



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TICIANA ALMEIDA DANTAS DE OLIVEIRA

**O CONHECIMENTO DA IDENTIDADE GENÉTICA NA
REPRODUÇÃO HUMANA HETERÓLOGA À LUZ DO
DIREITO DE CONHECER A ORIGEM BIOLÓGICA NOS
CASOS DE ADOÇÃO**

Salvador
2015

TICIANA ALMEIDA DANTAS DE OLIVEIRA

**O CONHECIMENTO DA IDENTIDADE GENÉTICA NA
REPRODUÇÃO HUMANA HETERÓLOGA À LUZ DO
DIREITO DE CONHECER A ORIGEM BIOLÓGICA NOS
CASOS DE ADOÇÃO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ana Thereza Meirelles

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

TICIANA ALMEIDA DANTAS DE OLIVEIRA

O CONHECIMENTO DA IDENTIDADE GENÉTICA NA REPRODUÇÃO HUMANA HETERÓLOGA À LUZ DO DIREITO DE CONHECER A ORIGEM BIOLÓGICA NOS CASOS DE ADOÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

Aos
Meus pais e irmãs, por todo amor e
incentivo ao longo da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente, à querida Professora Orientadora Ana Thereza Meirelles, por toda paciência, atenção e dedicação, ajudando a direcionar o presente trabalho da melhor forma possível, sempre contribuindo com inigualável conhecimento e experiência. Também aos professores e mestres que tive o prazer em ser aluna durante esta trajetória acadêmica, que me passaram os seus conhecimentos jurídicos, imprescindíveis para a minha formação intelectual.

Aos meus pais, por me proporcionarem uma graduação primorosa nesta faculdade; por todo o amor, aliado aos ensinamentos, valores, princípios e educação transmitidos para mim. Por todo o incentivo ao longo desses cinco anos acadêmicos, vislumbrando sempre um caminho de vitórias e sucesso. Amo vocês, minha vida!

Às minhas irmãs, amigas, essenciais em todos os momentos da minha vida, são a certeza de que jamais estarei sozinha e de que somos unidas para a eternidade.

Aos meus colegas de faculdade que muitas vezes amenizaram muitos momentos difíceis, tornando-os prazerosos.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se analisar sucintamente a evolução do conceito de família que atualmente, conjuntamente com os avanços da biomedicina, é cada vez maior o número de crianças concebidas através das técnicas de reprodução artificial. Tem como maior escopo, abordar a técnica de reprodução humana assistida heteróloga, procedimento este que envolve a doação de gametas de um terceiro anônimo, e a questão do conhecimento da identidade genética das pessoas nascidas por meio destes métodos de procriação artificial. Posto isso, avalia-se se há ou não o direito ao conhecimento da origem da ascendência genética, em face ao direito de sigilo e anonimato da identidade do doador do material germinativo, uma vez que surge um primeiro conflito entre direitos fundamentais, quais sejam, o direito à identidade e o direito à intimidade, ambos sucedidos do inviolável princípio da dignidade da pessoa humana. Diante da aparente colisão de interesses, deve ser levado em consideração todas as peculiaridades do caso concreto, aplicando-se princípios éticos e morais para a solução deste paradoxo. Por conseguinte, se realmente restar constatado na situação em concreto que há o direito ao conhecimento da identidade genética, sendo este um direito personalíssimo, irrenunciável e imprescritível; em que circunstâncias se dará e de que modo, sempre atentando e respeitando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como também, o do melhor interesse da criança. Além disso, será visto que nos casos de adoção, o ordenamento jurídico garante ao adotando o direito de se conhecer a sua origem biológica, no entanto, não existe previsão legislativa que preveja esse direito ao sujeito concebido pela técnica de reprodução assistida heteróloga, portanto, será discutido se esse direito poderá ser garantido aos indivíduos concebidos através dessa técnica, caso utilize a previsão desse direito no Estatuto da Criança e do Adolescente como alicerce normativo.

Palavras-chave: reprodução humana assistida; direito à identidade genética; anonimato do doador; dignidade da pessoa humana; conhecimento da origem biológica; reprodução heteróloga.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E LIBERDADE DE PROcriação	11
2.1 O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR	12
2.2 A PROcriação COMO UM DIREITO?	14
2.3 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA	15
2.3.1 Os critérios de acesso previstos na Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina	16
2.3.2 Os principais tipos de reprodução	19
2.3.2.1 Inseminação	19
2.3.2.2 Fertilização <i>in vitro</i>	20
2.4 OS PROCEDIMENTOS QUANTO À NATUREZA DO MATERIAL GERMINATIVO	22
2.4.1 Homóloga	22
2.4.2 Heteróloga	23
3 O NOVO DIREITO DE FAMÍLIA E OS ASPECTOS CONTRATUAIS PERTINENTES À REPRODUÇÃO HETERÓLOGA	27
3.1 O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE FAMÍLIA	28
3.2 ENTIDADES FAMILIARES E CONSTITUIÇÃO DE FILIAÇÃO	30
3.3 DOS PRINCÍPIOS PERTINENTES	36
3.4 CLÁUSULA DE ANONIMATO E O DEVER DE SIGILO PROFISSIONAL	41
3.5 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS	43
3.5.1 O Direito à identidade genética versus o direito ao anonimato do doador	44
3.5.2 O Direito à filiação	46
3.5.3 A identidade pessoal como um direito de personalidade	48
3.6 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	49
3.7 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	51
4 O CONHECIMENTO DA IDENTIDADE GENÉTICA NA REPRODUÇÃO HUMANA HETEROLÓGA À LUZ DO DIREITO DE CONHECER A ORIGEM BIOLÓGICA NOS CASOS DE ADOÇÃO	53

4.1 DECISÃO MONOPARENTAL OU “PRODUÇÃO INDEPENDENTE”	55
4.2 DECISÃO BIPARENTAL E A PRESUNÇÃO DE FILIAÇÃO POR CONTA DO CONSENTIMENTO	57
4.3 DA POSSIBILIDADE DE QUEBRA DO SIGILO POR MOTIVO DE DOENÇA	58
4.4 A ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE	61
4.5 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR	64
4.6 O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE	67
4.6.1 Do exercício do direito	70
4.6.2 O direito ao conhecimento da origem biológica na adoção como alicerce normativo do direito ao conhecimento da ascendência genética em caso de reprodução heteróloga	71
5 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	77

1 INTRODUÇÃO

As transformações sociais e científicas causaram grande impacto na sociedade, refletindo na família brasileira que passou por uma série de mudanças até se chegar na figura da família contemporânea e que, atualmente, com a ajudados avanços da bioengenharia genética, é cada vez maior o número de crianças concebidas através das técnicas de reprodução artificial. Apesar das inúmeras mutações, depreende-se deste cenário que o dispositivo legal brasileiro ainda é omissivo no que toca a seara da reprodução humana assistida.

Na perspectiva do direito brasileiro, constata-se, portanto, a inexistência de lei específica que discipline toda a matéria, com exceção da norma deontológica do Conselho Federal de Medicina, mas que não se eleva à categoria de norma jurídica.

É verdade, no entanto, que nem sempre as normas jurídicas acompanham as descobertas da biomedicina, pois o direito é um vínculo de valores que são transmitidos no ordenamento jurídico por meio de princípios. Procura-se mostrar o papel da bioética no sentido de adotar princípios éticos e valores morais para tratar das mais diversas questões que surgirem na sociedade moderna, enquanto que não há a consolidação de normas jurídicas que regulem a reprodução assistida.

O ponto de partida deste presente trabalho consiste em uma breve explanação sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito de família e os seus princípios pertinentes, a fim de orientar as condutas médicas, produto da evolução científica, que possibilitaram as práticas clínicas de reprodução artificial.

Por conseguinte, tem-se a finalidade de elucidar a grande controvérsia que há na esfera jurídica sobre a possibilidade de se conhecer a origem biológica da pessoa gerada por técnica de reprodução humana assistida heteróloga, objetivando, assim, apresentar argumentos bioéticos e jurídicos relacionados ao assunto, bem como suas possíveis interpretações e consequências.

No âmbito da adoção, a Lei do Estatuto da Criança e Adolescente garante o direito ao conhecimento da origem genética do adotando desde que não haja vínculo de filiação, porém, na seara da reprodução humana assistida heteróloga não existe nenhuma lei que discorra sobre esse direito, sendo este assunto, portanto, alvo de muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. A debate a ser aferido é de suma

importância, uma vez que não há legislação específica que verse sobre o direito ao conhecimento da identidade genética em casos de reprodução humana artificial. Portanto, há conflitos que a Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina não consegue solucionar pelo fato de não subsistir normas cogentes que regulamentem a matéria, havendo necessidade de recorrer à ordem jurídica. É necessário ilustrar que existem direitos muito importantes que não estão positivados, mas que merecem total atenção e proteção constitucional.

Nesse aspecto, mais especificamente, este estudo científico tem como direcionamento analisar, avaliar e ponderar a reprodução humana assistida heteróloga e os seus desdobramentos, bem como observar se existe um direito ao conhecimento da ascendência genética e em que hipóteses, utilizando como alicerce normativo o direito ao conhecimento da origem biológica na adoção.

A temática das fecundações artificiais humanas permeia amplamente o direito da família no que toca os direitos de personalidade dos seres envolvidos.

Assim, impera ilustrar também, no decorrer do trabalho, que os direitos da personalidade balizam o ordenamento jurídico brasileiro, pois afetam diretamente as pessoas humanas em seu íntimo e protegem seus interesses individuais frente a terceiros e ao próprio Estado. A legislação pátria enumera alguns desses direitos personalíssimos, apontando diretrizes e valores a serem considerados, restando sopesá-los em caso de conflito com princípios fundamentais.

Nesse sentido, versa-se analisar se a proteção da identidade genética da pessoa humana merece ser assegurada constitucionalmente à criança concebida por ser titular de um direito fundamental de personalidade, e se deve ou não existir uma proteção jurídica reforçada no que tange ao direito de conhecimento da origem biológica. Oposto a isso, impera analisar também se a cláusula de anonimato e o dever de sigilo são absolutos, posto que a Constituição Federal de 1988 garante o direito à privacidade e intimidade do doador do material genético.

Tem-se, então, um conflito entre o direito ao conhecimento da ascendência genética e o direito ao sigilo, um problema que envolve os chamados direitos fundamentais de quarta geração e uma nova discussão à respeito do Direito de Família, todos revolucionados pelos progressos da biomedicina.

Nesse contexto, a questão da reprodução assistida heteróloga, o objeto da presente pesquisa científica, requer uma análise constitucional, posto que desperta muitas dúvidas a respeito tanto de seu procedimento, quanto dos direitos fundamentais dos envolvidos no processo do tratamento para fertilidade e de solução para a esterilidade.

A reprodução assistida heteróloga na sociedade atual é de extrema importância, visto que é hábil a solucionar casos severos de infertilidade e esterilidade, possibilitando a muitos indivíduos serem pais quando, de outro modo, não seria possível. Ou seja, esse tipo de reprodução tem o condão de realizar o desejo daqueles que não podem ter filhos, ou até mesmo daqueles que querem constituir uma família monoparental, visto que nos dias atuais isso é perfeitamente possível devido a esse procedimento artificial.

Ainda, compreende-se o uso dos métodos da reprodução humana assistida como direitos reprodutivos, como instrumento de viabilização para a efetivação de famílias monoparentais e também como aspecto ao planejamento familiar, visto que todo indivíduo tem o direito à liberdade de procriação. Entretanto, a técnica deve ser executada sempre pautada pelos princípios constitucionais, sob o risco de infringir deliberadamente os direitos fundamentais dos envolvidos.

Desse modo, percebe-se que não há uma resposta pronta que sirva para todas as dúvidas que envolvem o tratamento de reprodução assistida. Contudo, pode-se dizer que o princípio da dignidade humana permeia todas as hipóteses, ora pendendo para o lado do embrião gerado pelas técnicas assistidas, ora pendendo para o lado do doador.

Diante do exposto, este trabalho tem como maior escopo apresentar os problemas, argumentos e soluções relacionadas as divergências legais e doutrinárias que há sobre o tema através da criação de uma regulamentação própria que atente à garantia da pessoa humana e seus interesses.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E LIBERDADE DE PROCRIAÇÃO

A princípio, as técnicas de reprodução assistida foram desenvolvidas com intuito de contornar a infertilidade ou esterilidade do casal, ou de um deles, para que fosse possível a efetivação do direito de procriação. A reprodução humana assistida é meio legítimo de realizar a vontade efetiva de uma pessoa a procriar, utilizando-se da técnica adequada para cada tipo de situação específica, pois, consiste em propiciar o desejo de determinadas pessoas, que não podem gerar indivíduos, em poder conceber seus próprios filhos.

A reprodução realizada através das técnicas medicamente assistidas é fundamental para possibilitar a procriação, já que é um ato externo à relação natural que se estabelece entre as pessoas interferindo substancialmente na concepção de proles. Desse modo, defende-se a ideia de procriação como um direito existencial de cada indivíduo, no qual este tem liberdade de escolher se deseja ou não utilizar os métodos de reprodução humana assistida com intuito de gerar filhos (SOUZA, 2009, p. 216 - 217).

De acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, é contundente afirmar que a todos devem ser assegurados o direito à reprodução assistida como meio de suprir aquilo que não lhe é possível naturalmente já que a finalidade primordial desta experiência é auxiliar o planejamento familiar e o direito de reprodução em casos de reais necessidades. A medicina deve utilizar as inovações científicas com o objetivo de solucionar problemas e não de permitir a utilização dessas técnicas por mera vaidade, pois, deve-se respeitar os direitos assegurados ao nascituro assim como, de todos que circulam esses procedimentos (BOPP *et al*, 2014, p. 111).

É de se saber que a vontade de gerar um filho com a consequente busca aos métodos de reprodução artificial é recepcionada pelo princípio constitucional de planejamento familiar, cujos direitos procriativos são conferidos a todos os indivíduos, ou seja, é reconhecido o livre exercício à vida sexual e reprodutiva onde qualquer pessoa tem o direito de recorrer aos métodos modernos de concepção e às práticas científicas disponíveis que objetivam o anseio de maternidade e paternidade. Assim, é oportuno que seja afigurado o respeito ao princípio da

liberdade e privacidade, onde garanta o livre acesso das pessoas aos tratamentos de reprodução humana assistida (MEIRELLES, 2002, p. 394).

Os direitos reprodutivos se ancoram no reconhecimento do direito básico de toda pessoa decidir livremente sobre a oportunidade de ter filhos e os meios de assim o fazer. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, sem discriminação, coerção ou violência, pois, caso seja opção do casal ou indivíduo realizar os métodos de reprodução humana assistida para conceber suas proles, é necessário que seja assim disponibilizado em razão da liberdade de procriação (CORRÊA *et al*, 2006, p. 20).

Nesse sentido, deve prevalecer o entendimento de que existe um direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida, em razão do direito à saúde, do bem-estar psíquico, da premente realização de vontade e desejo de gerar um indivíduo. Emerge de tal raciocínio, o reconhecimento da liberdade do direito de procriar.

Portanto, deve-se assegurar o direito a toda e qualquer pessoa de ter controle sobre o exercício de sua sexualidade e autonomia sobre sua saúde reprodutiva de modo a adotar suas próprias decisões no que concerne a reprodução (CORRÊA *et al*, 2006, p. 21).

2.1 O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

O livre exercício do planejamento familiar propicia o direito das pessoas em buscar a concepção de um filho pretendido e almejado, pois, é direito de todo cidadão constituir família conforme sua vontade, tendo em vista que o planejamento familiar é uma garantia típica de um regime democrático onde se delibera ampla autonomia aos particulares (CARVALHO, 2014 p.139).

O §7, do art. 226, da Constituição Federal determina que:

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.

Primeiramente, diante do texto normativo elencado, percebe-se uma amplitude de incidência desta tutela constitucional contemplando o próprio direito à procriação como parte integrante do referido planejamento familiar (SOUZA, 2009, p. 214).

Além disso, traduz-se o entendimento da referida norma de que o princípio da dignidade da pessoa humana deve sempre prevalecer para garantir que os pais da criança concebida tenham o direito e a liberdade de organizarem o planejamento familiar, cabendo a eles a livre decisão e escolha. É vedado, portanto, a interferência de qualquer instituição nos planejamentos familiares, uma vez que o Estado somente tem o dever de propiciar a existência de recursos científicos e educacionais de maneira a orientar as pessoas a formarem suas famílias adequadamente.

Ainda, a Lei de planejamento familiar nº 9.263/96 no seu artigo 2º, desenvolve o conteúdo da referida norma constitucional ao estabelecer:

Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole da mulher, pelo homem ou pelo casal.

Portanto, como forma de complementar ainda mais o texto normativo, o artigo 2º, 3º e 9º da nomeada Lei abarcam um conceito de família monoparental em que o livre exercício do planejamento familiar deixa de pertencer somente ao casal de forma conjunta, passando a considerar o homem e a mulher individualmente como detentores desse direito, inclusive, dando a estes, liberdade para adotarem técnicas de reprodução assistida para constituírem suas famílias (CARVALHO, 2014 p. 133).

Deste modo, pode-se concluir que o planejamento familiar é livre, cuja autonomia é ditame constitucional, em que proporciona ao indivíduo o direito de formar família, de decidir se terá ou não filhos, quantos pretende conceber, etc. Através da interpretação analógica da Constituição Federal, amplifica-se o entendimento de que o direito de constituir uma entidade familiar inclui o direito de procriar, até mesmo artificialmente pelas técnicas de reprodução humana assistida (FERRAZ, 2010, p. 81).

Assim, o direito de firmar entidades familiares inclui o direito de procriação, que inclusive se dá pelo próprio princípio da liberdade responsável devendo, no entanto, ser considerados todos os interesses do indivíduo que vai nascer.

2.2 A PROCRIAÇÃO COMO UM DIREITO?

No tocante à matéria de reprodução humana, surge questionamentos quanto à procriação, se seria um direito fundamental inerente ao indivíduo ou se apenas um direito subjetivo.

No entanto, deve-se entender a reprodução como um direito fundamental em razão do direito à liberdade do ser humano, pois, são atitudes e manifestações de cada pessoa que refletem a vontade de constituir filhos, e assim, o Estado não deve interferir nas decisões tanto do homem quanto da mulher, isto é, nem a sociedade ou quem quer que seja pode estabelecer limites ou condições para o exercício da procriação dentro do âmbito da autonomia privada do indivíduo.

O ato de procriar faz parte da natureza do ser humano que garante o pleno desenvolvimento de personalidade do indivíduo. O direito à procriação acaba sendo uma garantia indireta no âmbito constitucional em razão da proteção do livre planejamento familiar (CASABONA, QUEIROZ, 2005, p. 311).

