

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

PEDRO BELLENTANI QUINTINO DE OLIVEIRA

**OS ARRANJOS FAMILIARES E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA:
UM NOVO DIREITO DE FAMÍLIA QUE SE APROXIMA**

**FRANCA
2016**

PEDRO BELLENTANI QUINTINO DE OLIVEIRA

**OS ARRANJOS FAMILIARES E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA:
UM NOVO DIREITO DE FAMÍLIA QUE SE APROXIMA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga

FRANCA

2016

Oliveira, Pedro Bellentani Quintino de.

Os arranjos familiares e as técnicas de reprodução assistida:
um novo direito de família que se aproxima / Pedro Bellentani
Quintino de Oliveira. – Franca: [s.n.], 2016.

116 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual
Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientadora: Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga

1. Direito de família. 2. Tecnologia da reprodução humana.
3. Bioética. I. Título.

CDD – 342.16

PEDRO BELLENTANI QUINTINO DE OLIVEIRA

**OS ARRANJOS FAMILIARES E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA:
UM NOVO DIREITO DE FAMÍLIA QUE SE APROXIMA**

**Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais,
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito
para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas
Normativos e Fundamentos da Cidadania.**

BANCA EXAMINADORA

Presidente:_____

Profa. Dra. Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga

1º Examinador_____

2º Examinador:_____

Franca, _____ de _____ de 2016.

Aos pilares da minha vida, Eudes, Vera e Gabriela, pelo apoio desmedido e
pela certeza de que a família é o bem maior.

AGRADECIMENTOS

À querida Professora e Orientadora Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga, pelo exemplo de dedicação, empenho e pela enorme atenção dispensada ao desenvolvimento deste trabalho. Agradecimento este que estendo a sua família, pelo carinho e acolhimento durante todo o percurso acadêmico.

Aos professores Carlos Eduardo de Abreu Boucault, Juliana Pressotto, Murilo Gaspardo e Soraya Lunardi, com quem tive prazer de aprender durante o curso.

Aos colegas do curso de Curso de Pós-graduação em Direito Stricto Sensu da UNESP/Franca, pela companhia durante todo esse caminho, em especial Eduardo Salomão, Hélio Veiga Jr. e Stefania Medes e Paula Gonçalves Alves.

À inigualável e carismática amiga bibliotecária Laura, cuja ajuda foi imprescindível para a conclusão deste trabalho.

Aos colegas professores do Centro Universitário do Norte Paulista (UNORP – São José do Rio Preto) por dividirem comigo as experiências da vida acadêmica, Alessandro Tadeo Haggi, Carla Patrícia Ferreira Isidoro, Marcelo Cristiano Pendeza, Georgina Maria Thomé, Patrícia Thomé Ribeiro, Antônio Alberto Lemos, Sonia Maria Guimarães, Fabiana Maria Mardegan, Cristiano de Castro Jarreta Coelho, e em especial a Professora e Coordenadora do curso de Direito, Rosimeire Ravazi Ayer.

Aos queridos amigos que a Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie me apresentou, pelos inesquecíveis anos que vivemos aventuras e desaventuras típicas de jovens estudantes da ciência jurídica.

Aos colegas do curso de pós-graduação em Direito Empresarial da Fundação Getúlio Vargas – Gvlaw/SP, pela companhia na busca do crescimento profissional e acadêmico.

Por fim, aos eternos amigos – quiçá irmãos – que a vida nos presenteia, pela presença, suporte e inspiração.

*“O mais nobre é a justiça e o mais desejável é a saúde;
mas o que de mais doce há
é encontrar o que se ama.”*

Epigrama de Delos

OLIVEIRA, Pedro Bellentani Quintino de. **Os arranjos familiares e as técnicas de reprodução assistida**: um novo direito de família que se aproxima. 2016. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016.

