a experimentação em embriões humanos e o biodireito.** In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa; et. al. (coord). **Dignidade da vida humana.** São Paulo: LTr, 2010.

SALEM, Tania. As novas tecnologias reprodutivas: o estatuto do embrião e a noção de pessoa. **Mana [online]**, [S./l.], 1997. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-93131997000100003>>. Acesso em: 15 nov 2011.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Dever de assistência imaterial entre cônjuges**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

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

SOUZA, Priscila Boim de. Teorias do início (sic) da vida e lei de biossegurança. **Intertemas**. [s./l.]. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1863/1773>>. Acesso em: 7 dez 2011.

SOUZA, Priscila Boim de. Fertilização *in vitro* e os principais problemas éticos jurídicos. **Intertemas**. [s./l.]. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1865/1774>>. Acesso em: 26 abr 2012.

STEIN, Thais Silveira. O estabelecimento da paternidade e a dignidade da pessoa nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) **A ética da convivência familiar**: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TAMANINI, Marlene. Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: bioética e controvérsias. **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2004000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 8 nov 2011.

TOGNOTTI, Elvio. **A esterilidade conjugal a prática da propedêutica básica à reprodução assistida**. São Paulo: Roca, 1996.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009.

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA

Eu, NATHÁLIA LUNARDI GUELLA CAMACHO, estudante do Curso de Direito, código de matrícula n. 200716773, declaro ter pleno conhecimento do Regulamento da Monografia, bem como das regras referentes ao seu desenvolvimento.

Atesto que a presente Monografia é de minha autoria, ciente de que poderei sofrer sanções na esferas administrativa, civil e penal, caso seja comprovado cópia e/ou aquisição de trabalhos de terceiros, além do prejuízo de medidas de caráter educacional, como a reprovação no componente curricular Monografia II, o que impedirá a obtenção do Diploma de Conclusão do Curso de Graduação.

Chapecó (SC), 15 de maio de 2012.

Assinatura da Estudante

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ**ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS****CURSO DE DIREITO****TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA**

Encaminho a Coordenação do Núcleo de Monografia o trabalho monográfico de conclusão de curso da estudante NATHÁLIA LUNARDI GUELLA CAMACHO, cujo título é: O DIREITO À IDENTIDADE DOS CONCEBIDOS PELA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* HETERÓLOGA, realizado sob minha orientação.

Em relação ao trabalho, considero-o apto a ser submetido à Banca Examinadora, vez que preenche os requisitos metodológicos e científicos exigidos em trabalhos da espécie.

Para tanto, solicito as providências cabíveis para a realização da defesa regulamentar.

Indica-se como membro convidado da banca examinadora: Daniela Zawadzki, telefone para contato (49) 9982-5439.

Chapecó (SC), 15 de maio de 2012.

Assinatura da Orientadora