Ou seja, quando a Carta Magna confere às pessoas a livre decisão do planejamento familiar, coibindo a intercessão das instituições e do Estado na constituição da família, está garantindo também o direito à procriação, pois, presume-se que essas pessoas também têm liberdade de decisão a respeito da geração de seus filhos, podendo as mesmas, optarem por utilizar métodos artificiais de procriação quando não puderem exercer os seus direitos de reprodução de maneira natural (CASABONA, QUEIROZ 2005, p. 311).

Não obstante, pode-se dizer que esse direito à procriação não é absoluto, uma vez que deve se impor limites à essa seara que é justamente a responsabilidade, ou seja, deve haver uma liberdade do indivíduo em conceber filhos, porém, de maneira responsável. Nesse passo, no âmbito da reprodução humana assistida, existe o princípio da paternidade e maternidade responsável vinculado ao princípio do melhor interesse da criança, em que só se deve ceder o direito à procriação aos pais naturais ou artificiais/afetivos caso haja condições suficientes para assegurar a vida, e a criação de sua prole com saúde, educação e afeto (GAMA, 2003, p.124).

Assim sendo, a procriação que não respeite a dignidade da pessoa humana, a paternidade responsável e o futuro digno do nascituro não deve ocorrer, uma vez que o melhor interesse da criança concebida deve prevalecer devendo, portanto, a paternidade e maternidade responsável ser medida do livre planejamento familiar (BARBOSA, 2010, p. 10).

Diante do exposto, não há como negar o direito à procriação seja ela natural ou artificial quando esta se contemplar corretamente, isso porque, a concepção, aumento ou limitação de quantidade de filhos que o indivíduo deseja ter, acaba sendo a ampliação ou projeção da sua personalidade, como um próprio de direito à vida e liberdade (SOUZA, 2009, p. 219).

2.3 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Para solucionar a impossibilidade de gerar filhos, vários estudos passaram a ser realizados e a partir do século XX, começaram a surgir mecanismos com objetivo de ensinar a reprodução nos indivíduos de maneira científica e artificial, com o único intuito de permitir àquelas pessoas inférteis, a geração de seus filhos conforme fossem as suas vontades de alcançar a maternidade e paternidade.

Através do desenvolvimento científico, a sociedade contemporânea alcançou diversas descobertas quanto a cura de patologias que impediam tanto o homem quanto a mulher de procriar, pois, tais problemas foram solucionados através das técnicas de reprodução humana assistida.

Conceitua-se reprodução humana assistida como o complexo de procedimentos que buscam unir o material germinativo do homem ao da mulher, com objetivo de dar origem a um ser humano, ou seja, são técnicas utilizadas com o escopo de dar filhos de forma artificial a quem não os pode conceber naturalmente (MALUF, 2013, p. 193).

A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013 dispõe que “as técnicas de reprodução assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação” quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes para a solução atual de infertilidade.

Ao passar dos anos, pode-se dizer que já existem inúmeros métodos na reprodução assistida como forma de solucionar a impossibilidade de procriação. Dentre elas, as mais utilizadas e eficazes no ramo da reprodução artificial, são a inseminação e fertilização que, no entanto, ocorrem de maneira distintas. Muitos são os motivos que levam ao uso destas técnicas, como nos casos de infertilidade e esterilidade, no entanto, estas não se confundem uma vez que a segunda é configurada pela incapacidade permanente e irreversível de gerar filhos, podendo ser solucionada somente através do método de reprodução heteróloga.

No tocante às reproduções humana artificiais, o ato de dispor dos elementos genéticos em favor de uma terceira pessoa, como na reprodução heteróloga, que será melhor discutida adiante, assume extrema importância em razão das repercussões de ordem médica (doenças de origem genética) e de ordem legal, assim como nas implicações psíquicas, morais, sociais e no que se refere ao direito personalíssimo ao conhecimento da origem genética (JORGE JUNIOR, 2009, p. 128).

Importante mencionar que no Brasil a reprodução artificial já é muito requisitada, contudo, a maioria dos centros que se utilizam dessa técnica é particular, não sendo, portanto, um método acessível a todos os brasileiros, haja vista que há um custo muito alto para manter os procedimentos e medicamentos a serem utilizados (MALUF, 2013, p. 193).

2.3.1 Os critérios de acesso previstos na Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina

No Brasil, não há uma lei específica que discorra sobre a reprodução humana assistida, havendo apenas a resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina que regulamenta tais procedimentos através de seus princípios gerais, inclusive, o dever de anonimato do doador. Contudo, essa resolução é instituída com a finalidade de ser destinada somente aos médicos que realizam o procedimento e não à coletividade como um todo, deixando muitas pessoas sem um amparo legislativo para solucionar conflitos pessoais já existentes.

O Conselho Federal de Medicina editou normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida com dispositivos deontológicos a serem seguidos pelos profissionais da área de saúde, porém, uma resolução não pode inovar originariamente a ordem jurídica, ela serve apenas como parâmetro interpretativo para o direito. Isso porque, as técnicas de reprodução assistida são uma evolução da medicina que vem interferindo no direito, obrigando-o a refletir acerca da abrangência e dos limites das novas situações familiares (TORQUATO; SÁ, 2015, p. 67).

Dessa forma, a resolução existe para regulamentar a utilização das técnicas de reprodução artificial que tenham como objetivo a procriação humana, devendo as normas serem norteadas pelos princípios gerais e éticos da boa-fé. Além disso, essas técnicas não podem causar riscos de saúde à pessoa submetida ao tratamento e também não podem violar a dignidade da mesma em nenhuma esfera, sendo, ainda, necessário o consentimento expresso tanto dos pacientes quanto dos doadores.

Nessa perspectiva, fala-se no consentimento informado como sendo um elemento essencial para que haja a reprodução assistida, uma vez que é obrigatória a imposição de deveres anexos de informações às partes e ao próprio médico, devendo o consentimento ser explícito e formalizado por todos os sujeitos, uma vez que tem o intuito de causar delimitações acerca do procedimento a ser exercido (CASABONA; QUEIROZ, 2004, p.193).

Tal critério compreende a imprescindibilidade de todas as pessoas que se sujeitarão às técnicas de reprodução, receberem as informações necessárias para a prática médica e sua amplitude, necessitando da concordância de todos os sujeitos de que receberam as devidas informações e possíveis advertências acerca da realização do procedimento. Isto é, estende-se não apenas aos inférteis, mas também aos doadores de material genético todas as informações de ordem jurídica, ética, econômica e biológica, decorrentes da prática da reprodução artificial, bem como o segredo de todo o tratamento (BRASILEIRO, 2010, p. 251).

Ao se falar na necessidade do consentimento informado para o acesso das técnicas assistidas, deve-se assentir para o entendimento de que é dever do médico conceder todas as informações pertinentes ao paciente para que este compreenda o procedimento a que será submetido, e, assim, decida de maneira consciente e

manifeste a sua própria vontade. Trata-se de um requisito prévio e indispensável à realização da intervenção médica e o seu não cumprimento revela violação ao princípio geral de boa-fé e lealdade (AGUIAR, 2005, p. 74).

Além disso, a Resolução do Conselho Federal de Medicina impõe outros deveres nos quais devem ser cumpridos para que haja o acesso à reprodução humana artificial, ou seja, nos casos de doação de gametas sejam estes de esperma ou óvulos, deve existir primeiramente o anonimato dos doadores haja vista que, é necessário existir a preservação à identidade desse terceiro concessor. É imprescindível também que a doação seja realizada de maneira gratuita, livre e espontânea por um terceiro fértil a uma outra pessoa estéril que tenha o desejo de procriar filhos com intuito de formar família, mas que, por força da natureza humana, foi impedida de poder concebê-los naturalmente (FERNANDES, 2005, p. 41).

Assim sendo, o indivíduo que consente em doar o material germinativo, geralmente, é aquele que não tem interesse em gerar filhos naquele determinado momento, visto que abdica indiretamente da oportunidade de instituir a paternidade. Importante salientar, que a doação do material genético não pode ter nenhum caráter econômico ou lucrativo, pois, caso haja uma cessão valorativa, esta será considerada inválida porque terá sido proferida de uma atividade ilícita e proibida.

Outro critério já mencionado para a doação de gametas é o anonimato do doador, uma vez que tem o objetivo de preservar a intimidade da pessoa que doou e proteger a criança concebida, que pode em algum determinado momento de sua vida vir a questionar a identidade de seus pais biológicos, o que, além de prejudicar a função social do contrato, poderia causar transtornos a esse menor. O regulamento presente na resolução obriga aos médicos o dever de manter o sigilo de ambas as partes (doador e receptor), podendo haver somente a quebra relativa do sigilo em hipóteses específicas (FERNANDES, 2005, p. 41).

Quanto aos usuários das técnicas de reprodução humana assistida, surge a dúvida de que pessoas estariam aptas a realização dos procedimentos artificiais, posto que não há nenhuma regulamentação jurídica sobre quem pode se submeter a tais métodos. No entanto, o Conselho Federal de Medicina estabelece que qualquer pessoa desde que capaz, pode ser receptora das técnicas, isto é, permite-se o acesso àquelas pessoas solteiras, viúvas, divorciadas, inclusive aos relacionamentos homoafetivos (NICOLAU JÚNIOR, 2011, p. 57).

É nesse sentido que o Conselho Federal de Medicina estabelece quanto aos pacientes das técnicas de reprodução assistida:

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

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

Logo, poderão essas pessoas se submeterem aos procedimentos de reprodução humana assistida em razão da inexistência de qualquer óbice à sua realização. Sendo assim, o direito de alguém à concepção e à descendência por meio da reprodução assistida poderá ser permitido sempre que não houver nenhum risco a vida ou a saúde do embrião e do paciente (DINIZ, 2011, p. 671).

2.3.2 Os principais tipos de reprodução

Como já se sabe, as causas que impossibilitam o ser humano de conceber proles são diversas, em que podem derivar tanto por motivos masculinos quanto femininos. Nesses casos, a alternativa para solucionar o impedimento de procriação, é recorrer às técnicas de reprodução humana artificial.

A reprodução humana artificial pode se efetivar através de diferentes métodos, e a escolha por uma técnica específica é de acordo com os problemas individuais dos pacientes envolvidos e todas as características apresentadas, visto que são experiências científicas distintas, tendo cada uma sua própria finalidade que variam conforme a deficiência constatada (MEIRELLES, 2014, p. 37).

Apesar dos métodos mais conhecidos de reprodução assistida serem a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, é importante dizer que os tipos de reprodução humana artificial não se limitam a essas práticas de implantação de embriões e gametas no aparelho reprodutor da mulher com objetivo de conceber um ser humano, pois, qualquer técnica que interfira no processo natural, permitindo ou estimulando a procriação, são consideradas espécies de reprodução assistida (MEIRELLES, 2002, p. 393).

2.3.2.1 Inseminação

A inseminação foi a primeira e mais antiga técnica, de reprodução assistida experimentada e vingada na medicina científica, em que consiste na introdução do material germinativo masculino ao útero da mulher tendo como objetivo a gestação, facilitando e auxiliando determinada etapa vista como deficiente no processo reprodutivo natural (SOUZA, 2009, p. 220).

É um processo utilizado para tratar o problema na reprodução natural, no qual o espermatozoide é inserido no cérvix (inseminação intracervical) ou no útero (inseminação intrauterina) da mulher, sem o intercursos sexual, objetivando engravidar a mesma. Neste procedimento não há o manejo humano em laboratório, não havendo manipulação extracorpórea, posto que a fecundação ocorre no próprio corpo feminino (MEIRELLES, 2014, p. 37).

A técnica de inseminação para Maria Helena Diniz (2011, p. 615) é:

Quando o casal não puder procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, pseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozoides, obstrução do colo uterino, doença hereditária, etc.

Sendo assim, é notório dizer que a inseminação assistida ocorre nas situações mais comuns quando houver defeitos nos espermatozoides, impotência masculina ou incompatibilidade do tipo sanguíneo do casal, considerando, portanto, um estímulo àqueles incapazes de procriar e um verdadeiro auxílio dentro do processo natural de fecundação humana (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 89).

2.3.2.2 Fertilização *in vitro*

No momento do resultado experimental da fertilização *in vitro*, a sociedade criou um mínimo de resistência à essa técnica, uma vez que, até então, a vida humana não poderia ser criada com a ajuda de laboratórios científicos, tendo, portanto, o seu surgimento causado alguns questionamentos éticos-jurídicos.

A mencionada técnica alcançou o seu sucesso científico no ano de 1978, através da coleta de espermatozoides, com a função de formar embriões fora do corpo do ser humano para só posteriormente inseri-los no útero da mulher.

Antes de ser realizado o procedimento, é necessário que haja a identificação com clareza do problema que causa a infertilidade do homem ou da mulher para que seja indicado o tratamento correto a cada caso específico, devendo, ainda, a mulher ser submetida a tratamento com hormônios para aumentar o estímulo da ovulação. Posteriormente, os óvulos e espermatozoides colhidos serão unidos a fim de realizar a fertilização e somente após período restrito, os embriões criados serão introduzidos no útero (FERRAZ, 2010, p. 45).

Nas palavras de Regina Fiuza Sauwen e Severo Hryniewicz (2008, p. 91):

A técnica da fertilização assistida ou *in vitro* consiste em retirar, normalmente por laparoscopia, um ou vários óvulos de uma mulher – sua produção é, geralmente, provocada por estimulação hormonal – e colocá-los em um meio nutritivo. Em seguida, aos óvulos, reúne-se o esperma. Com a fecundação, após horas ou até dois dias, o óvulo é colocado no útero da mulher. Se ocorrer a nidificação (adesão ao útero), a gravidez segue seu ritmo normal.

O sucesso desse procedimento é um mistério para alguns profissionais e por isso recomenda-se a implantação de diversos embriões (com número não excedente a quatro), pois a probabilidade de sucesso de gravidez é maior. É ainda, possível o congelamento desses embriões, dando uma maior oportunidade àquelas pessoas que tem o interesse de se sujeitar ao procedimento.

A fecundação *in vitro*, assim como a inseminação artificial, poderá ser realizada através da técnica homóloga quando o material genético utilizado for do próprio casal solicitante, ou heteróloga, quando for utilizado o material de doadores alheios à relação, pois, independentemente de serem óvulos ou sêmens doados, o embrião concebido será inserido no útero da solicitante ou de terceira pessoa. Portanto, nesse tipo de reprodução humana artificial pode haver a presença de três figuras, como a doadora temporária de útero, a doadora de óvulos, ou o doador de sêmen (FERNANDES, 2005, p. 92).

Destarte, os óvulos poderão ser extraídos por doadores anônimos indiferentes ao futuro pai ou mãe ali presentes, assim como ocorre na inseminação artificial, sendo, portanto, o único ponto em comum entre estas duas técnicas de reprodução humana assistida (FERRAZ, 2010, p. 45).

Nesse contexto, Eduardo de Oliveira Leite apresenta algumas possibilidades de fertilização *in vitro*. A primeira delas é quando a criança concebida é fruto da doação de óvulos de uma mulher desconhecida do casal, caso que a criança é geneticamente vinculada somente ao pai. Pode existir também a doação tanto de óvulos quanto de espermatozoides para o corpo da mulher casada e neste caso, o vínculo biológico inexistente. Por fim, quando a doação do material germinativo é de um terceiro que não seja o marido ou companheiro da mulher submetida ao procedimento, havendo, portanto, um vínculo socioafetivo entre o pai e a criança gerada (1995, p. 395).

2.4 OS PROCEDIMENTOS QUANTO À NATUREZA DO MATERIAL GERMINATIVO

É sabido que tanto a inseminação quanto a fertilização *in vitro* poderá ser homóloga ou heteróloga, mas, essa segunda hipótese é indicada nas situações de absoluta esterilidade masculina e feminina ou doenças hereditárias graves do cônjuge ou companheiro(a) o que difere do primeiro procedimento (SOUZA, 2009, p. 220).

Assim, como será visto adiante, no procedimento heterólogo, nos casos em que o marido não tenha espermatozoides aptos para a reprodução; a mulher é infértil ou estéril, sendo os óvulos doados por uma terceira pessoa, e todos os métodos não podem ajuda-los ou até mesmo em situações de mulheres solteiras que buscam a maternidade independente, o uso de material biológico, doado, por um terceiro pode ser uma eficiente alternativa de tratamento.

Será visto que no procedimento heterólogo, o material germinativo é proveniente de uma terceira pessoa em razão de haver impossibilidade de um dos cônjuges ou companheiros contribuir com o material fecundante, podendo, assim, a doação ser feita tanto de gametas femininos quanto masculinos (GAMA, 2003, p. 735).

Com relação a natureza do material germinativo no procedimento heterólogo, os elementos doados são de pessoas desconhecidas à relação do casal. É o processo pelo qual a criança é gerada por qualquer das técnicas de reprodução assistida, desde que haja a utilização de gametas de doadores, existindo a fecundação “*a matre*”, quando o material disponibilizado for o feminino e “*a patre*” quando os gametas forem de terceiro masculino. Podem ser utilizados também os materiais

biológicos de ambos doadores, não havendo nenhum vínculo genético entre as partes envolvidas (FERNANDES *apud* GAMA, 2003, p. 735).

2.4.1 Homóloga

Não constitui objetivo desse trabalho realizar digressões acerca da modalidade de reprodução medicamente assistida homóloga, e é por esse motivo que a sua abordagem será vista de maneira sucinta, até mesmo porque, a presente técnica não traz grandes controvérsias acerca do seu procedimento.

Deste modo, na reprodução assistida homóloga o material utilizado pertence ao companheiro ou marido da mulher submetida ao tratamento, isto é, os gametas pertencem aos próprios requerentes do processo reprodutivo e é por isso que a filiação nesse modelo se dá pelo aspecto biológico, pois, o casal que se submete a este tratamento está concordando conjuntamente sobre a paternidade e maternidade do filho que ali será concebido, necessitando por óbvio do consentimento voluntário de ambas as partes.

Trata-se, portanto, de uma deficiência genética ou eventual, do casal ou pessoa individual em ensejar a procriação, e por isso, é um procedimento que a sua utilização será aconselhada por um médico especialista a solucionar o caso através de uma técnica exclusiva. Além disso, por se tratar de uma técnica demandada pelos próprios cônjuges, o Código Civil determina que haverá a presunção de paternidade e maternidade das proles concebidas no momento da constância do casamento, podendo é claro, estender por analogia essa presunção em situações de casais enleados pela união estável (MEIRELLES, 2014, p. 46).

Ou seja, haverá sempre a presunção legal de que o marido ou companheiro da pessoa que foi inseminada ou fertilizada com as respectivas células reprodutoras é o pai da criança que foi concebida (VILAS-BÔAS, 2011, p.130).

Por esse motivo, a inseminação artificial homóloga, em regra, não fere princípios jurídicos, pois, a coleta e utilização do material genético do casal dependerão de anuência expressa dos interessados ligados por matrimônio ou união estável,

através de manifestação de vontade precedida de esclarecimento quanto ao processo artificial que se submeterão.