RESUMO

Em que pese a tradição e os costumes inerentes ao Direito de Família, tal instituição jurídica passa por um momento peculiar em sua história contemporânea, marcada pela incessante evolução tecnológica, acompanhada das transformações sociais e culturais da sociedade. O instituto da família, então, encontra-se diante de uma necessidade de adaptação social, sem perder sua importante função como base de qualquer sociedade. Neste aspecto, destacam-se os arranjos familiares oriundos das técnicas de reprodução assistida, que trouxeram novos horizontes ao Direito de Família, apresentando um novo significado às questões que envolvem paternidade e maternidade. A ciência, aliada à biotecnologia e à bioética, mostrou ao Direito sua capacidade de procriação artificial que, por meio da fertilização *in vitro*, da inseminação artificial e de situações decorrentes, é capaz de dar origem a distintas formas de família, atendendo os anseios de homens e mulheres de toda sorte. O Direito, por sua vez, se vê na responsabilidade de acompanhar a evolução tecnológica e dar à sociedade uma resposta adequada e satisfatória. Para tanto, destaca-se a figura do Estado como gestor social incumbido de garantir os direitos fundamentais dos membros de uma família, independentemente de seu arranjo, conforme preconiza a própria Constituição Federal de 1988. Nessa senda, atenta-se para a necessidade de políticas públicas no sentido de conscientizar e instruir a população quanto às técnicas de procriação, entre elas a reprodução assistida. Por outro lado, observa-se a inércia do Poder Legislativo, demonstrando certo receio de colocar em pauta tema tão incandescente. Tem-se, portanto, que os arranjos familiares decorrentes de técnicas de reprodução assistida serão responsáveis pela criação de novas situações jurídicas, que até o momento carecem de regulamentação.

Palavras-chave: direito de família. reprodução assistida. direitos fundamentais. biodireito. políticas públicas.

OLIVEIRA, Pedro Bellentani Quintino de. **Os arranjos familiares e as técnicas de reprodução assistida**: um novo direito de família que se aproxima. 2016. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2016.

ABSTRACT

Despite the tradition and customs inherent in family law, this legal institution undergoes a peculiar time in its contemporary history, marked by constant technological change, accompanied by social and cultural changes in society. The Family institution, then, is facing a need for social adaptation, without losing its important role as the basis of any society. Here, we highlight the new family arrangements arising from the assisted reproductive techniques, which brought new horizons to family law, with a new meaning to the issues surrounding parenthood. Science, together with the biotechnology and bioethics, has shown the law its artificial procreation ability, through in vitro fertilization, artificial insemination and arising situations is capable of lead to different forms of family, given the concerns of men and women of all sorts. The law, in its turn, is seen in the responsibility to monitor technological developments and give the society an adequate and satisfactory answer. Therefore, stands out the State figure as social manager responsible for guaranteeing the fundamental rights of members of a family, regardless of their arrangement, as recommended by the very Constitution of 1988. In that way, aware to the need for public policies to raise awareness and educate the population about the reproduction techniques, including assisted reproduction. On the other hand, there is the inertia of the Legislative Power demonstrating some concern to put on the agenda this incandescent subject. Therefore, the new family arrangements resulting from assisted reproduction techniques will be responsible for creating new legal situations, which so far lack of regulation.

Keywords: family law. assisted reproduction. fundamental rights. biolaw. public policies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
 CAPÍTULO 1 DO INSTITUTO DA FAMÍLIA	14
1.1 Compreensão da Família na história	14
1.2 A Família e o Direito	17
1.3 Aspectos contemporâneos	22
1.4 Novos horizontes	28
 CAPÍTULO 2 BIOÉTICA E BIODIREITO	32
2.1 Conceitos	32
2.2 Da reprodução humana assistida	35
2.3 Contextualização jurídica e legislativa	41
 CAPÍTULO 3 DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA	48
3.1 Da Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina	48
3.2 Fertilização <i>in vitro</i>	52
3.3 Inseminação artificial	55
3.4 Situações decorrentes	59
3.4.1 Seleção Genética	59
3.4.2 Relações homoafetivas	62
3.4.3 Ovodoação	64
3.4.4 Gestação por substituição	66
3.4.5 Caso <i>Tracy Langondino/Thomas Beatie</i>	67
 CAPÍTULO 4 DO PODER PÚBLICO E O INSTITUTO DA FAMÍLIA	69
4.1 Da responsabilidade do Poder Público	69
4.2 Do direito à procriação	73
4.3 Do planejamento familiar e da parentalidade responsável	77
4.4 Das políticas públicas	82
 CAPÍTULO 5 A FAMÍLIA MODERNA	88
5.1 Do panorama atual: a Família moderna	88
5.2 Do afeto como vínculo familiar	92

5.3 A biotecnologia e a Família	95
5.4 Um novo Direito de Família	100
 CONCLUSÃO	 105
 REFERÊNCIAS.....	 108

INTRODUÇÃO

A família, desde sua concepção, apresenta-se como pilar fundamental de toda sociedade, responsável pela criação e promoção dos valores do homem. A história, por sua vez, permite analisar o instituto da família em suas mais diversas roupagens, desde seu início intimamente relacionado ao direito romano, até os dias atuais. Assim, a compreensão da família passa de geração em geração, mostrando-se mutável, mas ao mesmo tempo buscando preservar seu importante papel dentro da sociedade.

O Direito, então, toma para si a responsabilidade de regulamentar o instituto da família, tendo por base as raízes do direito romano. Nasce, nesse momento, o Direito de Família em sua acepção jurídica, regulamentado por normas legais e positivado em Códigos de Lei.

Neste aspecto, observa-se a família contemporânea sob a ótica social, percorrendo questões culturais, sociais e religiosas que influenciaram na personificação da família como ela atualmente se encontra.

Por outro lado, sob a ótica jurídica, verifica-se um instituto que deixou de ser enraizado nas tradições culturais, apresentando-se mais flexível, obrigando o direito a proteger a nova família por meio de seus instrumentos legais.

Acompanhando tal evolução, encontra-se a ciência e a biotecnologia que, aliadas à bioética e ao biodireito, apresentam novos horizontes a partir das técnicas de reprodução assistida, permitindo, assim, a formação de novos arranjos familiares. Têm-se, portanto, diversos métodos científicos à disposição do homem que deseja procriar e formar uma família, como a fertilização *in vitro*, a inseminação artificial e as demais situações decorrentes.

Contudo, apesar do progresso da ciência, pode-se verificar certa carência no que diz respeito à regulamentação jurídica desses procedimentos. Sua normatização, atualmente, encontra-se restrita aos órgãos da classe médica, como o Conselho Federal de Medicina, que por meio de suas Resoluções busca regulamentar a prática da reprodução assistida.

Nessa direção, diante da relevância social do tema, o Poder Público tem a obrigação de assumir a responsabilidade de garantir à sociedade o acesso à informação relativa às práticas existentes de reprodução assistida, de forma a instruir e orientar a população sobre o direito à procriação. Para tanto, adentra-se

nas esferas do planejamento familiar e da paternidade e maternidade responsável como formas de conscientização popular, utilizando-se o Estado das políticas públicas como um meio adequado para se alcançar tal objetivo.

Portanto, diante deste cenário onde impera a evolução da biotecnociência em prol da sociedade, viabilizando a formação dos mais diversos arranjos familiares, o instituto da família se encontra em um momento de transição cultural, social e ética e, em razão disso, necessita da proteção integral do Estado, bem como de uma regulamentação jurídica que lhe garanta a devida segurança para que o homem possa realizar seus objetivos de procriação.

O tema foi escolhido por se apresentar como um fenômeno social com nítido interesse jurídico nas áreas constitucional e cível que irão fornecer a base do instituto da família, como na bioética e no biodireito, responsáveis pelos aspectos éticos da vida do indivíduo, que passa a ser uma referência em si mesmo e ganha projeção no seu mundo exterior.

A sociedade experimenta uma revolução reprodutiva. As tecnologias de reprodução assistida não irão simplesmente transformar a maneira pela qual o homem forma uma família. Mais fundamentalmente, é capaz de transformar a nossa própria compreensão do termo "família".

Assim, as novas tecnologias reprodutivas nos obrigam a repensar o próprio conceito de família, onde não mais se impera o modelo patriarcal e a tradicional regra do direito romano de que a maternidade é sempre certa (*maternitas certa est*). À medida que os padrões tradicionais são superados é preciso distinguir as novas questões éticas e conceituais, apontando para os novos rumos do Direito de Família.