2.4.2 Heteróloga

Os aspectos principais da reprodução humana assistida na modalidade heteróloga é que darão suporte à análise do tema proposto, sendo esta espécie de reprodução, o enfoque do presente trabalho.

Conceitua-se a inseminação e fertilização artificial heteróloga quando o material fecundante for proveniente de terceiro, doador e este sujeito não tiver qualquer vínculo com a pessoa submetida ao procedimento. Essa técnica é geralmente recomendada nos casos de absoluta esterilidade masculina ou doenças hereditárias graves (congenitas ou adquiridas) dos genitores que possam ser transmitidas aos embriões (SOUZA, 2009, p. 222).

Ainda, pode existir também a esterilidade feminina, na qual, a mulher é impossibilitada de procriar devido a inexistência de produção de óvulos, necessitando da utilização de um óvulo de terceira pessoa qual seja, doadora fértil, estranha à relação do casal. Nessa hipótese, o material doado será fecundado pelo marido podendo a futura gestação ocorrer no próprio corpo da esposa ou no ventre de uma terceira mulher, através de um ato denominado gestação de substituição (GAMA, 2003, p. 735).

Tanto nos casos de esterilidade masculina quanto feminina, o material genético do nascituro não será compatível com o do pai ou da mãe respectivamente, e é nessas situações que acabam gerando problemas jurídicos relativos ao reconhecimento de origem biológica.

Nesse sentido, o critério para perfilhação e estabelecimento de parentalidade em âmbito de procriação assistida heteróloga não é o biológico, isto é, com relação ao ascendente que não contribuiu com o material germinativo para a concepção posterior do filho (GAMA, 2004, p. 276).

Primeiramente, é necessário atestar que a doação de material germinativo por um terceiro é um ato lícito, de generosidade e solidariedade de doar algo seu em prol de

outra pessoa privada do direito de procriar, pois, através de pesquisas estatísticas, é possível comprovar a grande eficiência e solução que a reprodução heteróloga vem trazendo ao longo dos anos à vida das pessoas que enfrentam problemas de esterilidade.

Contudo, tanto no campo jurídico quanto ético surgem algumas controvérsias doutrinárias acerca de problemas e questionamentos oriundos da inseminação assistida heteróloga, como a necessidade de prévio consentimento do companheiro da mulher submetida à técnica; a possibilidade de ocorrência de desequilíbrio na estrutura básica do matrimônio; a possível identificação do doador, bem como, a omissão de legislação referente ao procedimento tratado, dentre outros(FERNANDES, 2005, p. 78).

O Código Civil de 2002, pretendendo adequar o direito de família à realidade científica instituiu o artigo 1.597, inciso V, no qual estabelece: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

Quando houver o consentimento e autorização do marido da mulher submetida à reprodução humana heteróloga, haverá presunção absoluta de paternidade do filho gerado quando na constância do casamento ou união estável. Note-se que, apesar do referido dispositivo apenas estabelecer presunção na vigência do casamento, merece ser instituído uma maior amplitude no texto legal de modo a abarcar analogicamente a união estável.

Contudo, após a realização do consentimento do marido ou companheiro, este não pode mais se retratar e revogar o ato da autorização, uma vez que a presunção é absoluta de que ele é o pai ainda que sócio-afetivo e além do mais, isso violaria o princípio constitucional da vedação do comportamento contrário onde a proibição decorre, em suma, da tutela da confiança e da lealdade, que, invariavelmente, transcende o próprio âmbito da boa-fé, estendendo-se sobre todo o direito.

O *venire contra factum proprium* é um princípio defendido pela doutrina civilista que se aplica ao presente artigo citado anteriormente, uma vez que considera que o comportamento posterior de uma determinada pessoa deve ter coerência com o seu primeiro ato praticado para que não haja contradição ilícita ao atentar a boa-fé, confiança e legítima expectativa de um terceiro. Neste viés, se defende a vedação ao

comportamento contraditório apresentado pelo cônjuge ou companheiro (a) após a realização da reprodução heteróloga, uma vez que a proibição da retratação não tem por fim apenas a manutenção da coerência, mas também a proteção da confiança despertada na contraparte ou em terceiros(LÔBO, 2011, p. 225).

Impõe-se a aplicação deste princípio quando, ante a impossibilidade de utilizar o material genético do futuro pai ou mãe, o casal resolve recorrer as técnicas de reprodução humana artificial, e, ao fim do procedimento heterólogo, após a prole já concebida, aquele(a) estéril ou impedido(a) de procriar arrepende-se do consentimento outorgado e busca a quebra do vínculo paterno/materno-filial alegando total arrependimento e inexistência de paternidade ou maternidade biológica. Tal conduta contraditória viola completamente o dever de lealdade e os princípios de boa-fé, confiança (GONÇALVES, 2014, p. 329)

Nesse ditame, Wagner Mota Alves de Souza ainda descreve a situação quando ocorre comportamento contraditório repugnado na reprodução humana heteróloga:

Temos neste caso uma conduta inicial vinculante (*factum proprium*) consistente na aceitação da inseminação artificial heteróloga (ou técnica diversa) que gera em terceiros (cônjuge ou companheiro (a)), guiados pela boa-fé e pela confiança, a legítima expectativa de sua manutenção. Note-se que este terceiro vai orientar sua linha de ação com base na conduta vinculante e é surpreendido quando o comportamento contraditório concernente ao arrependimento e posterior tentativa de quebra do vínculo jurídico pela ação negatória de paternidade ou maternidade revela-se(2009, p. 225).

Ainda, repelindo a conduta de retratação do consentimento lavrado, o autor expõe:

O cônjuge que acreditou na palavra empenhada pelo seu consorte e pautou sua conduta com base nela fica completamente desorientado frente a esta situação irreversível que é gerar um filho. Este, por sua vez, será o mais afetado, pois verá contestada a relação de filiação pelo seu pai não biológico e não poderá buscar o reconhecimento do estado de filiação do pai biológico que, como regra, tem assegurado o anonimato(SOUZA, 2009, p. 225).

Sendo assim, não tem direito o pai que consentiu de negar a filiação, tendo em vista que ele manifestou sua vontade livremente, e o reconhecimento do estado de filho acarreta a filiação sócio-afetiva, merecedora de proteção constitucional.

Além disso, o Conselho Federal de Medicina ainda determina que a autorização deve ser feita por escrito expressamente com a devida aprovação irrevogável do cônjuge ou companheiro.

Nesse seguimento, a instituição das principais técnicas de reprodução humana assistida gera inúmeros debates e repercussões acerca dos resultados gerados, uma vez que influenciam em matérias do direito de família, necessitando, assim, de um direcionamento legislativo juntamente com as matérias de biodireito.

3 O NOVO DIREITO DE FAMÍLIA E OS ASPECTOS CONTRATUAIS PERTINENTES À REPRODUÇÃO HETERÓLOGA

No decorrer dos anos, o conceito familiar sofreu intensas modificações na sociedade, e o direito, como sendo uma ciência social que acompanha o desenvolvimento da humanidade, teve de se adequar à estas mutações. O constituinte restou compelido a alterar determinados conceitos que existiam na legislação, assim como ampliar as codificações já existentes, com o único intuito de suprir as contradições existentes entre o que estava disposto na lei e o que sucedia na realidade da sociedade.

A nova codificação substituiu a visão patriarcalista e positivista presente no código civil de 1916 em que preceituava a família como sendo o conjunto de pessoas descendentes de ancestral comum enleados somente através da consanguinidade, para uma visão de cunho solidário e afetivo que vai muito além do elemento carnal, ou seja, pessoas entrelaçadas pelo afeto e amor.

Nesse sentido, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve modificações do significado de família regulando o texto normativo à realidade social, passando a legitimar aquelas famílias não derivadas do casamento como sendo também entidades merecedoras de enfoque e proteção. O Código Civil de 2002 também contribuiu substancialmente para as alterações do direito de família, porque passou a conceituar família à luz dos princípios fundamentais através de um critério elástico. É notório dizer que, com a Carta Magna e o Código Civil, houve uma maior

autonomia conferida às pessoas, uma vez que o Estado só passa a interferir nas relações humanas quando houver violação direta ao direito do indivíduo pertencente àquela instituição familiar.

Ademais, o novo direito de família trouxe a igualdade entre os cônjuges, assim como isonomia entre os filhos, sejam eles biológicos ou não, pois, todos passam a ter a mesma igualdade de direitos perante a lei. Sendo assim, o elemento afetivo passou a ser o aspecto crucial para construir o vínculo familiar, e é diante desse fator, que se ratifica a ideia de que as novas organizações familiares pertencentes a uma sociedade livre e democrática, influenciaram a ocorrência de alterações no próprio direito das famílias, pelo qual eliminou-se qualquer aspecto de discriminação entre as classes familiares, tendo como o único elemento imprescindível nessas relações, o vínculo afetivo (MADALENO, 2013, p. 2).

Por conseguinte, diante das inúmeras mudanças científicas, sociais e legais, a Constituição Federal propôs uma ótica do direito de família pautada nos valores da dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade do indivíduo, o que fez com que a legislação civil assentisse expressamente com a busca ao conhecimento da origem biológica do interessado quando este for adotado. Não obstante, o legislador não contemplou este enunciado no campo da reprodução humana heteróloga, o que causou uma lacuna na esfera cível quanto ao assunto, suscitando assim, múltiplas dúvidas quanto a possibilidade de se permitir o conhecimento da identidade genética também no plano da reprodução artificial (MADALENO, 2013, p. 2).

3.1 O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE FAMÍLIA

Antigamente, o conceito de família era refletido em um ideal de hierarquismo e patriarcalismo (o homem era sempre dotado de poder sobre qualquer outro integrante da família), em um contexto patrimonial, também pautada apenas no casamento entre um homem e uma mulher com único objetivo de procriação, pois, nos anos de 1500, falava-se em um direito de família religioso e conservador em que o Estado não intervia na vida privada das pessoas, não havendo legislação que regulamentasse quaisquer assuntos.

Conforme o Código Civil de 1916, a família era o conjunto de indivíduos descendentes de um tronco em comum, entrelaçados por um elo sanguíneo. Mas, diversos fatos históricos contribuíram essencialmente para a transformação daquele conceito de família retrógrado, ou seja, a família existente hoje em um Estado democrático, não se deu somente por conta das normas previstas no direito, mas, sim, também, pelos aspectos de cunho ético-sociais, bem como pelas religiões, e costumes de toda uma sociedade, sendo elementos primordiais para a evolução do conceito de família.

Somente com as transformações históricas, sociais e culturais, o direito de família ocupou lugar próprio com adaptações à realidade brasileira, predominando a função social, a liberdade, e uma maior autonomia à mulher e aos filhos. Nesse sentido, ao passar dos anos, a vertente defendida pelo Código Civil antigo foi mudando para um ideal de família instituída na afeição, solidariedade, e dignidade da pessoa humana.

Após intensas modificações no âmbito e conceito familiar, a família de antigamente transformou-se no que se pode dizer em família contemporânea brasileira considerada a base de uma sociedade. Todo tipo de família sem quaisquer restrições passa a ser objeto de proteção do Estado, tendo como aspectos e valores principais a solidariedade, dignidade da pessoa humana e igualdade. Desse modo, a partir da Constituição Federal de 1988, o conceito de família começa a ser ampliado, sendo norteado pelo princípio do pluralismo das entidades familiares, passando a ser reconhecido diversas estruturas de família, não sendo dado mais ênfase para o modelo clássico de união formada entre homem e mulher com intuito apenas de procriação (GONÇALVES, 2013, p. 32).

Essa ampliação do conceito familiar traz a noção da existência de uma união homoafetiva (vínculo de sujeitos do mesmo sexo), monoparental (união entre apenas um dos ascendentes com seus descendentes), matrimonial (a formação de uma família através do casamento), etc. Além disso, houve a incidência de princípios regulamentando as entidades familiares, dentre outras mudanças significativas com o surgimento do direito de família contemporâneo. Sendo assim, essa abrangência do significado de entidade familiar se estende desde uma família matrimonial pautada no casamento monogâmico entre duas pessoas, até a informal, eudemonista, sendo todas elas norteadas pela relação de afetividade.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e a aprovação do Código Civil de 2002, passou-se a ter uma noção do direito de família em que os laços de afeto se sobrepõem a qualquer vínculo genético, devido ao princípio da igualdade entre os filhos, sendo priorizado substancialmente a convivência baseada na socioafetividade. Assim, a família contemporânea passa a ser protegida constitucionalmente, expandindo a natureza socioafetiva como gênero das espécies de filiação tanto biológica quanto não biológica, através dos princípios fundamentais garantidos pelo direito brasileiro, já que a liberdade, solidariedade, e afetividade na esfera familiar são valores essenciais para a existência de uma sociedade harmônica e igualitária nos dias atuais (GONÇALVES, 2013, p. 32).

Ainda, Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 35), através da Lei n. 12.010/2009 de adoção, conceitua família contemporânea como, “Aquela que se entende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”. Ou seja, há uma mitigação daquela unidade familiar de tom conservador, perpétuo, hierarquizado, sendo, no entanto, instituído o reconhecimento da diversidade das organizações familiares.

Sendo assim, o conceito de família nos dias atuais deve ser entendido como grupos fundados basicamente em laços de afetividade, devendo existir a igualdade entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva, em que qualquer valor jurídico deve estar relacionado primordialmente ao afeto entre os indivíduos. Dessa forma, a base do direito das famílias contemporâneas se resume na convivência social de pessoas que estejam interligadas por sentimentos de amor, carinho e respeito, bem como pela afeição de um com o outro (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 62).

De igual modo, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald entende que o afeto presente nas famílias contemporâneas é o sentimento espontâneo volitivo de cada um, não sendo um elemento obrigatório nas relações familiares, senão uma característica essencial aos valores sociais de uma família serena, pautada na segurança e solidariedade (2014, p. 62).

A família contemporânea constitucionalizada conduz a um percurso em busca da felicidade individual e coletiva, onde a afeição e união são instrumentos de alcance para a plena realização pessoal, em que os membros familiares passam a merecer maior enfoque e proteção do que a própria entidade familiar em si. Ou seja, pode-se

dizer que os vínculos familiares hoje, são justificados pelo sentimento de afeição entre duas ou mais pessoas que se aperfeiçoam pelo convívio diário entre elas.

3.2 ENTIDADES FAMILIARES E CONSTITUIÇÃO DE FILIAÇÃO

O artigo 226 da Constituição Federal dispõe: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, o que fica configurado um rol enunciativo e não taxativo, devido ao conceito indeterminado quanto a tipificação de entidade familiar merecedora de proteção estatal.

O § 4º do mesmo artigo afirma que: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Deste modo, a Constituição não define e especifica o conceito de família, o que permite a interpretação de que qualquer espécie familiar deve ser juridicamente respeitada e protegida, pois, a legislação deve abranger não somente as famílias matrimoniais, mas, também, aquelas oriundas da afetividade, solidariedade e estabilidade, sendo, portanto, qualquer família merecedora de proteção estatal.

Diante das lacunas proferidas pelo artigo citado anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido progressivamente sobre o amplo conceito de entidade familiar, devendo ser considerado família qualquer que seja o seu tipo de formação desde que haja a presença da adaptabilidade, afetividade e intenção de constituir união, independente do nome atribuído a esta entidade.

A verdade é que, a sociedade já está habituada à ideia de família plural, em que cada vez mais, há um distanciamento do perfil tradicional com a consequente aproximação dos novos modelos familiares, de modo que, a legislação brasileira bem como os princípios, devem acompanhar as mudanças de valores que a sociedade enfrenta. Assim, as transformações econômicas, sociais e culturais produzem reflexos intimamente ligados ao conceito de família, ou melhor, a definição que havia antigamente da família hierarquizada pautada apenas no casamento, já não existe mais, uma vez que hoje, através do princípio da igualdade tem-se o reconhecimento de inúmeras estruturas de convívio familiar.

A consagração do pluralismo das entidades familiares fomentou mudanças na própria estrutura da sociedade. O que se sabe ao certo é que a figura de família informal ou impura já não existe mais, haja vista que não se pode falar em nenhum critério de diferenciação entre as espécies familiares.

Pode-se dizer que existe nos dias atuais, inúmeras maneiras de constituir família, e é por isso que se deve ter uma visão pluralista, pelo fato de alcançardiversos arranjos familiares, cada qual tendo seu próprio meio de criação. Contudo, todas as diferentes formas familiares contém um elemento basilar em comum, que é a afetividade emocional, na qual une os seus integrantes a fim de buscar a cumplicidade e felicidade(DIAS, 2015, p.130).

A família matrimonial não possui mais a característica da exclusividade, é aquela, portanto, originária, formada através do casamento, sendo nomeada de família natural, constituída por duas pessoas que tenham desejo de se unirem formando uma família, sendo inclusive, norteadas pelo princípio do planejamento familiar, onde há o pleno exercício da ampla liberdade e autonomia privada dos cônjuges.

Trata-se da construção do vínculo familiar através da consanguinidade entre ascendentes e seus filhos, permitindo-se o direito à filiação e a seus efeitos sucessórios decorrentes dos laços criados. No Código Civil, a entidade matrimonial formada pelo casamento é o único grupo expressamente regulamentado, incidindo direitos e deveres recíprocos aos cônjuges (PEREIRA, 2014, p.36).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald(2014, p. 173) aborda o tema de família matrimonializada como sendo um casamento solene, assim como, “uma entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas, merecedora de especial proteção estatal, constituída, formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos (comunhão de vida) e produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial”.

Essa espécie de agrupamento familiar é constituída através do casamento, da convivência de uma vida em comum, sendo uma instituição formal e solene, presenciada pela natureza cogente das normas que o regulamentam, em caráter personalíssimo pelo fato das partes exercerem o seu livre direito de escolha.

Contudo, para que haja a família matrimonial, não necessariamente haverá de ter a procriação, uma vez que a paternidade e maternidade não estão apenas vinculadas

ao casamento, como é o caso da adoção e da reprodução assistida. Isto posto, o casamento não é a única forma de se constituir família (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.174).

A família monoparental é aquela formada por apenas um dos pais e seu/seus filhos (descendentes), sem a presença do outro genitor, em que se pode derivar de diversos motivos, razões estas alheias ou não à vontade do indivíduo, como a exemplo da separação de fato, divórcio, morte, adoção por apenas uma pessoa, a reprodução independente, dentre outros. Ou seja, existe apenas a presença de um dos genitores na titularidade do vínculo familiar.

Pode-se dizer que a entidade monoparental ganhou forças no direito de família brasileiro, através do princípio do livre planejamento familiar, uma vez que, tanto os homens quanto mulheres individualmente, passaram a poder tomar decisões relacionadas à formação de sua própria família, sem necessariamente estar unidos em prol de uma família biparental(DIAS, 2015, p.139).

A família socioafetiva se une apenas com base na convivência afetivos sujeitos uma vez que, é uma relação de parentesco não biológico, entrelaçado a um sentimento de afeição uns pelos outros, pois, os fatos anímicos e sociais são primordiais para a configuração da afetividade nessa entidade familiar.