Nesse sentido, o biodireito vem a ser o mecanismo regulador dos avanços científicos, com o objetivo especial de proteger a segurança da vida e da saúde, abrangendo aqui a vida humana, animal e vegetal. É o direito à vida, em sua forma mais ampla.

Destaca-se, ainda, que a reprodução assistida ao mesmo tempo em que é defendida como uma afirmação da vida e de amor por seus proponentes, também passa a ser denunciada como antiética por seus detratores, principalmente por se tratar de um produto de escolhas sociais, em que prevalece o domínio do mercado em detrimento do afeto familiar.

Nesse embate ético, o Poder Judiciário, por meio de seus mecanismos provenientes do Direito, deverá buscar a melhor adequação social da questão, em

consonância com o Poder Legislativo na criação e elaboração de leis, e também com o Poder Executivo na instituição de políticas públicas. O objetivo, ao final, vem a ser a proteção integral do instituto da família, independentemente de sua organização, conforme preconizado constitucionalmente.

A pesquisa é de alta relevância jurídica, em razão da produção de dividendos acadêmicos significativos, pois abrangerá institutos tanto da área do Direito de Família e Constitucional, responsáveis pela delimitação e abrangência do instituto da família, como na área do Biodireito e da Bioética, responsáveis pelos ditames éticos e morais do homem em sua plenitude.

De um lado propõe-se o estudo mais apurado da atuação situação jurídica em que se encontra o instituto da família, analisando, para tanto, a evolução do atual cenário social em seus aspectos culturais, éticos, religiosos e morais. De outro, em razão das inovações da biotecnociência, será dado enfoque à reprodução assistida como forma de constituição de diferentes arranjos familiares.

A pesquisa permitirá, assim, uma incursão nas áreas do Direito e da Bioética, essa como indispensável *ancilla scientiae*, com a finalidade de apontar a necessidade de proteção ao instituto da família, tendo em vista os avanços da tecnologia científica, no que diz respeito à reprodução assistida, e também à evolução da sociedade no tocante às barreiras culturais e tradicionais que são superadas em prol de uma comunidade mais permissível e flexível.

A pesquisa é um estudo reflexivo e crítico que tem por finalidade a busca por respostas para problemas ainda não solucionados. O projeto em questão fará uma abordagem dedutivo-bibliográfica referente ao tema e seus reflexos na sociedade. Para tanto, será realizado essencialmente no campo teórico, fazendo uso de resultados empíricos obtidos pelo estudo de diversos materiais de jûris-filósofos, pesquisadores, doutrinadores, entre outros.

Os processos metodológicos utilizados serão os seguintes: o metodológico dogmático-jurídico, o histórico, o dialético e o processo comparativo. O método dogmático-jurídico é fundamental à natureza positiva do Direito, sendo a base para se desvendar a legalidade da matéria estudada. O processo histórico auxiliará na compreensão da problemática atual que envolve o instituto da família e suas novas configurações, considerando, para tanto, as diferentes técnicas de reprodução assistida como forma de constituir uma família. O processo dialético será responsável por analisar as diferentes interpretações relacionadas aos arranjos

familiares, envolvendo seus aspectos éticos, morais, jurídicos e filosóficos. O processo comparativo será utilizado para confrontar o sistema jurídico brasileiro com outros sistemas, comparando as diferentes formas de se estudar a temática ora abordada. O material bibliográfico será devidamente elencado no tópico Bibliografia deste projeto de pesquisa.

O projeto apresentado observará os critérios de seleção, localização e relevância acadêmica das fontes utilizadas. A pesquisa reunirá também material bibliográfico e documental das legislações nacionais e internacionais relativas à problemática.

CAPÍTULO 1 DO INSTITUTO DA FAMÍLIA

1.1 Compreensão da Família na História

A família é o núcleo da civilização e o berço de toda sociedade. Trata-se de uma célula indispensável na formação do ser vivo dentro de seu habitat natural, cercado por seus semelhantes de ordem racional. Da singularidade à coletividade, de uma sociedade simples à complexidade dos dias atuais, a origem de todo o processo social-evolutivo do homem se deu em razão de sua associação.

Em uma visão natural, o homem faz parte de um todo somente quando aliado a seus pares. Isto é, por natureza, o homem busca em seus semelhantes não somente o seu reflexo, mas também a segurança de não se ver isolado.

Daí que a associação, desde a sua origem, vem transformando o homem em um ser cada vez mais protegido, abraçado pelos seus iguais, tendo a racionalidade como o instrumento necessário para o desenvolvimento de sua própria espécie que, apesar das intempéries da história, e graças ao seu espírito coletivo, pode prosperar e alcançar voos até então inimagináveis.

A reunião desses indivíduos, então organizados e regulados por um impulso associativo, com necessidades comuns, tais como a sobrevivência e a procriação, em um primeiro momento, dá origem à sociedade.

Numa outra leitura, Fustel de Coulanges assinala que tal associação se deu principalmente por questões religiosas, afirmando que:

O que unia os membros da família antiga era algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física: e esse poder se encontra na religião do lar e dos antepassados. A religião fez com que a família formasse um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga seria, pois, uma associação religiosa, mais que associação natural.¹

Os jusfilósofos da tradicional corrente naturalista, ou da teoria da sociedade natural, afirmavam que a “[...] sociedade é o produto da conjugação de um simples impulso associativo natural e da cooperação da vontade humana.”² Isto é, a associação seria um fato natural, inerente do próprio homem.

¹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. tradução de Jean Meuville. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 45.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 22.

Sobre o tema, Aristóteles lecionava que o homem é naturalmente um animal político, dotado de razão, e a sua associação não seria mero instinto, como os animais irracionais.³

Na mesma corrente, Dallari lembra passagem de Cícero, em que afirmava que a espécie humana não havia nascido para o isolamento:

A primeira causa da agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inatos; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, o leva a procurar o apoio comum.⁴

Por fim, assevera que “[...] reafirma-se, portanto, a existência de fatores naturais determinando que o homem procure a permanente associação com os outros homens, como forma normal de vida.”⁵

Por outro lado, tem-se nos contratualistas, representados por Thomas Hobbes e Rousseau, uma visão mais cética dos homens, enquadrando-os como um ser-social, ligados tão somente por um acordo de vontades e pelo temor ao castigo, desprezando qualquer característica inerente à sua natureza.

Na literatura clássica também é possível notarmos o caráter associativo do homem, seja natural ou contratual. Na obra vencedora Prêmio Nobel de Literatura de 1983, “O Senhor das Moscas” (*Lord of the flies*), o autor William Golding retrata um cenário em que crianças inglesas são sobreviventes de um acidente aéreo que ocorre em uma ilha deserta. Lá, desprovidos de qualquer regra social e sem adultos para direcionar os seus comportamentos, os garotos devem se unir para conseguirem sobreviver até o resgate. Para tanto, iniciam a trama elegendo um líder que tem a função de trazer ordem social, ainda que primitiva, delegando tarefas e estabelecendo responsabilidades para seus membros. Daí, aspectos políticos, filosóficos e humanos tomam conta do enredo que tece uma crítica ao espírito humano e sua condição como homem social.⁶

Observamos, contudo, que o clássico romance inglês não está distante da realidade, uma vez que traça o paralelo entre as necessidades humanas e a sua

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 22.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ GOLDING, William. **O Senhor das moscas**. Tradução de Geraldo Galvão Ferraz. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2003.

consequente associação com a finalidade de se organizar para alcançar um bem comum, no caso, a luta pela sobrevivência. Deste modo, estamos diante de um modelo primitivo de sociedade que, apesar de fictício, aproxima-se da realidade.

Em um momento seguinte, essa sociedade se dilata e dá início a um novo processo de organização. Devido à própria natureza morfológica do homem, que carrega em si o instinto reprodutivo, as associações passam a aumentar quantitativamente, muito em razão do elemento procriativo de sua própria espécie.

Assim, a criação de um Estado se torna inevitável, como forma de melhor organizar as novas e complexas relações entre os homens.

A primeira forma de Estado a que somos remetidos ao adentrar o campo da história é o Estado Antigo, no qual as relações familiares e religiosas se confundiam na organização do próprio Estado.