Neste viés, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal se posiciona sobre essa espécie de entidade familiar (2014, p. 617):

A filiação socioafetiva não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Socioafetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho. Apresenta-se, desse modo, o critério socioafetivo de determinação do estado de filho como um tempero ao império da genética, representando uma verdadeira desbiologização da filiação, fazendo com que o vínculo paterno-filial não esteja aprisionado somente na transmissão de gens.

É uma entidade familiar marcada por um conjunto de atos recíprocos, rotineiros de afeição e solidariedade, que depende de uma convivência respeitosa e harmônica entre as pessoas, não necessariamente incidindo o elemento genético nessa espécie.

A família socioafetiva, pode ser considerada também como aquela extensa ou ampliada, e substituta, pois, qualquer sociedade de pessoas que não tenha

necessariamente a presença dos pais com suas proles, mas, que tenha o elemento *affectio societatis* (elemento volitivo para formar sociedade, e nesse caso, a família) pode ser renomada como entidade familiar. Ou seja, pode existir a família extensa que é a união de parentes mais próximos com a criança ou adolescente, onde estes convivem e mantêm vínculos de afinidade, assim como, pode existir a família substituta, que se constitui por meio da adoção, na qual dispõe do pressuposto de elo consanguíneo, e “abraça” totalmente o caráter afetivo para construir uma família na supremacia do amor e solidariedade.

Por conseguinte, a adoção, por se tratar de uma espécie de família socioafetiva, e o fato dela não ser biológica, não impede a sua saudável convivência baseada no amor, confiança, respeito e conseqüentemente a construção de laços parentais e maternais afetivos. O direito ao conhecimento da origem biológica ao adotado permitido através do artigo 48 do Estatuto da Criança e Adolescente, não desfaz a relação de parentesco feita pelos seus pais socioafetivos, pois, a adoção é inviolável e constitucionalmente protegida.

Quando consolidada a adoção, rompe-se toda relação de parentesco anterior ao sujeito, dando aos pais adotivos todas as prerrogativas e obrigações que teria aqueles biológicos. Nesse passo, o vínculo de afeto se sobrepõe a qualquer vínculo de origem genética, sendo, portanto, confirmada a formação da entidade familiar socioafetiva nessas relações(DIAS, 2015, p.142).

Assim, sendo configurada uma família socioafetiva e a sua filiação do mesmo modo, são automaticamente rompidos os laços com seu genitor biológico, não podendo mais este ser compelido a exercer o poder familiar, e prestar alimentos, assim como, não pode mais o sujeito reaver qualquer direito sucessório. Nesse sentido, não é permitido juridicamente ter mais de um pai, e assim não se pode herdar do seu ascendente consanguíneo e também do seu pai afetivo.

Neste diapasão, ainda costuma-se nomear a família típica socioafetiva, de eudemonista, pelo fato de que esse núcleo familiar busca a felicidade individual através do reconhecimento do afeto como o único meio de definir o significado de família, porque são essas relações afetivas que patrocina os vínculos interpessoais. Isto é, a família se funda no amor, afeto, e comunhão de vida entre os seus integrantes, e é por isso que o ser humano busca a sua felicidade por meio da afetividade (DIAS, 2015, p.142).

Diante de todo o exposto, a constituição de filiação nas diversas entidades familiares, se dá por diferentes maneiras. Antes da promulgação da Carta Magna de 1988, os descendentes gerados eram classificados por filhos legítimos, ilegítimos (concebidos em relações extraconjugais), e adotados, contudo, o advento da nossa atual legislação, gerou mudanças de paradigma na perfilhação já que, não existe mais um cenário distintivo entre os filhos, pois, deve haver obrigatoriamente o reconhecimento destes também quando havidos fora do relacionamento matrimonial, ou quando advindos de qualquer entidade familiar.

Portanto, diante da constituição de uma família afetiva tendo uma convivência harmônica traçada por sentimentos de amor e fraternidade, deve-se reconhecer de antemão à filiação sociológica. A filiação socioafetiva se configura quando restar comprovado o estado do indivíduo como filho afetivo, seja porque é adotado; ou porque foi gerado pelas técnicas de reprodução assistida heteróloga (em que o pai biológico é um terceiro desconhecido); ou de criação (quando o menor é criado por seus pais sem vínculo jurídico e sanguíneo), mas, esse último não poderá ter direitos equiparados ao biológico ou adotado pelo fato de não existir nenhum vínculo jurídico solene na sua relação parental, haja vista que, a jurisdição brasileira não admite a adoção de fato.

Ao contrário disso, os pais de criação podem livremente requerer ao cartório de registro civil o reconhecimento voluntário de paternidade e maternidade não precisando de qualquer comprovação de identidade genética, surtindo ao menor efeitos individuais e patrimoniais. Ou seja, no momento que há o reconhecimento de filiação seja através da adoção ou do registro civil, o filho afetivo passa a ter direito ao nome, parentesco com relação aos outros familiares, à herança, alimentos, representação, etc.

É importante dizer que o reconhecimento da perfilhação judicial e voluntária, produz efeitos irrevogáveis, assim como na adoção, não podendo em nenhuma hipótese desconstituir o ato praticado, pois, uma vez aperfeiçoado, torna-se irretratável. Diante disso, a família afetiva no momento em que são formadas e consagradas, tem os mesmos efeitos da família biológica, pois, para o direito de família vigente, o que importa é que a verdadeira filiação seja decorrente do encadeamento de ternura, zelo e solidariedade (WELTER, 2003, p. 193).

Na constituição de filiação socioafetiva, as proles, no momento da adoção ou do reconhecimento jurídico, passarão a ter os mesmos direitos e efeitos que àqueles advindos de uma relação biológica, pois, para o menor/filiado/adotado, nasce alguns direitos adquiridos, portanto, definitivos como, a edificação do estado de filho afetivo com a conseqüente congregação dos sobrenomes dos pais afetivos; parentesco; guarda e sustento por seus responsáveis; poder familiar; direitos sucessórios de cunho patrimonial, assim como, a irrevogabilidade da paternidade e maternidade sociológicas.

Por sua vez, na entidade familiar biológica, os efeitos da filiação incidem no momento do nascimento da criança, devido aos direitos adquiridos já refletirem no início da vida com personalidade do filho.

Segundo Julie Cristine Delinski citada por Rose Melo Vencelau (2004, p.116):

A paternidade sócio-afetiva não se funda no nascimento, mas num ato de vontade, pois é o cuidado, o amor, e a convivência que revelam e definem a paternidade, de modo que há dois momentos: um fisiológico que determina a paternidade biológica e um emocional que é a causa determinante da paternidade socioafetiva.

O §6º do artigo 227 da Constituição Federal determina que os filhos genéticos e afetivos têm os mesmos direitos e obrigações, não podendo urdir distinções entre estes, uma vez que suas filiações são constituídas igualmente, não havendo diferenciação dos efeitos jurídicos e sucessórios em razão da formatação igualitária constitucional da filiação. Deste modo, apesar da maioria das filiações serem decorrentes da relação biológica, não há que se falar em determinismo biológico, pois, o direito de família atual e contemporâneo nos remete à ideia do afeto como base de qualquer entidade familiar para formação da filiação (WELTER, 2003, p.148).

Diante de todo o exposto, para ser configurada a filiação hoje em dia, basta que haja o elemento biológico ou afetivo, isso porque, as relações de parentesco não precisam somente ser firmadas através do vínculo sanguíneo, mas também, pelo reconhecimento jurídico de paternidade e maternidade quando houver os elementos de solidariedade e afetividade (GOLDHAR, 2010, p. 269).

3.3 DOS PRINCÍPIOS PERTINENTES

Considera-se concretizada qualquer entidade familiar formada entre pais e filhos, sejam biológicos ou não, havendo, portanto, a garantia constitucional de proteção familiar. Os princípios, por sua vez, permitem a adaptação do direito à evolução dos valores da sociedade conforme suas transformações no decorrer dos anos. Estes princípios regidos pelo direito de família são fundamentais para o norteio da vida familiar nos dias atuais, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, solidariedade, autonomia, liberdade, afetividade, melhor interesse do menor, dentre outros.

Após o surgimento da constituição de 1988, a solidariedade se consagrou como um princípio jurídico, que, além de ser um princípio, é também um dever imposto a toda sociedade e Estado, às famílias, à criança e ao adolescente, como uma forma de proteção a todos os indivíduos pertencentes a estes grupos, conforme se configura nos artigos 226 e 227 da Constituição Federal, bem como o artigo 4 do Estatuto da Criança e Adolescente.

Conforme ilustra o autor Paulo Lôbo (2010, p. 62), que sistematiza sobre o princípio da solidariedade familiar:

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.

Este princípio tem como objetivo principal assegurar a fraternidade e reciprocidade entre os indivíduos, com maior intuito de proteger os grupos familiares, uma vez que as pessoas têm o dever de amparar àqueles que estão em situações de hipossuficiência e fragilidade, como idosos, crianças e adolescentes. Portanto, tudo gira em torno da relação familiar na qual os pais tem o dever de prestar amor, assistência e dedicação aos seus filhos.

Portanto, pode-se dizer que qualquer entidade familiar deve abranger o sentimento de solidariedade como aspecto primordial para o desenvolvimento e boa convivência, levando em conta os aspectos éticos e morais constituídos em toda sociedade através dos valores adquiridos(DIAS, 2015, p.48).

O princípio da igualdade, por sua vez, é aquele que tem a dignidade da pessoa humana como um dos elementos basilares no campo da igualdade formal e material, posto que, proíbe qualquer ato discriminatório entre as pessoas e suas famílias. Trata-se de uma revolução do direito de família ao defender a isonomia na

sociedade democrática, com a respectiva exclusão do tratamento diferenciado entre homem e mulher no âmbito conjugal, assim como, a distinção dos filhos.

Sendo assim, a Carta Política protege os valores individuais do ser humano afim de tratar todos juridicamente iguais e desigualmente os desiguais, coibindo a prevalência de qualquer disposição que se expresse de maneira contrária. Isso porque, há situações nas relações familiares em que uma das partes pode estar em posição de inferioridade, devendo então nesses casos, o Estado intervir tratando-os de forma desigual, em razão de que aquele que se encontra em posição secundária, não consegue ou tem grande dificuldade de alcançar as mesmas condições dos que estão em colocação de vantagem. Ou seja, apesar da legislação pátria vigente assegurar a completa isonomia entre as proles, cônjuges, homem e mulher, não deixa de observar a vulnerabilidade e hipossuficiência que há entre alguns deles, como os idosos, crianças e adolescentes que permanecem em posição de extrema fragilidade, merecendo, portanto, uma proteção estatal especial quando afetados em seus direitos.

O princípio da igualdade foi reconhecido na Declaração Universal de Direitos Humanos e na Convenção das Nações Unidas, rejeitando qualquer forma de discriminação entre os indivíduos, e somente com a Carta Política de 1988 é que os interesses individuais passaram a ser reconhecidos e respeitados, não admitindo mais a diferenciação das proles pela origem, uma vez que passou-se a garantir a dignidade e personalidade dos filhos não oriundos da consanguinidade, conforme previsto no §6º, do artigo 227, da Constituição Federal de 1988 que determina que qualquer filho oriundo ou não da relação de casamento, será qualificado de igual maneira sem nenhuma diferenciação, tendo todos, ainda, os mesmos direitos e garantias jurídicas, portanto, não admitindo qualquer aspecto de discriminação entre eles.

É a Carta Magna que intensifica a existência do princípio da isonomia no direito das famílias quando ratifica a ideia de que todos os indivíduos são iguais perante a lei. O sistema jurídico certifica o tratamento igualitário a todos os cidadãos na esfera social, estando o direito à igualdade intimamente ligado à justiça, já que cabe a qualquer ser humano reivindicar seus direitos quando estes estejam sendo violados por preconceito ou discriminação (MADALENO, 2013, p. 47).

Portanto, trata-se de um princípio fundamental que preponderou com o advento de textos normativos, estabelecendo que os filhos havidos de qualquer relação, seja matrimonial ou não, terão os mesmos direitos, independentemente da sua origem.

Hoje em dia, diante da clara existência de norma constitucional e princípio pertinente ao caso, haverá a plena igualdade entre os filhos em todas as esferas, seja o filho fruto da adoção, de reprodução humana artificial heteróloga, ou da conjunção carnal de duas pessoas, pois, todos estes retêm os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios (GAMA, 2003, p.588).

O princípio do pluralismo das entidades familiares é o que certifica a oportunidade de existir diversos arranjos familiares nos dias atuais, sendo permitido a formação de inúmeras entidades, umas diferentes das outras, sendo que, todas com um mesmo elo em comum, que é a afetividade.

A família que era antes somente matrimonial e hierarquizada, passa a assumir um caráter multifacetário e igualitário em razão das transformações socioculturais ocorridas na sociedade brasileira. Este novo modelo, presente nos dias atuais, denota mecanismos de proteção e preservação dos interesses sociais, os quais permaneciam até então invisíveis no sistema clássico do direito civil. Nesta realidade de família plural, dispensa-se qualquer ato de natureza formal, haja vista que o único ponto comprometido para a sua constituição é o elemento sócio-afetivo (RAMOS, 2000, p.107).

Como já mencionado anteriormente, a Carta Magna conduz ao entendimento de que qualquer tipo de organização familiar merece respeito e proteção constitucional, uma vez que, o texto normativo elencado no artigo 226 da Constituição Federal, não traz nenhuma previsão taxativa do que é família, pelo contrário, deixa uma amplitude do seu real significado, e quais tipos merecem proteção estatal. A extensão do texto constitucional abrange tanto a família derivada do casamento, como qualquer comunidade formada por ascendentes e descendentes (biológicos ou adotivos), pois, a afeição passa a ser um dos mais importantes pilares da relação familiar.

Assim sendo, o princípio da diversidade familiar ou pluralismo das entidades familiares, tem por finalidade buscar alcançar o respeito universal dos diversos modelos familiares, devendo ser levado em consideração que a existência dessas

estruturas, se dá pela solidificação gradativa do afeto e solidariedade (RAMOS, 2000, p.107).

Destarte, a família plural é aquela que deve ser renomada de maneira ampla independentemente do modelo específico criado, devendo qualquer forma de união familiar ser protegida igualmente pela legislação brasileira(FARIAS; ROSENVALD, 2014, pag. 91).

O princípio da liberdade é outra premissa norteadora das relações de família, que está intimamente ligado ao princípio da autonomia no que diz respeito ao livre poder de escolha de sua própria família, de como geri-las, e no seu planejamento, respeitando obviamente a dignidade e integridade física da pessoa humana, juntamente com a moralidade. Nesse passo, é importante dizer que nos dias de hoje, não cabe mais ao Estado interferir na vida íntima e privada dos cônjuges, uma vez que todas as decisões a serem feitas para a constituição familiar devem ser procedidas por estes de acordo com o princípio da liberdade.

Nas relações de família, os sujeitos têm autonomia para manifestar atos unilaterais ou bilaterais de vontade, seja no que diz respeito a procriação ou seja na maneira de composição familiar, pois, não deve existir necessariamente a interferência do poder público ou privado. Contudo, essa ampla capacidade de livre arbítrio não significa que não haja limites no exercício do direito, pois, o Estado em um determinado momento poderá intervir impondo restrições nas relações, com o único intuito de proteger e defender a célula familiar.

O princípio da afetividade surge como item fundamental no direito das famílias, para expor o ideal de afeição entre duas ou mais pessoas movidas pelo sentimento puro de amor. Decorre das relações de convivência entre os familiares independente de sua estruturação e forma de criação, sendo um ponto essencial nos vínculos de parentesco e filiação, já que é um valor supremo instituído em todas as relações familiares.

Sendo assim, é de extrema importância, pois, faz permanecer a igualdade entre todos os filhos independentemente de serem biológicos ou não. Além disso, impõe o dever à toda família de se embasar por este princípio que se encontra de forma implícita na Constituição Federal, já que a prioridade é assegurar a criação da criança e adolescente com amor, carinho, igualdade e respeito. O artigo 1.593 do

Código Civil contempla o princípio da afetividade de uma maneira geral, ao elencar que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Sendo assim, o parentesco familiar não-biológico deve ter a mesma proteção legal com dignidade e respeito que o parentesco sanguíneo.

De acordo com o princípio da afetividade, Paulo Lôbo (2011, p. 71) preceitua:

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

A afetividade como princípio consagrado pelo sistema jurídico não se confunde com o afeto, sendo este um fato anímico, em que se presume a sua incidência na maioria das relações mesmo que derivadas da consanguinidade. De outro lado, a afetividade é dever posto aos pais em relação aos filhos e deste em relação àqueles, ainda que não haja afeição ou sentimento de amor e carinho.

Além disso, este princípio se torna um dos melhores remédios para os conflitos familiares que vierem a existir entre seus integrantes, pois, a afetividade é o elo único e mais forte para manter as pessoas integradas e unidas por tempo indeterminado.

Importante salientar, que antes da incidência da Constituição Federal de 1988, os efeitos da filiação no ordenamento jurídico brasileiro eram taxados como distintos, pois, a filiação matrimonial tinha todos os benefícios atinentes, se sobrepondo à filiação extramatrimonial em todos os aspectos, pois, a sociedade era provida de preconceitos em relação aos laços familiares que não fossem sanguíneos, ou que fossem plasmados na adoção. No entanto, diferente do que norteava as relações de antigamente, hoje, atribui-se o valor jurídico ao afeto, haja vista que não há mais distinção entre as entidades familiares desde que, todas elas estejam ancoradas ao sentimento de afeição, sendo este, a única substância fundamental ao encontro da felicidade.

3.4 CLÁUSULA DE ANONIMATO E O DEVER DE SIGILO PROFISSIONAL

As clínicas que realizam reprodução humana artificial estipulam um contrato com doadores de material genético, no qual se comprometem a não revelar nenhuma informação do doador ao receptor e vice-versa. Isso porque, a Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina apesar de não ter força de Lei, prevê uma cláusula restrita de anonimato em que preserva a identidade do doador, não possibilitando o seu conhecimento por qualquer que seja o interessado, ou melhor, proíbe a revelação da identidade civil do doador vedando que o sujeito, concebido por seu material genético através de técnicas artificiais, venha a conhecê-lo.

Para que haja a reprodução humana heteróloga, é necessário que exista um contrato escrito com o consentimento do doador de que sua identidade civil será preservada, e a aceitação do receptor de que não poderá obter informações sobre o doador anônimo em nenhum momento de sua vida. Esse acordo estabelecido entre médico e paciente é vital para a realização do procedimento, devendo estar todas as partes cientes das normas impostas pelas unidades de tratamento de reprodução genética.