Nessa esteira, no instante em que antecede a criação do Estado e da própria sociedade, o homem, em seu instinto associativo, já buscava ir além da mera associação, dando início a um processo de organização das relações ali existentes.

Essa transição da célula familiar para o início de uma célula social pode ser ilustrada em passagem de Samuel Pufendorf:

É tido como manifesto que a humanidade toda nunca esteve universalmente e ao mesmo tempo no antigo Estado Natural; pois os filhos foram gerados e nascidos *protoplastas*, ou primeiros Homens e Mulheres criados (de quem a raça humana toda deriva sua origem, como nos dizem as Sagradas Escrituras), estavam sujeitos à Autoridade Paterna. Apenas que esse Estado Natural surgiu em seguida entre alguns povos; pois os Homens a princípio, a fim de se distribuírem por esse vasto Mundo, e para que pudessem encontrar para si mesmos e seu gado habitações mais espaçosas, deixaram as Famílias de seus pais e, vagando por várias regiões, praticamente cada Homem isolado tornou-se pai de sua própria família; e sua posteridade novamente se dispersando, aquele Elo peculiar de parentesco e as afeições naturais daí originárias pouco a pouco se extinguiram, e nenhuma outra obrigação permaneceu, senão aquela comum, resultante da semelhança de suas naturezas: Até que mais tarde, quando a Humanidade se havia enormemente multiplicado, e tendo observado as muitas inconveniências daquele modo solto de viver, os habitantes de lugares próximos uns dos outros aos poucos se uniram em Comunidades, que a princípio eram pequenas, mas logo cresciam pela conjunção ou voluntária ou forçada de muitos que eram mais humildes. E, entre essas comunidades, o Estado de Natureza ainda é encontrado, não tendo eles obrigações uns para com os outros, senão pelo laço comum de Humanidade.⁷

⁷ PUFENDORF, Samuel Von. **Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural**. Tradução de Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbook, 2007. p. 254.

Deste modo, tem-se que a sociedade embrionária já carregava as primeiras famílias, uma vez que os vínculos que ligavam os homens ainda permanecem em uma célula familiar moderna. Isto é, os objetivos de sobrevivência, proteção, afeto, alimentação e reprodução, tão naturais do homem, são os elementos que preenchem essa célula viva até os dias atuais.

Nesse sentido, ensina a professora Maria Alice Zaratin Lotufo:

Entre as grandes instituições, a família é a mais antiga, não se podendo precisar a sua origem, mas podendo-se afirmar que, sob o aspecto sociológico, a sua formação é cultural, resultando de comportamentos, hábitos e valores próprios dos componentes do grupo, em um determinado tempo e em um certo espaço.⁸

Assim, chega-se a uma síntese, ou breve conclusão, de que o instituto da família se remonta à antiguidade do homem, precedendo a própria formação do Estado, ou mais, funciona como célula embrionária do Estado, que nada mais é senão o fruto da composição de diversas unidades familiares ao longo da história.

1.2 A Família e o Direito

As relações intrafamiliares são, em um primeiro momento, reguladas na esfera privada, e não na esfera pública. O Estado vai estabelecer normas, dentro de seu arcabouço jurídico, que servirão como suporte legal para a constituição da família, mas a sua gestão ainda fica sob a responsabilidade de seus próprios membros.

Assim como a sociedade é uma célula do Estado, fazendo jus a regras impostas pelo Direito Público para regulamentar as relações sociais, podemos afirmar que, em visão microscópica, a família é uma célula da sociedade e, portanto, também faz jus a um regramento, seja de caráter privado ou público.

No caráter privado, tem-se que as pessoas que a compõe possuem autonomia para determinar sua própria composição, bem como seus interesses privados. Remonta-se aqui à família antiga, desde sua formação no Estado Antigo, que é organizada e liderada pelo *pater familias*, dentro de uma sociedade patriarcal, onde a figura do homem se confunde com a do chefe de família.

⁸ LOTUFO, Maria Alice Zaratin. **O Código civil e as entidades familiares**: temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do código civil. Coordenação de Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2008. p. 572.

Nesse momento, a família, que até então era tão somente objeto de estudo e interpretação, passa a ser objeto de direito.

A partir da leitura de Pufendorf, é possível notar a influência do Direito Natural como instrumento instintivo das relações familiares. Não se falava de um direito positivado, ou de uma instituição propriamente dita, mas sim de leis naturais como ordem nas famílias primitivas. Vejamos:

Do matrimônio procede posteridade, que está sujeita ao Poder Paterno, o mais antigo e mais sagrado tipo de autoridade, pelo qual os filhos são obrigados a reverenciar seus pais, obedecer suas ordens e reconhecer sua primazia.⁹

Nessa senda, continua o autor, a autoridade do chefe de família se assemelhava em muito com o poder dos líderes da própria sociedade:

Patriarcas, ou Chefes de Famílias independentes, antes de se unirem em comunidades, agiam, em muitos casos, à maneira de Príncipes, em suas casas. De modo que sua prole, que continuava a ser uma parte de suas famílias, prestava a mais solene veneração à autoridade deles. Mais tarde, porém, essa Realeza em Família (bem como alguns outros Direitos particulares) foi moderada, para benefício e ordem das comunidades; e em alguns lugares mais, em outros menos, Poder restava aos pais.¹⁰

Conclui o autor afirmando que esse direito, apesar de não positivado, era legitimado pelo direito natural, isto é, do homem enquanto criatura sociável:

Primeira, porque o próprio Direito Natural, quando o Homem foi feito como uma criatura sociável, impôs aos pais o cuidado de seus filhos; e, para que eles não fossem negligentes nisso, a Natureza implantou neles uma Afeição extremamente solícita por sua prole. Ora, para que esse cuidado possa ser corretamente gerido, é essencial que eles tenham o poder de pôr ordem nas ações de seus filhos, para o bem deles; porque estes, por enquanto, não entendem, por falta de critério, como se dirigir.¹¹

A visão trazida por Pufendorf retrata, talvez, um primeiro contato do Direito com as relações familiares, surgindo de modo natural, espontâneo e instintivo, colocando o patriarca como a figura de protagonista do núcleo familiar.

⁹ PUFENDORF, Samuel Von. **Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural**. Tradução de Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbook, 2007. p. 269.

¹⁰ Ibid., p. 272.

¹¹ Ibid., p. 269.

Agora, a relação entre Direito e Família merece maior atenção em Roma, berço responsável por balizar juridicamente as figuras do *pater familias* e da religião como elementos da sociedade. A família, como primeira célula de organização social, conheceu diversas formas e passou a ser objeto de direito com o *ius romanum*.

O autor italiano Francesco Carnelutti, em sua clássica obra “A Arte do Direito”, expõe a importância do direito como fator de subsistência do Estado e da família:

Mas bem convém observar o Estado em suas formas microscópicas, quer dizer em formas originárias, de onde saiu sua vida. Esta forma microscópica e originária do Estado chama-se família. E a família romana era verdadeiramente um Estado em miniatura: por que não dizer a semente do Estado? O *pater familias* nos apresenta a figura, melhor que de um pai, de um chefe; muito menos o poder geral que o poder jurídico, na sua forma mais rigorosa, como *ius vitae et necis*, em seu caráter. Então, direis, se no poder jurídico está o caráter verdadeiro da família, há aqui também direito; e o arco da família necessita de armação.¹²

Em sua obra, Carnelutti apresenta um conceito de direito como uma arte imprescindível para a subsistência do Estado e da família ao traçar um paralelo deste com a família romana, afirmando que o direito seria a armadura que garantia o sustento de ambas as instituições. O direito seria, então, um instrumento de coesão essencial para a existência das famílias.

Foi precisamente em Roma que o pátrio poder evolui significativamente, estreitando seus laços com um direito autoritário ao enaltecer o princípio da autoridade na figura de um *pater familias*, que concentrava em si as funções econômicas, religiosas e políticas da sua família.