A cláusula de anonimato prevista nos contratos tem como objetivo, além de preservar a personalidade, garantir segurança e tranquilidade ao concesso de que ninguém virá a questioná-lo em momento futuro sobre um possível vínculo sanguíneo e parental. Ainda, tem o intuito de resguardar a integridade psíquica da criança concebida por meio da inseminação heteróloga (MEIRELLES et al, 2014, p. 512).

A prerrogativa do anonimato encontra-se em consonância com a legislação pátria, uma vez que a Constituição Federal garante a proteção à intimidade do indivíduo, assim como determina o Conselho Federal de Medicina que tem o objetivo de proteger e proporcionar uma maior segurança ao doador, não permitindo que sua identidade seja revelada. A intimidade é um fator inerente ao ser humano, que tem o direito de optar ou não por preservar sua personalidade e vida privada com base nos princípios da autonomia e liberdade, e é por isso que a cláusula de anonimato se encontra amparada pelo texto constitucional.

Em concordância ao direito do anonimato, Fabio Ulhôa Coelho defende que o objetivo do sigilo é não permitir que qualquer doador de material genético venha a ter conhecimento sobre a identidade dos receptores e vice-versa, pois, o anonimato é uma garantia para ambas as partes. Devendo assim, ser mantido o sigilo de forma

absoluta, e sendo somente possível o conhecimento, em situações especiais, por razões médicas, e estas sendo fornecidas somente ao médico e não ao receptor (*apud* FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 606).

O dever de sigilo profissional conforme a Resolução vigente no Conselho Federal de Medicinaem que prevê normas éticas, é medida que se impõe, pois, o dispositivo obriga os médicos a manterem o segredo da identidade de ambas as partes envolvidas no contrato (doador e receptor), através de um termo de compromisso no qual assegura a confidencialidade dos seus pacientes.

Trata-se de um requisito contratual e ético-normativo, no qual, não pode haver o seu desrespeito e desobediência. É uma exigência contratual porque a Resolução determina que só poderá haver a reprodução humana artificial, se as informações dos pacientes ficarem resguardadas de maneira sigilosa, no entanto, é também um regramento ético, porque o Código de Ética Médica veda o profissional revelar qualquer informação que tenha obtido no exercício de sua profissão.

Todavia, a imposição do sigilo não é absoluta, já que, pode não haver o seu cumprimento em situações excepcionais. Sendo assim, conforme previsão no texto resolutivo, o repasse das informações sobre os doadores de material genéticopode ser permitido em casos atípicos, especiais, e exclusivamente para os médicos que acompanharam todo o procedimento artificial, visto que os dados do fornecedor só poderá ser disponibilizado em situações que prejudiquem à saúde do indivíduo, ou quando o material germinativo tenha elementos defeituosos, que necessitará da intervenção médica para evitar enfermidades hereditárias à pessoa submetida ao tratamento e futura prole gerada.

Contudo, é importante analisar em quais hipóteses esse direito deve prevalecer, questionando-se se é ou não um contrato absoluto, pois, sabemos que existem outros direitos fundamentais que também devem ser preservados.

3.5 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS

Os direitos fundamentais são valores essenciais para a existência de uma sociedade equilibrada e justa, e é por isso que estão previstos na Constituição, que é o

fundamento e a base de toda ordem jurídica. Sendo assim, pode-se dizer que existem direitos primordiais que devem ser assegurados à pessoa humana quando no âmbito das relações familiares e da biomedicina, sendo de mera importância conceitua-los e relaciona-los à matéria discutida neste trabalho (FERRAZ, 2010, p. 119).

Quanto aos aspectos contratuais da reprodução humana heteróloga, discute-se a necessidade de garantir o direito à identidade genética ao sujeito concebido por esse método como sendo um direito de personalidade, e de assegurar o direito ao sigilo da identidade do doador dos materiais reprodutivos, devido ao direito fundamental de privacidade e intimidade previstos na legislação pátria. Além disso, o ordenamento jurídico prevê o direito fundamental à identidade pessoal e filiação, em razão de serem direitos personalíssimos, intangíveis, inalienáveis e indisponíveis.

Portanto, é nesta concatenação de fatos que será detalhado a seguir cada direito fundamental relacionado ao presente assunto.

3.5.1 O direito à identidade genética *versus* o direito ao anonimato do doador

Atualmente, há uma grande discussão jurídica acerca da possibilidade de se conhecer a origem genética do indivíduo na reprodução humana heteróloga, e, oposto a isso, o direito ao anonimato do doador do material genético, não podendo ter sua identidade reconhecida por qualquer que seja o requerente. Essa contradição se dá porque, no Brasil, não existe nenhuma lei que regule de forma explícita o tema, o que acaba gerando uma colisão entre direitos, quais sejam, o direito à identidade e o direito à intimidade. Enquanto que há quem defenda o predomínio do anonimato, há também quem entenda pela preferência do direito à busca da identidade ancestral, o que intensifica a imensurável necessidade da criação de uma regulamentação normativa específica.

Dessa feita, compreende-se que o direito à identidade genética e o direito ao anonimato são vertentes de dois direitos fundamentais garantidos pela nossa Carta Magna, os quais, no caso de reprodução humana heteróloga entram em colisão de interesses. Deste modo, o direito ao conhecimento da origem biológica é resultado do princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, porque é fundado no direito de personalidade garantido à pessoa já que, se trata de um poder que o indivíduo exerce sobre sua pessoa e própria vida, sendo condições próprias do ser humano, de interesse personalíssimo e irrenunciável. Contudo, o artigo 5º, inciso X do mesmo diploma legal, institui o direito à intimidade e vida privada do indivíduo, garantido a preservação de sua identidade, sendo, portanto, o anonimato um direito fundamental.

Existem alguns principais motivos que levam o indivíduo concebido pela reprodução humana artificial a querer futuramente obter informações sobre a sua origem genética, seja pela mera vontade psicológica de conhecer o ascendente paterno biológico, ou pela necessidade de preservar impedimentos matrimoniais, assim como, para reconhecimento de qualquer vínculo genético com intuito de manter sua saúde ou vida por motivos de enfermidade. Nas duas últimas situações descritas, entende-se ser fundamental o direito à busca pela ascendência genética, não podendo, portanto, o princípio do anonimato ser encarado como dogma absoluto, uma vez que, estaria gerando enormes prejuízos à criança concebida no que diz respeito a proteção à vida. Mas, a divergência se estende àqueles casos em que o sujeito tem apenas o desejo de conhecer seus pais biológicos sem nenhum motivo específico, causando um amplo acesso às informações e identidade do doador, que muitas vezes não concorda ou tem qualquer interesse no seu reconhecimento. Isso porque, a resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina garante o anonimato do doador, salvo em situações excepcionais (doenças genéticas e relacionamentos consanguíneos) em que pode os dados clínicos gerais do doador, como as suas características fenotípicas, serem disponibilizados ao médico (DONIZETTI, 2007, p. 126).

Por conseguinte, a divergência encontra-se no aspecto de que o direito ao conhecimento da origem genética deve ser garantido aos filhos concebidos pelo fato de ser um direito de personalidade, indisponível, e personalíssimo, não podendo

restringir o acesso destes às informações que são inerentes a si mesmo (DONIZETTI, 2007, p. 126).

Assim sendo, a identidade genética é um direito de personalidade, pois, assim como o nome, e os demais elementos de identificação do sujeito, a informação da origem genética deve ser tutelada (BARBOZA, 2002, p. 384).

Por outro lado, deve-se levar em consideração que no nosso país a quantidade de doadores de material genético é escassa, e aqueles que doam geralmente não querem ter sua identidade revelada, devendo, portanto, ser respeitada a sua vontade de privacidade em não ter a sua paternidade reconhecida.

Sobre os argumentos favoráveis da permanência do anonimato, pode-se dizer que esse direito garante a manutenção da estabilidade de convivência familiar harmonizada, não permitindo a interferência nas relações familiares, contribuindo, assim, para o desenvolvimento normal da família. Assim, a descoberta de um “novo” pai, biológico, poderia gerar diversos traumas psicológicos à criança ou ao adolescente, além de causar desconfortos ao pai afetivo desta criança. Além disso, impede que exista qualquer vínculo entre o doador e a criança gerada, não podendo nenhum deles reclamar direitos sucessórios e pecuniários. Com relação a defesa da vigência do direito ao anonimato, a ideia se fundamenta sob o aspecto de que a própria cláusula é um grande incentivo para a prática de doações de materiais germinativos, uma vez que, veda-se a responsabilidade ou vínculo do doador com o ser gerado, ressaltando que, no Brasil, inúmeras pessoas não costumam realizar a doação com receio de ter a sua identidade reconhecida futuramente, já que não é uma prática comum e adotada pela maioria na sociedade (FERRAZ, 2010, p. 146).

Diante de todo o exposto, é correto dizer que não se pode excluir nenhum dos direitos fundamentais conflitantes pelo fato de todos eles serem cláusulas péticas e essenciais para o norteio da vida digna de um ser humano, sendo assim, é necessário realizar uma interpretação dos princípios em conflito através do princípio da razoabilidade e ponderação de interesses para solucionar o debate de acordo com cada caso concreto. Para se encontrar a melhor solução para o presente conflito, utiliza-se a razoabilidade para balancear qual dos interesses e direito deve prevalecer na situação fática. Ou seja, o julgador deve realizar ponderações éticas e sociais com objetivo de atender o bem comum e afastar o princípio cuja incidência seja menos adequada àquela situação (FERRAZ, 2010, p.153).

Apesar de não existir legislação específica que solucione tais divergências, já existem projetos de lei que visam apaziguar os conflitos persistentes. A maioria desses projetos se posiciona de forma favorável ao anonimato do doador de material genético, embora admitam a possibilidade da quebra do sigilo em casos específicos, que seriam uma relativização do direito ao anonimato. Contudo, não se pode deixar de observar a grande importância em assegurar os direitos de personalidade aos indivíduos.

É importante se posicionar sobre a ideia de que nenhum direito é absoluto, nem o direito ao sigilo da identidade do indivíduo e nem tampouco o direito de conhecer a origem biológica, de modo que a curiosidade de apenas saber quem é o pai sanguíneo muitas vezes não traz ao indivíduo qualquer consequência, pelo fato de a família socioafetiva se preponderar nessas relações.

Desse modo, é imperativo reconhecer o direito à identidade genética como um direito de personalidade, inscrito igualmente dentre os direitos fundamentais merecedor de total garantia constitucional (BARBOZA, 2002, p. 385)

3.5.2 Direito à filiação

É importante esclarecer, conforme embasado no tópico anterior, que o conhecimento da origem genética é um direito fundamental inerente ao indivíduo, contudo, esse descobrimento não gera direito à paternidade ou maternidade, visto que não há direito de filiação. Isso porque, a filiação também é um direito fundamental de todo ser humano onde decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pais e filhos, não devendo confundir, no entanto, estado de filiação com conhecimento da origem biológica, pois, são duas situações distintas onde a primeira tem natureza de direito de família e a segunda, de personalidade.

Á vista disso, com a consolidação da Constituição Federal de 1988, o direito de filiação tornou-se fruto do princípio fundamental da República brasileira, exposto na lei maior, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, protegendo direitos indisponíveis do cidadão, posto que o direito à filiação é um direito da vida, da paz das famílias, dos sentimentos morais, do interesse da criança e da própria verdade (LOBO, 2004, p.527).

Ainda, Paulo Luiz Netto Lôbo preceitua que toda pessoa humana também tem o direito inalienável, indisponível ao estado de filiação, quando não o tenha, sendo, portanto, o direito à filiação uma garantia de sede constitucional (2004, p. 524). A Carta Magna, ao adotar o sistema único de filiação, está garantindo a todos os filhos o direito à paternidade e maternidade, haja vista que é um direito personalíssimo de todo ser humano.

É necessário que se atribua a um indivíduo a filiação desejada quer seja biológica ou não, pois, ela determina o nome, a autoridade paternal, os direitos sucessórios e acessórios, sendo um direito fundamental que não pode ser esquecido ou desprezado (LEITE, 1995, p. 377). A filiação é o direito básico da pessoa, de ser identificada como filho de alguém, ter um nome de família, saber da sua origem, de seus laços familiares, poder com ela conviver ou pelo menos identificá-la perante sociedade.

Dessa feita, o ser gerado pelas técnicas de reprodução humana heteróloga tem direito ao estabelecimento da parentalidade-filiação através do pai socioafetivo que não contribuiu com células reprodutivas para a formação desse filho. Assim como, nos casos de adoção, o adotando é considerado para todos os efeitos, filho dos adotantes ainda que não biológicos, pois, o que determina a filiação não é somente o vínculo consanguíneo, mas sim, o afetivo, pautado no amor, cumplicidade e lealdade.

Assim sendo, a filiação pode ser constituída em decorrência da origem biológica ou não, pois este é justamente, o resultado da convivência familiar, consolidada na afetividade; é a qualificação jurídica da filiação, na qual, há uma relação de parentesco entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra. Tanto assim, que a filiação biológica (vinculada ao elemento sanguíneo) e a filiação não biológica em face de adoção ou inseminação artificial heteróloga, são regulamentadas e asseguradas pelo ordenamento jurídico como direito fundamental de qualquer indivíduo (LOBO, 2004, p. 508).

3.5.3 A identidade pessoal como um direito de personalidade

A identidade pessoal é um elemento marcante da personalidade, em que identifica os seres humanos pelos seus traços e qualificações de unicidade, permitindo a distinção de cada pessoa como indivíduo, singular, irrepetível e insubstituível na sociedade, pois, é a individualidade da exclusiva personalidade física e psíquica do sujeito. Assim, a identidade recai sobre o elemento somático-psíquico de cada indivíduo, para o seu possível reconhecimento como um ser distinto dos demais, incide, portanto, particularmente sobre o nome; identidade sexual; histórico pessoal; reconhecimento de filiação; naturalidade, e de tudo aquilo que integra o bem personalíssimo da identidade (SOUSA, 1995, p. 244).

A Constituição da República Federativa, ao assentar a dignidade da pessoa humana como valor precípuo, há de reconhecer a identidade pessoal como fator integrante de dignidade, já que é algo fulcral para existência do indivíduo como pessoa humana (BARBOZA, 2002, p. 385).

De acordo com a doutrina portuguesa, Paulo Otero compreende a identidade pessoal sobre a temática da bioética em duas dimensões. A primeira é classificada como absoluta ou individual, em que cada pessoa é uma realidade única, singular, e indivisível que a faz distinguir de todas as demais, sendo essas características garantidas pela Constituição Federal através do reconhecimento do direito fundamental à identidade pessoal; a outra por sua vez, é a relativa ou relacional, na qual todo ser humano tem a concretude da sua identidade em função da história ou memória que está inserido a sua existência, ou seja, cada um tem a sua identidade definida em razão de uma memória familiar oriunda de seus antepassados (1999, p. 64).

Nesse sentido, a identidade pessoal se afere a individualidade intrínseca de cada pessoa humana bem como o conhecimento da sua historicidade pessoal, isto é, o direito de conhecer seus antepassados biológicos, de saber a forma como foi gerado e inserido no mundo pelos seus progenitores.

Nessa análise relativa, é direito fundamental da pessoa humana saber a origem, compreender seus traços socioculturais (aptidões, raça, etnia, doenças), obter o desenvolvimento e pleno conhecimento da sua identidade. Isso porque, o acesso ao histórico da ascendência genética permite uma maior identificação da pessoa física através de um profundo conhecimento sobre a sua própria natureza e identidade pessoal, tendo como consequência a lucidez e compreensão de si mesmo. É por

esse motivo que no ordenamento jurídico brasileiro, esse direito é visto como um direito subjetivo de personalidade com sede e proteção constitucional (BARBOZA, 2002, p. 385).

Deste modo, o direito à identidade pessoal como extensão dos direitos da personalidade é considerado valor essencial da pessoa humana, por estar enraizado no direito fundamental basilar da sociedade que é a dignidade da pessoa humana.

3.6 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade humana é um princípio fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988 que insere a família como merecedora de proteção jurídica porque o direito de família a utiliza como pilar da sua estrutura, pois, é um princípio universal que engloba o direito à liberdade, igualdade, solidariedade, dentro outros. Tem o fundamento de igualar com dignidade todas as entidades familiares, não devendo dar tratamento diferenciado com discriminação a qualquer uma delas, assim como, diferenciar qualquer filho, já que todos são iguais perante a lei (DIAS, 2015, p.44).

Diante da omissão de legislação que normatize as reproduções humanas científicas, é imperioso harmonizar a dignidade da pessoa humana à evolução científica com objetivo de melhorar as condições e qualidade de vida das pessoas, pois, na reprodução humana heteróloga, não há entendimento pacífico na lei vigente, sendo, portanto, necessário ter princípios que lastreiem essa nova relação e as consequências delas (GAMA, 2003, p. 131).

É notório que os avanços científicos potencializaram os riscos e danos a que as pessoas podem estar sujeitas, o que atinge uma necessidade proeminente de proteger e defender os direitos da personalidade no âmbito jurídico de cada indivíduo e é por isso que se tem a dignidade da pessoa humana como um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do ser humano, garantindo assim, moral e juridicamente os direitos de cada pessoa em sua individualidade, na sua integridade física e psíquica (GARCIA, 2004, p. 203).

A dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, é a fonte ética que confere valor e sentido a esses direitos, pois, o estado democrático de direito tem como base o respeito às garantias dos cidadãos e a defesa de seus direitos individuais. Nesse contexto, a Constituição Federal elegeu o princípio da

dignidade da pessoa humana como alicerce da República Federativa do Brasil, estabelecendo como consequência, que as relações humanas sejam regidas sempre à luz deste princípio. E é nesta perspectiva que as relações advindas da reprodução heteróloga e da adoção devem respeitar essencialmente, a dignidade das pessoas envolvidas (DONIZETTI, 2007, p. 52).

Importante dizer que a dignidade humana como princípio constitucional deve ser vista a partir da observância dos direitos fundamentais, ou seja, as condições mínimas para uma vida digna e saudável devem ser respeitadas, assim como deve haver a liberdade e convivência social igualitária com o devido respeito à integridade física e psíquica da pessoa. Isso porque este princípio alcança também os direitos da personalidade, em que se funda nos valores necessários ao desenvolvimento do indivíduo, como o direito à busca de identidade, o direito à vida, à intimidade, à privacidade, etc (SANTIN, 2008, p.122).

Alexandre Moraes preceitua sobre este princípio (2000, p.60):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração *da dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil.

E é nesse sentido que o princípio da dignidade da pessoa humana deve alcançar todos os integrantes na relação de reprodução heteróloga, tendo em vista que o terceiro doador de sêmen é detentor do direito à intimidade e por ser um direito fundamental, está intimamente ligado ao princípio da dignidade. A criança concebida através deste método também merece proteção da sua dignidade, pois, esta tem o direito de conhecer a sua identidade genética já que é um direito de identidade pessoal, da essência do indivíduo, e por isso, merecedora de proteção constitucional. Ademais, aquelas pessoas que se submetem à reprodução humana heteróloga devem ser tratadas com qualidade e respeito, e é neste viés que a dignidade da pessoa humana se manifesta como limitador da atuação do profissional e de qualquer legislação que venha a surgir sobre a reprodução humana assistida (FERRAZ, 2010, p. 38).

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz (2010, p.38) salienta que “a utilização das técnicas deve sempre ter em vista o bem da pessoa humana, mediante a melhora da qualidade de vida e da própria existência”.

Neste cenário, a dignidade da pessoa humana protege também de forma essencial a criança e o adolescente, uma vez que estes têm o direito de conhecer suas identidades genéticas, devendo ser estendido a toda criança nascida através da biotecnologia ou que inserida no anseio familiar através da adoção, isso porque, devem dispor das condições indispensáveis para viver em um ambiente familiar digno que mantenha seu bem-estar.

3.7 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Conforme já explanado no presente trabalho, o Conselho Federal de Medicina através da Resolução 2.013/2013 garante o anonimato do doador do material biológico, preservando a identidade civil deste.

Há uma corrente doutrinária que defende a prevalência da cláusula de anonimato na reprodução humana heteróloga pelo fato de resguardar a função social. Argumenta-se que a vigência do anonimato garante mais segurança ao doador, incentivando-o a doar mais seus materiais genéticos e, assim, beneficiando mais os interesses da sociedade (dos incapazes de procriar). Eduardo de oliveira leite, por exemplo, entende que o anonimato impede que sejam estabelecidas relações entre o doador e o ser gerado com vistas à obtenção de direitos sucessórios, de herança, alimentos ou até pecuniários. Além disso, preleciona que o conhecimento da identidade genética causaria prejuízos psicológicos tanto à criança nascida, quanto para o cônjuge, impedido de reproduzir (1995, p. 33).

Na sociedade brasileira ainda há forte resistência das pessoas contribuírem, doando seus materiais genéticos. Primeiramente, há aqueles que têm o receio de serem reconhecidos pelos concebidos ou até mesmo de a doação gerar futuramente filiação, com consequentes direitos sucessórios e responsabilidades. Nessa vertente de pensamento, a quebra do anonimato dos doadores implicaria diminuição no número de fornecedores, prejudicando o acesso às técnicas de reprodução humana

assistida por aqueles que precisam se beneficiar delas para garantir um meio de reprodução (DONIZETTI, 2007, p. 124).

Desse modo, a cláusula de anonimato seria uma forma de incentivar a doação de materiais genéticos devido a garantia de ausência de qualquer responsabilidade do doador para com o indivíduo gerado, e ainda de que jamais poderá ser descoberto por qualquer dos envolvidos no procedimento de reprodução heteróloga (FERRAZ, 2010, p. 147).

Em contraponto, outra parte doutrinária entende que a quebra do anonimato com o consequente conhecimento da identidade do doador não geraria ônus a este, não havendo a incidência de qualquer responsabilidade, haja vista que o conhecimento não constitui filiação ou direitos sucessórios advindos do parentesco.

Portanto, diante de todo o exposto, ainda que haja a essencialidade de respeito à função social de qualquer contrato, especialmente em se tratando das garantias fundamentais atinentes ao indivíduo potencialmente doador, a corrente doutrinária que defende proteção ao anonimato olvida algumas importantes premissas: sob qualquer hipótese de conhecimento da origem genética, inexistirá filiação biológica, tampouco implicará em desconstituição da filiação jurídica socioafetiva, caso exista (DONIZETTI, 2007, p. 124).

Nestes termos, a possibilidade de quebra do anonimato não irá causar qualquer dano ou ônus ao doador, pois o que se almeja é apenas o conhecimento da origem genética e nada mais. Portanto, inexistindo argumentos juridicamente justificáveis, tampouco prejuízos, resta a ponderação de qual entendimento adotar, entendimento que será analisado no decorrer do presente trabalho.

4 O CONHECIMENTO DA IDENTIDADE GENÉTICA NA REPRODUÇÃO HUMANA HETEROLÓGICA À LUZ DO DIREITO DE CONHECER A ORIGEM BIOLÓGICA NOS CASOS DE ADOÇÃO

O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é de assegurar o direito de personalidade na espécie direito à vida. É um bem jurídico fundamental, objeto de proteção constitucional, não podendo a personalidade do indivíduo ser

reduzida a suas meras características genéticas, porque deve ser priorizado o seu caráter único e individualizado (BARACHO, 2011, p. 109).

Assim, compreende-se que a identidade genética é substrato da identidade pessoal, sendo elemento definidor da historicidade pessoal da pessoa humana.

Nesse entendimento de que a origem biológica é um direito de personalidade, e, portanto, fundamental a lei do Estatuto da Criança e do Adolescente que regula e normatiza os casos de adoção, garante esse direito à todas as pessoas que foram adotadas e que pretendem em algum momento obter informações sobre sua ancestralidade genética. Prevê a Lei nº 8.069/90 no seu artigo 48 que “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”.

A referida lei teve como finalidade regulamentar condutas que refletem na manutenção do bem comum, conferindo o direito personalíssimo ao adotado em conhecer sua ancestralidade, elemento de suma importância para a construção da sua história e própria identidade, já que o conhecimento da origem genética promove a consolidação da historicidade pessoal do próprio indivíduo.

Não obstante, pelo fato de não existir uma regulamentação jurídica que preveja o conhecimento da identidade genética na reprodução humana heteróloga, surgem discussões e questionamentos quanto a possibilidade do o exercício desse direito, por já subsistir uma legislação que garanta o conhecimento nos casos de adoção. Dessa forma, seria possível aplicar a previsão normativa do Estatuto da Criança e do Adolescente por analogia às reproduções humana heterólogas, garantido aos sujeitos concebidos o mesmo direito?

O direito de se conhecer o passado histórico, a origem, de onde a pessoa surgiu e em qual ambiente familiar nasceu mais especificadamente são direitos inerentes a qualquer um. Trata-se de uma garantia constitucional reservada aos direitos fundamentais, sendo, portanto, direitos personalíssimos nos quais devem ser primordialmente garantidos ao titular, em que somente este poderá exercê-los, *in casu*, a criança concebida ou adotada, pois a opção em conhecer ou não o laço sanguíneo é exclusivamente da pessoa gerada ou adotada, que poderá exercitá-lo ou não (DONIZETTI, 2007, p. 126).

Paulo Luiz Netto Lobo aduz que o conhecimento da origem genética tem natureza de direito de personalidade e por isso não significa necessariamente direito à filiação, pois, na busca pela ascendência, há apenas a busca pelo genitor ou procriador, que não altera o vínculo de parentesco antes estabelecido (2004, p.55). Nos casos de adoção, o acesso aos dados dos pais biológicos não acarreta a desconstituição de filiação civil estabelecida pela adoção, sendo assim, partindo do pressuposto da possibilidade de conhecimento da identidade genética nas reproduções humanas heterólogas, o acesso aos dados também não geraria nenhum vínculo de parentesco com o doador do material genético.

Assim sendo, caso o filho concebido possa ter acesso aos dados genéticos do doador anônimo de sêmen que constem nos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito de personalidade, nunca poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Conseqüentemente, é inadequado o uso de investigação de paternidade para tal fim (LOBO, 2004, p. 342).

Desse modo, a possibilidade de conhecimento da origem genética somente daria direitos ao concebido de conhecer sua origem ancestral, não havendo nenhum direito quanto a investigação de paternidade, pois não haveria necessidade de se estabelecer nenhum vínculo parental sucessório, visto que não há nenhum interesse do doador em ter essa relação configurada, até mesmo porque o vínculo paterno-filiar já fora constituído com a família beneficiária do procedimento de reprodução humana artificial (FARIAS, 2014, p.607).

É sabido que o parentesco sócioafetivo decorre da adoção e da inseminação artificial, podendo, em ambas as hipóteses, a paternidade e maternidade ocorrer de forma bilateral ou unilateral, havendo, portanto, uma relação bastante paralela e similar entre essas duas entidades. Nesta erudição de que são relações correlatas, cabe discutir se os sujeitos oriundos da reprodução heteróloga pode ou não conhecer sua origem biológica, levando em conta que o ordenamento jurídico garante esse direito aos adotados.

Será, portanto, analisado e ponderado, assim como nos casos de adoção, que o possível conhecimento da identidade genética pelo indivíduo nascido da reprodução heteróloga não gera qualquer ônus ou prejuízo ao terceiro doador do material genético, haja vista que o que se almeja é tão somente o conhecimento do passado

e origem ancestral e nada além disso, não havendo, assim, constituição de filiação biológica em detrimento da filiação socioafetiva já formada (DONIZETTI, 2007, p. 125).

4.1 DECISÃO MONOPARENTAL OU “PRODUÇÃO INDEPENDENTE”

Quando se atesta que o desejo de conceber um filho é um direito constitucional de todos os seres humanos, o primeiro questionamento a se refletir é quanto à monoparentalidade programada, onde o acesso à reprodução assistida abrange a todas as pessoas solteiras, viúvas, divorciadas, etc. Essa reflexão impera porque infelizmente ainda há muita polêmica sobre a questão de se utilizar os métodos artificiais quando na verdade o indivíduo não tem nenhum problema específico que o impeça de conceber um ser naturalmente, pois, há quem defenda como a autora Jussara Maria Leal de Meirelles, que as técnicas de reprodução artificial só deveriam ser permitidas àquelas pessoas com dificuldade ou incapacidade de procriar, devendo a reprodução humana assistida representar a última alternativa para a pessoa, e não um modo alternativo de procriação (2002, p.395).

No entanto, o reconhecimento da igualdade entre os seres humanos permite concluir não ser cabível negar a um indivíduo o uso das técnicas medicamente assistidas pelo fato de serem solteiras ou viúvas constituir uma família monoparental, dado que na sociedade brasileira se admite todos os tipos de entidades familiares independente de sua formação, assim como a ordem jurídica constitucional, que ampara as famílias monoparentais devido a necessidade de acompanhar a evolução social. Para satisfazer a paternidade ou maternidade não há mais a imposição de se estabelecer um vínculo matrimonial, pois, a atualidade não exige o casamento como única forma de fundação de família, havendo, por sua vez, a liberdade de decisão com intuito de se estabelecer a produção independente em um ambiente monoparental (BRASILEIRO, 2010, p. 242).

As mulheres independentes e solteiras que almejam a maternidade, têm, cada vez mais ido em busca de soluções para realizar seus desejos através de técnicas de reprodução assistida, nas quais é permitido a seleção do doador que tenha seu material reprodutivo armazenado nos bancos de sêmen. Ou seja, o sonho de ser

mãe, dissociado do sexo, pode ser alcançado independente da presença de um pai, já que a mulher, hoje, está autorizada, sozinha, a se submeter aos métodos artificiais de procriação pelo fato de não existir lei expressa que proíba tal prática (BRASILEIRO, 2010, p. 239).

Procurando atender às demandas do atual cenário social do país, a Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina institui que qualquer pessoa pode ser submetida às técnicas de reprodução assistida, independentemente do estado civil e da orientação sexual. Ou seja, todas as pessoas que tenham solicitado o procedimento podem ser receptoras das técnicas artificiais desde que os participantes estejam de acordo e devidamente esclarecidos sobre as mesmas. Adiante, a presente Resolução estabelece a possibilidade do uso dos métodos para relacionamentos homoafetivos, bem como para pessoas solteiras, haja vista que a legislação pátria garante o livre planejamento familiar e direito à procriação (NAVES; SÁ, 2015, p. 67).

À vista disso, à estas que desejam ser inseminadas ou fertilizadas, e àqueles que desejam exercer a paternidade através de um útero de substituição, é garantido o direito de procriar conforme sejam seus desejos e vontades (SÁ, 2004, p. 444).

É premente dizer que o interesse da criança deve ser preponderante, mas isso não quer dizer que seu interesse se contrapõe ou que esse filho terá seu desenvolvimento prejudicado por ter sido concebido pela reprodução artificial, pois, o importante é que o genitor isolado forneça todos os elementos necessários para que a sua prole se desenvolva com afeto, amor e dignidade (BRAUNER, 1998, p. 151).

Assim, se da reprodução assistida nascerá uma criança sem pai, é comum afirmar que essa criança também pode ter todo o amor e assistência daquela mãe que, racionalmente através de uma decisão monoparental escolheu trazê-la ao mundo, haja vista que a figura do pai pode ser encontrada e suprimida por outra pessoa não havendo a obrigatoriedade de existir uma filiação paterna (SÁ, 2004, p. 440).

Cumprido mencionar que o Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza a adoção unilateral. Portanto, se tal prática é permitida, porque razão não poderia a reprodução humana assistida ser acessada pelas pessoas solteiras através de uma produção independente? Não há justificativa plausível para coibir que as pessoas solteiras se submetam às técnicas de reprodução assistida, uma vez que o

ordenamento jurídico pátrio protege a família monoparental e garante o direito a todo cidadão à procriação e planejamento familiar (FERRAZ, 2010, p. 86).

Isto posto, as decisões devem ser pessoais, cabendo ao próprio indivíduo saber se quer ou não conceber suas proles pela produção independente através do método de reprodução humana heteróloga, em que não haverá a presença de um pai biológico e socioafetivo, mas sim apenas a doação de matérias germinativas com o único intuito de conceber um filho.

4.2 DECISÃO BIPARENTAL E A PRESUNÇÃO DE FILIAÇÃO POR CONTA DO CONSENTIMENTO

Ao mencionar decisão bilateral, impera dizer que tanto a mãe receptora do material genético de um terceiro quanto o seu marido, decidem conjuntamente pela realização do procedimento de reprodução humana artificial com o intuito de conceber um filho. Essa decisão configura a consequente deliberação comum dos consortes, de que o filho deverá nascer, ou seja, há o interesse e desejo de ambos de gerar um indivíduo optando, assim, pela reprodução heteróloga.

Como já mencionado ao longo deste trabalho, no ordenamento jurídico brasileiro não há Lei que regulamente a reprodução assistida, estando prevista, superficialmente, pelo Código Civil de 2002, que entabulou a inseminação artificial heteróloga entre as hipóteses de presunção de filiação, pois, o artigo 1597, inciso V, dispõe que as crianças advindas deste método, têm sua filiação presumida, com relação à mulher receptora e o marido ou companheiro, que consentiu previamente com o procedimento. Estabeleceu-se, então, a filiação jurídica.

Se, com o consentimento do marido, a mulher for inseminada ou fertilizada artificialmente com o sêmen doado por um terceiro, o marido é considerado legalmente pai da criança concebida como se natural fosse. Além do mais, esse consentimento não precisa ser realizado através de uma autorização escrita, pois, a Lei só exige a autorização prévia ao procedimento, razão por que pode ser verbal ou comprovada em juízo. Desse modo, se o marido consentiu com a realização do método artificial heterólogo, não poderá posteriormente negar sua paternidade, em razão da origem genética, haja vista que a filiação é automaticamente presumida, e

nem será admitida a investigação de paternidade com relação ao doador anônimo (LÔBO, 2004, p. 509).

A presunção em apreço visa obstar o marido de desconhecer a paternidade do filho assumido voluntariamente ao autorizar o procedimento heterólogo de sua mulher e é por isso que ele anuindo na reprodução artificial, será considerado o pai legal da criança concebida. Assim, apesar de a paternidade não ter componente genético, é composta pela relação socioafetiva, através de um fundamento moral e valorativo (GONÇALVES, 2014, p. 329).

Sendo assim, no momento da presunção de filiação por conta do consentimento, fica constatado o vínculo parental não consanguíneo entre pai e o filho concebido, sendo a tutela legal desse tipo de concepção, fortalecedora da natureza socioafetiva, e não biológica, da filiação e da paternidade (LÔBO, 2011, p. 225).

Neste diapasão, Eduardo de Oliveira Leite corrobora que, quanto ao cônjuge ou companheiro (de modo a abarcar analogicamente a união estável), impõe-se uma filiação estruturada em laços jurídicos que nascem da afetividade e não em vínculos genéticos, pois, a verdade legal-afetiva sobrepõe-se à verdade biológica (2005, p. 206).

4.3 DA POSSIBILIDADE DE QUEBRA DO SIGILO POR MOTIVO DE DOENÇA

Como visto em capítulos anteriores no presente trabalho, o Conselho Federal de Medicina através da Resolução 2.013/2013, prevê o direito ao sigilo da identidade dos doadores estando suas informações protegidas por uma cláusula de anonimato. Pretende-se, então, discutir sobre a possibilidade da quebra desta cláusula na qual impera o sigilo quando constatado grave enfermidade ao sujeito concebido pelas técnicas de reprodução heteróloga.

O Conselho Federal de Medicina estabelece que:

4 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

O presente regimento garante o sigilo da identidade civil do doador de material genético, mas que, em situações especiais, as informações a respeito do doador poderão ser fornecidas exclusivamente para médicos. Ocorre que surgem dúvidas e questionamentos sobre quais seriam essas situações especiais que o dispositivo se refere, pois se a pessoa gerada através de reprodução humana heteróloga necessitar de informações sobre seus antecedentes genéticos paternos para tratamento de saúde e consequente preservação de sua vida, caberá a quebra do sigilo/anonimato com o posterior conhecimento? Além disso, em sendo possível essa ruptura do anonimato por um motivo específico, as informações genéticas do doador só seriam acessadas pelo médico?

É notório dizer que inobstante a ausência de legislação infraconstitucional que oriente a matéria, mas observando-se os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, em caso de grave doença genética, o sigilo poderá ser afastado, eventualmente, cedendo lugar à proteção de interesses de maior relevância, que nesta situação configura-se o direito à vida do indivíduo gerado (WELTER, 2003, p. 187).

O direito à vida é uma garantia constitucional que se estende a todos e, nas palavras de Alexandre de Moraes, “é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos” (2007, p. 30). Além disso, o atual desenvolvimento da pesquisa científica na área biomédica indica a necessidade de cada indivíduo saber sobre a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção de sua saúde e manutenção de sua própria vida.

Desta feita, por motivo de doença, é irrefutável a importância do conhecimento das informações do doador, a fim de resguardar o direito à vida e a saúde do ser gerado pela técnica artificial heteróloga, a fim de ter ciência das doenças e males que acometem seus ascendentes e poder tratá-las eficazmente. A quebra do sigilo com o reconhecimento da origem genética é também de extrema importância nos casos de doenças somente solucionáveis através de compatibilidade consanguínea, como o caso de transplantes de órgãos e certas doenças, como a leucemia, por exemplo (FERRAZ, 2010, p. 135).

É nesse sentido que Paulo Luiz Netto Lôbo se posiciona sobre a possibilidade de ruptura do sigilo:

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para a preservação da saúde e, a *fortiori*, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar origem genética, outra a investigação da paternidade. Passa também por necessidade de sustentação da autoestima, da tutela ao direito da identidade, de se reconhecer e de se ver reconhecido como determinada pessoa em determinado contexto social.

Além disso, entende-se que as informações genéticas do doador devem ser fornecidas não somente aos médicos, mas também a própria pessoa concebida, que é a verdadeira interessada na ruptura do anonimato (FERRAZ, 2010, p. 134).

Neste viés, Guilherme Calmon Nogueira da Gama também entende que (2003, p. 803):

O anonimato das pessoas envolvidas deve ceder relativamente à pessoa que resultou da técnica concepcionista heteróloga, diante do reconhecimento, no direito brasileiro, dos direitos fundamentais à identidade, à privacidade e à intimidade, podendo a pessoa ter acesso às informações sobre toda a sua história sob o prisma biológico para o resguardo de sua existência, e proteção contra possíveis doenças hereditárias (ou genéticas), sendo o único titular de interesse legítimo para descobrir suas origens.

Em proteção ao direito à integridade física do nascido, em caso comprovado de necessidade médica, é imprescindível assegurar a ele acesso aos dados genotípicos, especialmente para afastar o padecimento de enfermidades hereditárias, genéticas ou infecciosas transmissíveis, sem que, em qualquer caso, essa revelação possa se tornar conhecida por quem não seja interessado e, tampouco ser causa para determinação legal de filiação, isto é, só quem deve obter informações do doador é o ser concebido (AGUIAR, 2005, p. 162).

Nesse sentido, é necessário atestar para a possibilidade de ruptura do anonimato do doador quando por motivos de preservar a saúde e a vida do sujeito nascido por meios de reprodução heteróloga, em caso de grave doença genética.

Ainda no aspecto da possibilidade de quebra do sigilo, é importante mencionar sobre a questão do conhecimento da origem genética como fator preponderante para que seja evitada a formação de vínculos parentais em desacordo com a normativa do Código Civil. Nesse caso, o conhecimento da identidade genética do doador impediria que irmãos, nascidos do mesmo doador, ou o próprio doador e um filho ou filha, viessem a contrair casamento por desconhecimento das suas origens genéticas. Desse modo, preponderaria o direito fundamental ao conhecimento da

identidade genética em detrimento do direito à intimidade do doador, sendo a dignidade da pessoa humana garantida e se atendendo a normativa do Código Civil em relação aos impedimentos matrimoniais.

Nessa senda, diante da evolução tecnológica e globalização que minimizou o óbice da distância aos relacionamentos pessoais, possibilitando o conhecimento e informações das pessoas pela internet, não se pode desdenhar a importância de se ter acesso aos dados genéticos afim de evitar a ocorrência de impedimentos matrimoniais (FERRAZ, 2010, p. 135).

Destarte, pelas razões fundamentas, há de se assegurar a possibilidade de quebra do anonimato em situações especiais, assim como prevê a Resolução do Conselho Federal de Medicina. No entanto, apesar do dispositivo não mencionar quais seriam essas situações específicas em que as informações do doador seriam fornecidas, tal regulamentação deve ser interpretada de maneira extensiva, abarcando as hipóteses acima expostas, haja vista que não há como se negar a importância da origem genética para a pessoa humana dos pontos de vista psicológico, médico ou jurídico.

4.4 A ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Com a vigência da Constituição Federal de 1988 e Leis instituidoras, regulamentadoras da adoção, esse fenômeno passou a ser visto como aquele que tem por finalidade buscar e oferecer um ambiente seguro para uma determinada criança, sendo a melhor maneira de acolhimento familiar quando o menor não tiver ainda inserido em uma família natural já constituída, ou seja, a adoção surge como uma forma de colocar o indivíduo em uma família substituta com a consequente reconstrução de afeição e convivência familiar (FONSECA, 2012, p. 138).

A família adotiva ou substituta deve dar continuidade ao grupo social em que aquela criança está inserida, refletindo-se no direito fundamental ao seu desenvolvimento e na convivência familiar harmônica e comunitária. Essa substituição, por sua vez, produz efeitos na vida do adotado, uma vez que ele passa a ter direitos na alçada familiar afetiva que não possuía antes de ser filiado, como direitos à herança, prestação de alimentos, bem como, direitos sucessórios, etc.

O instituto da adoção passou por inúmeras transformações legislativas, porém, só com o surgimento e vigência da Lei Nacional de Adoção - 12.010/2009, que alterou consideravelmente o Estatuto da Criança e do Adolescente, é que fez ampliar as prerrogativas da adoção com o objetivo de proporcionar exclusivamente proteção ao adotando, e garantir o melhor interesse do menor, conforme previsto no Art. 1.625 da lei, e Art. 43 do ECA, que disciplina que a adoção deve se constituir na medida do “efetivo benefício para o adotando”. Com a consagração dessas novas legislações, houve uma contemplação maior das famílias substitutas, extensas e ampliadas, visto que todas têm um vínculo do adotando com a sua nova família através da mera afetividade, sem a necessidade de qualquer liame sanguíneo. Assim, desde que comprovado a futura saudável convivência e o puro afeto dos adotantes, não há porque se estabelecer quaisquer empecilhos para a configuração da adoção, ou seja, qualquer pessoa pode adotar independentemente de cor, raça, orientação sexual, ou religião, desde que esteja resguardado a proteção do menor (PEREIRA, 2010, p.405).

Trata-se de uma espécie de família gerada pela socioafetividade garantida legalmente pela Constituição Federal Brasileira, em que um filho adotivo tem os mesmos direitos que teriam os filhos biológicos, sendo todos legítimos e herdeiros necessários. De acordo com o Artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção é a inclusão de um indivíduo em uma família que não seja a sua de origem, que acabam por gerar efeitos de filiação com os mesmos direitos e deveres, rompendo quaisquer laços com seus parentes biológicos, ou seja, há o completo desligamento da família genética, porque a condição de filho é uma das consequências e efeitos pessoais da adoção. Reitera, que a adoção decorre da execução de um ato de vontade, portanto, consensual, sendo um contrato solene, pelo qual um sujeito registra outra pessoa como filho, independentemente de existir entre ambos uma relação parental.

Nesse contexto, Roberto João Elias, citado por Valter Kenji Ishida(2014, p. 107), menciona os variados conceitos de diversos doutrinadores, senão vejamos:

Segundo Arnold Wald, a adoção é uma ficção jurídica que cria o parentesco civil. É um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação existe naturalmente. Orlando Gomes a define como sendo o ato jurídico pelo qual se estabelece independentemente do fato natural, o vínculo de filiação. Trata-se de ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas do laço de parentesco de primeiro grau na linha reta. A adoção, segundo Voirin et Goubeaux, cria

entre duas pessoas físicas e suas famílias uma relação artificial e puramente jurídica que reformula o estado de família da pessoa, modificando-lhe a relação de filiação pela extensão, a outrem, da subjetividade paterna.

Importante esclarecer, que quando efetivada a adoção, tem-se a outorga de todos os direitos, deveres e encargos inerentes ao poder familiar, ao adotado e adotantes, havendo o rompimento das relações com a família original, pois, qualquer fato superveniente que ocorra após a adoção, como a morte dos adotantes, não restabelece o poder familiar biológico do adotado, visto que, é uma natureza definitiva em que há o cancelamento perpetuo do registro civil dos seus genitores.

As normas que disciplinam o direito de adoção têm natureza pública e de aplicação imediata. Pode-se dizer que o legislador ao aplicar essas normas a serem seguidas por toda a coletividade, agregou dois critérios muito importantes quanto ao fundamento de deferir a adoção. O primeiro critério seria quanto às reais vantagens que aquela adoção traria ao adotando em razão do princípio do melhor interesse, e a segunda, quanto aos motivos legítimos dos requerentes, uma vez que todos os adotantes devem requerer a adoção por motivos volitivos de afeição e de querer constituir uma família fundada no amor, carinho e respeito. Não podendo ser admitida qualquer adoção pautada no ilícito, ou em fins imorais, que não ofereçam um ambiente familiar adequado ao adotando.

Para que haja a adoção legítima pela jurisdição voluntária, é importante e necessário que haja a destituição do poder familiar e o consentimento dos pais ou responsáveis legais, e dos adotados maiores de doze anos, para demonstrar a aceitação da adoção. O ato de consentir é personalíssimo e revogável desde que o arrependimento venha a ocorrer antes da prolação da sentença declaratória de adoção, contudo, isso gera muita discussão no âmbito jurídico porque a retratação do consentimento pode desestabilizar tanto a criança e o adolescente quanto os adotantes. Ainda, é primordial que exista o estágio de convivência, que é um período de aprendizado e adaptação das partes ao convívio diário familiar, com objetivo de apurar se há a possibilidade de vingar um relacionamento plenamente satisfatório. Além disso, outro requisito essencial para a consolidação da adoção é o seu cadastro, pois, é necessário que haja a inscrição prévia daqueles que pretendem adotar e criar filhos, para posteriormente ser feito a análise das condições dos requerentes, se estão aptos ou não (ISHIDA, 2014, p.106).

Nesse sentido, para que a adoção seja validamente consumada, é necessário que o seu procedimento tenha algumas formalidades, pois, é inevitável que haja uma idade mínima do adotante; consentimento dos pais ou responsáveis; aceitação do adotando que for maior de doze anos; e a adoção deve representar vantagens e benefícios para o menor, etc. Além disso, esse ato se produz de forma unilateral ou bilateral/conjunta, de maneira irrevogável, eis que a sentença que defere a adoção produz efeitos definitivos do novo parentesco, e extintivos da filiação genética, ambos, no entanto, irretroatáveis e com eficácia erga omnes (ISHIDA, 2014, p.106).

Conforme prevê o artigo 48 do Estatuto da Criança e Adolescente, a adoção e qualquer modalidade de filiação socioafetiva é irretroatável, não podendo em regra ser anulada, salvo, em casos de coação, erro, dolo e fraude, em que fica resguardado o direito tanto ao filho quanto aos pais de proporem ação em juízo com pedido de extinção do registro civil por qualquer tipo de vício comprovado.

Zeno Veloso citado por Belmiro Pedro Welter(2003, p. 194), reconhece irrevogabilidade da filiação sociológica, pois, nas palavras dele:

Permitir que o pai, a seu bel-prazer, pudesse, a qualquer tempo, desfazer o reconhecimento da paternidade de um filho seria uma extremada injustiça, caracterizando um gesto "reprovável, imoral, sobretudo se o objetivo é fugir do dever de alimentos, ou para evitar o agravante de parentesco num crime, por exemplo.

Portanto, a irrevogabilidade da adoção é a proibição do adotando desistir do feito por motivo fútil como o mero arrependimento, o que traduziria um ato de extrema irresponsabilidade do autor, e por isso, veda a revogação registral da filiação constituída, devido ao caráter *ex vi legis*(WELTER, 2003, p.193).

4.50 PRÍNCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

O princípio do melhor interesse, é também recepcionado pelo biodireito e direito de família. Em razão da vulnerabilidade em que se encontra a criança e o adolescente, este princípio surgiu como uma forma de intervenção estatal objetivando a proteção do menor. Tal princípio garante ao adotando e à criança gerada pelas técnicas artificiais, direitos no que diz respeito à dignidade e solidariedade, sendo primordial quando tratar de assuntos como filiações socioafetivas e investigações de paternidade, pois, no momento de conflitos entre a verdade biológica e a

socioafetiva, deve-se buscar aquilo que é melhor para o interesse do menor, para o seu futuro, criação e educação, de acordo com cada caso concreto, pois, a apuração do que se entende por melhor interesse há de considerar todas as peculiaridades a ele inerentes, e averiguação em cada caso específico.

É, portanto, perfeitamente compreensível a extensão do princípio do melhor interesse ao adotando e ao sujeito gerado pelos métodos artificiais, com a finalidade de propor uma maior proteção a estes, sempre buscando satisfazer aquilo que mais lhe beneficiam e garantam seus direitos fundamentais (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 98).

Na nossa legislação pátria superior, não há o princípio do melhor interesse da criança e adolescente conceituado expressamente, o que permite a sua utilização de maneira arbitrária e ampla, e é por isso que alarga-se este princípio com objetivo de garantir a proteção e os direitos do infanto-juvenil. Ou seja, é necessário a plena proteção dos mesmos, pelos integrantes do núcleo familiar, sociedade e Estado, propiciando-lhes o acesso adequado à dignidade, saúde, educação, etc., conforme determina o caput do art. 227 da Constituição Federal:

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.

Contudo, não se pode confundir o princípio da prioridade absoluta com o princípio do superior interesse das crianças e adolescentes, haja vista que o primeiro tem sede constitucional, enquanto que o segundo tem origem nos tratados internacionais de proteção universal aos infanto-juvenis. A convenção internacional dos direitos da criança e o Estatuto da criança e do adolescente de 1990 aduzem que todos os menores devem ser orientados para uma vida em sociedade, estando estes em desenvolvimento, e, portanto, devendo ser assegurado sua ampla dignidade. Nesse sentido, a proteção e os interesses do menor prevalecerá sobre qualquer interesse individual e coletivo, porque ele tem o fim de priorizar os atos que sejam mais satisfatórios ao mais novo. Quer dizer, o princípio do melhor interesse tem o condão de utilizar os meios e soluções que sejam mais benéficas aos direitos da criança e do adolescente (FONSECA, 2012, p.12).

O mencionado princípio encontra-se ilustrado nos artigos 4º e 6º da Lei 8.069 de 1990 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e tem a característica de fortificar o papel jurídico dos menores, igualando os seus direitos aos dos adultos, assim como excluindo todas as diferenças entre filhos biológicos e afetivos. Atribui aos responsáveis a função de manter o total desenvolvimento das crianças, tendo como protetores universais o Estado e a própria sociedade, uma vez que o papel é transformar as crianças e adolescentes como sujeitos de direito merecedores de igual tratamento jurídico (LOBO, 2004, p.51).

Nesse sentido, o art. 43 da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, sedimenta que a adoção será constituída desde que o ato produza reais vantagens ao adotando, e que seja fundado por meios legítimos, ou seja, deve haver uma motivação sincera do requerimento por parte dos pais afetivos. Esse entendimento refletido na legislação remete a ideia de preservar o melhor interesse daquele que está sendo adotado, isto porque, a adoção antigamente apenas se atentava para os interesses dos pais adotivos, não demonstrando qualquer preocupação com relação aos menores.

Contudo, com as modificações e adaptações trazidas pela Lei nº 12.010/09, essa percepção foi alterada, passando a prevalecer o entendimento de que a adoção deve gerar benefícios e verdadeiras vantagens ao adotando, assim como, as razões da adoção devem ser justificadas e comprovadas, porque os motivos precisam ser sinceros, fundados no amor, na afetividade e vontade expressa de criar alguém como se filho sanguíneo fosse. Sendo assim, aplica-se a política do “the best interest of children” (o melhor interesse da criança) da convenção internacional de Haia, no direito das famílias, precisando a adoção ser concretizada no amor familiar e afinidade, pelo qual devem os adotantes receber e tratar os menores como se filho biológico fosse gerando para eles, todos os direitos decorrentes de eventuais filhos sanguíneos (FONSECA, 2012, p.161).

Quanto a presença deste princípio no biodireito, contraposto a todo o exposto, pode-se dizer que não há previsão desse princípio em nenhum dispositivo normativo no campo da biomedicina, devido à ausência legislativa que existe sobre o tema. Entretanto, é necessário tê-lo como norteador das relações surgidas através das reproduções humanas artificiais, haja vista que é essencial na proteção do indivíduo

que irá nascer, ou seja, o melhor interesse do menor deve ser garantidor de todos os direitos da criança gerada pela reprodução assistida.

De acordo com esse princípio fundamental, o indivíduo concebido pelas técnicas de reprodução humana artificial heteróloga independentemente denascerem uma entidade familiar biparental ou monoparental, deve ser assegurado um ambiente familiar estável, harmônico, e amoroso, no qual lhe traga proveitos e o conduza à plena felicidade. Assim como, o adotando, ao ter a sua inclusão em família substituta, não pode esta causar qualquer prejuízo ou desvantagem ao mesmo, uma vez que o objetivo da adoção é proporcionar ao menor uma vida de absoluto equilíbrio, estabilidade emocional, afetividade, carinho e respeito. Isto é, deve-se sempre pensar no bem-estar do infante-juvenil e nas melhores condições para a sua convivência, vedando qualquer intenção egoística ou proveitosa que atrapalhe o seu desenvolvimento.

Isto posto, tanto na adoção quanto na reprodução heteróloga em que pode haver a parentalidade bilateral ou unilateral, o responsável socioafetivo deve sempre demonstrar melhor índole e condições para exercer as funções de paternidade ou maternidade, em que melhor proporcione o afeto, educação, atenção, e segurança ao adotando e à criança gerada, não basta entretanto, a melhor capacidade econômica, porque isso não tem maiores efeitos, mas, sim, àquele que apresente maior capacidade de garantir os direitos inerentes à criança e ao adolescente.

4.6 O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE

O sistema jurídico brasileiro não assegura o direito à identidade genética de forma expressa, mas sim através da interpretação da conjugação de diversos princípios de matriz constitucional, assim, o seu reconhecimento e proteção podem ser constatados a partir de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais como a estreita relação com o direito à vida, por exemplo (VILELA, 2008, p. 73).

O direito à identidade genética encontra-se em consonância com o Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal que institui e protege o direito fundamental à dignidade da pessoa humana, uma vez que o conhecimento da historicidade e verdade a

respeito da própria essência do indivíduo é direito fundamental que integra o conjunto dos seus direitos de personalidade, na medida em que representa a plena realização da dignidade humana, pelo fato de proporcionar à pessoa a complementação de sua identidade integrada à sua personalidade (GOLDHAR, 2010, p.277).

Assim, a dignidade da pessoa humana está diretamente atrelada aos direitos da personalidade, cuja vinculação se funda nos valores necessários ao desenvolvimento da pessoa, como um ser fundante e complexo que precisa do conhecimento para evoluir sua face psíquica, física e moral.

Em um mesmo entendimento, Maria Christina de Almeida (2004, p. 423) preceitua que o direito ao conhecimento da origem genética é um direito fundamental e personalíssimo, no qual cria-se a individualidade e o autoconhecimento do indivíduo em que propicia o seu livre desenvolvimento de personalidade, pois, ao conhecer o passado ancestral, a pessoa humana passa a ter total condições de entender a sua própria existência e suas origens.

É primordial o reconhecimento de direitos aptos à realização da pessoa humana enquanto ator social, pois, é premente a proteção de direitos que provocam à realização e a integração da pessoa enquanto ser humano e indivíduo social, devendo existir a possibilidade do pleno conhecimento da origem biológica, da historicidade e ancestralidade da pessoa humana porque somente através da revelação da verdade genética é que poderá o indivíduo se satisfazer enquanto pessoa e ter sua vida protegida no aspecto de saúde (GOLDHAR, 2010, p. 287).

Nesse sentido, o direito à identidade genética compreende a possibilidade do ser humano conhecer a sua ancestralidade no que diz respeito ao histórico biológico de saúde, raça e cultura que deveria estar inserido.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 125), a possibilidade de conhecimento da identidade genética compreende o direito de conhecer toda informação sobre si mesmo, com intuito de influenciar o autoconhecimento da sua própria integridade.

Na maioria das vezes, a busca do conhecimento genético se dá por questões psicológicas pela mera vontade de saber de onde o indivíduo veio e através de qual anseio familiar surgiu, ou até mesmo, em razão de grave enfermidade em que

necessita do reconhecimento da compatibilidade sanguínea. Ou seja, o direito à informação biológica faz parte do direito de personalidade do indivíduo, seja para descobrir suas origens, e seja para proteger sua saúde nas situações em que o descobrimento da cadeia ancestral é essencial para sua manutenção (FERRAZ, 2010, p. 134).

Todavia, é preciso proporcionar o direito de informação da origem genética ao filho advindo da inseminação artificial heteróloga, ao adotivo, e até mesmo àqueles oriundos de parto anônimo que não conseguem identificar seus genitores, independentemente de motivação (GOLDHAR, 2010, p. 274).

Ainda, nessa sequência, o especialista em bioética, José Roberto Moreira Filho citado por Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar menciona:

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

É importante destacar que a pessoa humana que foi inserida em uma comunhão familiar socioafetiva, já desfrutando, portanto, do estado de filiação, deve ser assegurado apenas o direito de conhecer sua origem biológica como um direito fundamental, mas, este conhecimento não gera nenhuma relação de parentesco ou efeitos de direito de família (ALMEIDA, 2004, p.424).

Diante de todo o exposto, conclui-se que o direito ao conhecimento da identidade genética é base fundamental da personalidade, já que é a personalidade que confere a própria individualidade do ser humano, diferenciando as pessoas, conferindo unicidade a estas. Portanto, negar ao indivíduo o direito à identidade genética é obstar o princípio da dignidade da pessoa humana com a consequente lesão à integridade física e moral do sujeito, ou melhor, é caminhar em descompasso com as evoluções sociais que se fazem mais presentes nas relações familiares (VILELA, 2008, p. 78).

4.6.1 Do exercício do direito

Em havendo a possibilidade de conhecimento da identidade genética do indivíduo gerado pelas técnicas de reprodução humana heteróloga, é necessário determinar de que maneira se daria esse conhecimento e acesso aos dados e informações do doador do material germinativo.

Uma vez rompido o anonimato, para uma possível busca da identidade genética, haveria a disponibilização das informações de identidade civil (nome, RG e CPF) e dados genéticos do doador. Quanto ao fornecimento da identidade do doador, seria necessário o ajuizamento de ação na justiça para obtenção do conhecimento. No entanto, os dados genéticos relacionados as características fenotípicas seriam fornecidos pelas próprias clínicas que efetuaram a reprodução heteróloga.

Importante frisar que esse direito só deve ser exercido exclusivamente pelo legítimo interessado, qual seja, o indivíduo concebido pelo material genético doado.

O exercício do direito somente deve ser autorizado ao indivíduo nascido da relação de reprodução assistida quando completado a maioridade civil. Ou seja, para fins de apenas conhecimento da identidade biológica, o sigilo da identidade civil do doador só será rompido quando o interessado completar dezoito anos. Além disso, para a exercício desse direito, é necessário o ajuizamento de ação judicial na vara de família com a pretensão de conhecimento da paternidade biológica, o que não se confunde com investigação de paternidade, uma vez que aquela não gera vínculo de filiação.

Contudo, nos casos de rompimento por motivos de impedimentos matrimoniais ou grave enfermidade genética, caberia o direito ao conhecimento da identidade genética em qualquer momento da vida da pessoa concebida.

Quanto aos indivíduos que nasceram sob a técnica de reprodução heteróloga, mas, que ainda se encontram na vigência do contrato com cláusula de anonimato, deve ser também garantido o direito ao conhecimento da origem genética devido ao direito de personalidade inerente a estes.

Isto posto, é imprescindível a utilização da lei infraconstitucional que permite o conhecimento da origem biológica nos casos de adoção, como direcionamento para o exercício do direito do conhecimento nas reproduções humanas heterólogas.

4.6.2 O direito ao conhecimento da origem biológica na adoção como alicerce normativo do direito ao conhecimento da ascendência genética em caso de reprodução heteróloga

Conforme visto reiteradas vezes neste presente trabalho, em determinado momento da vida, pode o indivíduo concebido pela técnica de reprodução artificial heteróloga ter o interesse de conhecer suas origens genéticas, interesse este que é sitiado pelo direito de sigilo sobre a identidade do doador do material germinativo. Ou seja, apesar de não existir uma lei específica que regule o presente assunto, o Conselho Federal de Medicina sem força de lei, com natureza apenas ético-normativa, garante o anonimato do doador, não permitindo o acesso às informações pela pessoa nascida. Ao contrário disso, a Lei do Estatuto da Criança e do Adolescente permite ao adotado, quando tenha atingido a maioridade, conhecer a sua origem biológica.

No entanto, em se tratando de relações em que prevalece o vínculo socioafetivo seja entre o pai não biológico e a criança gerada, ou entre os adotantes e o adotando, porque não utilizar a previsão do direito ao conhecimento da identidade genética presente no Estatuto da Criança e do Adolescente como alicerce normativo para os casos de reprodução heteróloga? Assim como é permitido o conhecimento da origem biológica na adoção, deve-se garantir ao filho proveniente da técnica artificial, o conhecimento da pessoa cujo teve participação na sua própria concepção e, portanto, responsável pelo seu nascimento e pelos seus caracteres genéticos (GORGE JUNIOR, 2009, p. 133).

Defende-se a legitimidade da criança vir a conhecer a identidade civil do doador genético, quando em fase adulta, e sob determinadas condições, ainda que não haja vinculação para efeitos sucessórios e assistenciais, pois, a revelação é um dado fundamental tanto para a adoção como para a procriação assistida.

Se os nossos diplomas legislativos mais modernos, como o Estatuto da Criança e do adolescente já estruturam seus dispositivos com referências modernas de acordo

com a família contemporânea, insistindo em uma relação de transparência entre pais e filhos, fazendo opção pela verdade, então não parece ser coerente distinguir as relações advindas da procriação assistida heteróloga das relações advindas da adoção, uma vez que ambas se constituem pelo direito personalíssimo de se conhecer a origem ancestral (GORGE JUNIOR, 2009, p. 143).

Ou seja, a adoção é um instituto muito similar com a reprodução humana heteróloga, pelo fato de em ambas as relações terem o filho advindo de outra origem genética, seguindo também à mesma presunção legal de filiação socioafetiva. Deve-se, portanto, seguir a lei do Estatuto da Criança e do Adolescente como alicerce normativo para se construir caminhos e meios de garantir o direito ao conhecimento da origem biológica nas reproduções artificiais.

Inobstante a ausência de legislação infraconstitucional, o sigilo da identidade civil do doador poderá ser afastado, cedendo lugar à proteção de interesses de maior importância (WELTER, 2003, p. 188).

Nesse sentido, deve-se observar os direitos fundamentais e princípios constitucionais atinentes à vida, dignidade da pessoa humana e de personalidade, sendo primordial conceder o direito de conhecimento da ancestralidade genética por motivos de construção da própria personalidade e identidade.

5 CONCLUSÃO

Neste trabalho foi visto que as técnicas de reprodução assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando ou realizando o processo de procriação. Nos dias atuais, conjuntamente com os avanços da biomedicina, é cada vez maior o número de crianças concebidas através das técnicas de reprodução artificial.

Restou demonstrado que o direito à procriação, seja natural ou artificial, encontra-se inserido no direito ao planejamento familiar, do qual todas as famílias podem se valer. A utilização das técnicas de reprodução humana assistida deve ser estendida a todas as pessoas, inclusive para aquelas que compõe as relações monoparentais e homoafetivas. Não se pode entender que essas entidades familiares importem em um prejuízo para a criança gerada, vez que o princípio do melhor interesse do menornão se estrutura apenas nas famílias tradicionalmente reconhecidas, estando, no entanto, a família contemporânea fundada na afetividade, solidariedade e igualdade face ao princípio do pluralismo das entidades familiares.

A reprodução humana assistida se subdivide em reprodução homóloga em que é utilizado o material genético do próprio casal e em reprodução heteróloga que é um método realizado em laboratório, no qual se tem um terceiro estranho ao casal que doa o material genético gratuitamente, a estas pessoas impossibilitadas de gerar um filho pelas vias naturais, assim, ao nascimento do filho, este possuirá uma mãe biológica e um pai não-biológico, formando uma família pelos ligames socioafetivos.

No campo da reprodução humana heteróloga, centro da presente pesquisa, surgem demasiados conflitos em razão da inexistência de uma lei que regulamente as relações advindas deste método artificial. Fora ilustrado, a questão do confronto entre o direito ao anonimato do doador e o direito ao conhecimento da identidade genética, ambos corolários do direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, o objeto de grandes controvérsias e discussões hoje em dia é quanto à possibilidade do indivíduo que foi gerado pelo material germinativo de terceiro, conhecer sua origem biológica, passando a ter o direito de acesso às informações do doador rompendo conseqüentemente com as regras e princípios normativos relativos ao sigilo, influenciando no descumprimento do dever de profissionais médicos manterem a confidencialidade. Em contrapartida, sabe-se que os interesses individuais devem ser respeitados, quando a vontade é apenas de ter a obtenção dos dados do concesso e por seguinte o conhecimento da ancestralidade familiar.

A Lei do Estatuto da Criança e do Adolescente permite ao adotado, quando tenha atingido a maioridade, conhecer a sua origem biológica, todavia, não existe regulamentação jurídica que preveja a possibilidade de conhecimento da identidade genética na reprodução humana heteróloga.

Como aludido, o direito à identidade genética encontra-se em consonância com o Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal que institui e protege o direito à dignidade da pessoa humana, sendo a verdade e o conhecimento essencial para a composição da identidade do indivíduo, considerando, portanto, um direito fundamental de personalidade.

Desse modo, a aludida pesquisa defende o direito ao conhecimento da origem genética, por necessidade psicológica e pessoal de conhecer a ancestralidade, posto que se fundamenta na premissa de que há um patrimônio biológico que precede a identidade pessoal, sendo um elemento definidor da historicidade individual. Pontua-se que é um direito inerente ao indivíduo por formar a própria identidade pessoal, sendo, pois, um direito fundamental de personalidade.

O conhecimento da identidade genética é um direito personalíssimo, intransmissível e irrenunciável, que não produz nenhum efeito ou consequência jurídica, havendo apenas, a obtenção de informações sobre a identidade do doador para fins de conhecimento; para somente saber quem foi a pessoa que contribuiu para o seu surgimento, entender o seu passado histórico, genético, etc.

É defendido o posicionamento de que o direito ao conhecimento da identidade genética deve ser preservado para garantir a tutela do direito de personalidade na espécie direito à vida, assim como é permitido nos casos de adoção, pois, há a necessidade de cada indivíduo saber a sua história pessoal, de saúde, de seus

parentes biológicos, enfim, para a preservação da própria vida. Entende-se que o direito de personalidade de conhecer o doador de sêmen na reprodução humana heteróloga não importa em constituição de filiação, haja vista que o efeito jurídico de estado de filiação tem natureza de família, e, por sua vez, o direito ao conhecimento da origem biológica está em consonância com os direitos de personalidade.

Nesse sentido, apesar de existir muitos entendimentos favoráveis quanto à prevalência ao anonimato do doador, é fundamental firmar que não há a construção de um elo entre o doador e a pessoa gerada, uma vez que o vínculo familiar se configura pela socioafetividade. É, portanto, possível haver uma harmonização do dever de anonimato e o direito ao conhecimento da origem ancestral do sujeito gerado, desde que essa cláusula seja flexibilizada caso haja o interesse do indivíduo em obter o conhecimento. Assim, a cláusula de anonimato do doador não deve ser totalmente desfeita dando o livre acesso à terceiros, mas, também não deverá continuar existindo de modo absoluto, podendo ser o anonimato relativizado exclusivamente para o sujeito concebido do material biológico doado.

É possível a ruptura do anonimato através da técnica de ponderação de interesses, com a finalidade de preservar o melhor interesse da criança concebida, e proteger a personalidade da mesma. Entende-se, portanto, razoável a quebra do sigilo, haja vista que esse conhecimento não geraria nenhum tipo de transtornos ou ônus ao doador, não havendo ofensa ao direito personalíssimo em um pretense “interesse público” (interesse da coletividade), uma vez que não há violação a função social do contrato, isto é, o conhecimento da origem biológica não gera qualquer dano ou prejuízo ao doador, não havendo motivo de este se recusar a doador seus materiais genéticos alegando insegurança jurídica, visto que inexistem efeitos jurídicos advindo do possível conhecimento.

Isto posto, o ponto fundamental para concluir o melhor posicionamento é de que, a relativização da cláusula de anonimato deve se dar pelas normas do Código de Ética médica, podendo haver a quebra do sigilo quando o indivíduo concebido tiver a necessidade psicológica de se buscar a sua ancestralidade familiar, sendo os dados e a identidade genética do doador disponibilizados somente a este, interessado, ao completar a maioridade. O fundamento do conhecimento prevenir os impedimentos matrimoniais e preservar à saúde do concebido, reforça ainda mais a defesa de que o conhecimento da identidade genética deve ser garantido. Deve-se ceder lugar à

proteção de interesses de maior relevância, principalmente no que concerne o direito à vida.

Defende-se a presente relativização, uma vez que o anonimato absoluto causaria enorme afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana ao privar o indivíduo de saber sua origem ancestral. Portanto, no momento da doação do material genético ao banco de sêmen, o doador deve estar submetido a uma cláusula de consentimento, tendo que anuir expressamente com a possibilidade de um dia vir a ser conhecido pelo indivíduo gerado, ou seja, caso o titular do direito de conhecimento venha a ter interesse em obter informações sobre a identidade do doador poderá ter acesso aos dados, mas, tão somente com a finalidade de conhecimento, assim como prevê essa possibilidade nos casos de adoção.

É imperioso o surgimento de uma regulamentação que preveja o conhecimento da origem genética para os próximos sujeitos concebidos. No entanto, quanto aos indivíduos que nasceram sob a técnica de reprodução heteróloga, mas que ainda se encontram na vigência do contrato com cláusula de anonimato deve ser também, garantido o direito ao conhecimento da origem genética devido ao direito de personalidade inerente a estes.

A origem biológica salvaguarda tanto características geracionais quanto informações que constituem o próprio ser humano na sua individualidade. Portanto, proteger esses elementos é garantir a proteção à pessoa humana.

Nesse diapasão, conclui-se que a previsão na lei infraconstitucional do direito ao conhecimento da origem biológica para os casos de adoção, deve ser utilizado como alicerce normativo para garantir o direito ao conhecimento da ascendência genética às pessoas nascidas da reprodução humana heteróloga.

REFERENCIAS

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

ALMEIDA, Maria Christina. O direito à filiação integral à luz da dignidade humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 17, jan./mar. 2004, p. 417-444.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A identidade genética do ser humano. **Direitos humanos: direitos civis e políticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2011, p. 107-112.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Um estudo sobre o direito ao planejamento familiar. **Revista Digital**. out./dez. 2010, v.8. Disponível em: <www.iabnacional.org.br>. Acesso em: 13 mai. 2015.

BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética. **Família e cidadania o novo CCB e a vacatio legis: anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.379-390.

BOPP, Polyana Goelzer *et al.* Maternidade responsável e reprodução assistida: limites bioéticos e jurídicos dos direitos reprodutivos da mulher. **Bioética na atualidade**. Porto Alegre: Edipucrs, 2014, p. 93-118.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 21 abr. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 abr. 2015.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução 2013/2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf. Acesso em: 15 nov. 2014.

_____. Lei 8.069/1990. Lei do Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 21 abr. 2015.

BRASILEIRO, Luciana da Fonseca Lima. As vicissitudes da filiação: os filhos da reprodução artificial heteróloga sob a ótica do consumo. **Famílias no direito contemporâneo**. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 231-257.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade**. Porto Alegre: Themis, 1998.

CARVALHO, Rogério J. Britto de. Inseminação artificial – reprodução assistida – aspectos polêmicos e legislação constitucional e infraconstitucional. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.1, out./nov. 2014, p. 130-140.

CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliana Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CORREA, Sonia. *et al.* **Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores**. Disponível em: http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/outraspub/ind_mun_saude_sex_rep/ind_mun_saude_sex_rep_capitulo1_p27a62.pdf. Acesso em: 22 mai. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONIZETTI, Leila. **Filiação Socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

_____. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. 2004, p. 265-304.

GARCIA, Maria. **Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana; a ética da responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. O direito à informação e ao conhecimento da origem genética. **Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo**. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 259-289.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. _____. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiúza. **O direito in vitro: da bioética ao biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. O problema do anonimato do doador nas fecundações artificiais humana. **Revista IOB de Direito de Família**. Brasília: Síntese. v.51, dez./jan. 2009, p. 124-144.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; RESENVOLD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**, 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito de Família**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte, Del Rey. 2004, p. 505-530.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, n. 19, ago./set. 2003, p. 133-156.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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

MORAIS, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e reprodução humana artificial: Limites Éticos e Jurídicos.** Salvador: Jus Podivm, 2014.

MEIRELLES, Ana Thereza. *et al.* **O direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas.** Revista de Bioética. Brasília: Revista de Bioética, 2014, p. 509-518.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Filhos da reprodução assistida. **Família e Cidadania: o novo CCB e a Vacatio Legis: anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 391-402.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil. **Revista de bioética y derecho.** 2015. Disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/viewFile/12067/14820>). Acesso em: 7 mai. 2015.

OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética.** Coimbra: Almedina, 1999.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 5.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem casamento: De relação existencial de fato a realidade jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e biodireito. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 435-448.

SANTIN, Janaína Rigo. A Constituição Federal de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Jurisvox.** Patos de Minas: Unipam, v.9, 2008, p.117-124.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade.** Coimbra: Coimbra, 1995.

SOUZA, Wagner Mota Alves de. Direito à procriação, técnicas de reprodução medicamente assistida e a proibição de *venire contra factum proprium*: a inseminação artificial heteróloga e o comportamento contraditório do cônjuge ou companheiro (a). **Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto.** Salvador: JusPodivm, 2.ed. 2009, p. 211-229.

VILELA, Adriana Accioly de Lima. O artigo 27 do ECA – direito ao estado de filiação versus projeto de Lei nº 1.184/2003 – filiação de crianças nascidas através de reprodução assistida e o anonimato do doador – uma leitura sob a ótica do princípio constitucional da dignidade. **Revista IOB de Direito de Família.** Brasília: Síntese, v.46, fev./mar. 2008, p. 63-79.

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

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Inseminação Artificial no Ordenamento Jurídico Brasileiro: a Omissão Presente no Código Civil e a Busca por uma Legislação Específica. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.67, ago./set. 2011, p. 127-154.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.