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira leciona:

O *pater*, era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comanda, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu maritum*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio perpétua* que se justificava *propter sexus infirmitatem et*

¹² CARNELUTTI, Francesco. **A arte do direito**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 16-17.

ignoratiam rerum forensium. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido.¹³

O poder, portanto, era exercido de forma exclusiva pelo *pater*, sendo o único no núcleo familiar a gozar de status *sui iuris*, que lhe dava autoridade plena perante os demais membros da família, tidos como seus subordinados. Assim ensina Moreira Alves, em sua clássica obra sobre Direito Romano:

Para ser considerado *sui iuris* a pessoa tinha que ser livre, cidadão romano e não estar sujeito a nenhum *pater familias*. O *status* familiar era, portanto, um elemento para a aferição da capacidade. Na família há duas categorias de pessoas: a) o chefe absoluto – o *pater familias* (pessoa *sui iuris*, isto é independente), que é aquele que não tem na linha masculina, ascendente vivo a que esteja sujeito; e b) as pessoas a ele descendentes (inclusive adotivos) e mulheres.¹⁴

No período pós-romano, ao adentrar na Idade Média, a religião passa a ter maior influência no instituto da família, principalmente no que diz respeito ao caráter sacramental do casamento.

Nesse momento de transição, a Igreja Católica Apostólica Romana, por meio do Direito Canônico, assume a responsabilidade de regulamentar a instituição das famílias. A partir daí, as famílias passam a ser instituídas por meio de cerimônia religiosa, sob um rigoroso regime da Igreja, conforme ensina Venosa:

O direito de família canônico era constituído por normas imperativas, inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do monarca. Era constituído por cânones, regras de convivência impostas aos membros de família e sancionadas com penalidade rigorosa.¹⁵

Acompanhando a evolução do direito da família na história e por ela sendo influenciada e moldada, a união familiar assim se perpetua no tempo, de forma reiterada e cíclica. Quando no início, de um eventual direito natural que impunha aos homens seu regramento, tendo no *pater familias* sua representação de poder. Com a evolução do homem e desenvolvimento das sociedades, seus institutos também evoluíram e ganharam maior complexidade e regramento.

Aos poucos, a família ganhava novos contornos e novas regras, evoluindo seus conceitos de matrimônio, de divórcio, sucessão, até que surge a necessidade

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 28.

¹⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. t. 2. p. 294.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 6. p. 9.

de um regramento positivado, de essência pública, tendo no espírito da lei seus reflexos daquele momento histórico, destacando-se a importante função da história do Direito, conforme ensinado por Maximiliano:

Cumpra verificar o desenvolvimento que tiveram no passado os institutos jurídicos, e também a sua evolução contemporânea, dentro e fora do país; toda a elaboração do Direito Positivo, as suas tendências recentes, os seus objetivos; os resultados obtidos pelos processos modernos de pesquisa da verdade, as regras, os métodos e os sistemas que melhor se adaptam ao progresso social e contribuem para o labor tranquilo do homem, isolado ou em coletividade.¹⁶

É precisamente esse Direito, de berço romano, atento ao fator histórico, que irá regular e estruturar as relações familiares por meio de seus instrumentos legais.

Atente-se, contudo, que a regulação se dará de acordo com os costumes e tradições que imperam em determinada sociedade. A mutabilidade do instituto da família se correlaciona diretamente com a mutabilidade da própria sociedade, que traça suas características e identidade de acordo com o momento. Nesse sentido, Maria Berenice Dias afirma:

A própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar. A sociedade, em determinado momento histórico, institui o casamento como regra de conduta. Essa foi a forma encontrada para impor limites ao homem, ser desejante que, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto. É por isso que o desenvolvimento da civilização impõe restrições à total liberdade, e a lei jurídica exige que ninguém fuja dessas restrições.¹⁷

Desde então, ao trazer as relações familiares para o universo jurídico, o Direito passa a acompanhar a evolução da família, buscando os instrumentos adequados para garantir a efetivação de seus direitos e garantias, respeitando os valores momentâneos de cada sociedade.

A jurisprudência pátria retrata de forma límpida essa função do direito perante a evolução da sociedade e sua responsabilidade de se adaptar às necessidades humanas, lembrando que o direito é mutável, assim como os valores carregados pelo homem. Vejamos:

¹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 113.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 23.

O direito existe para pacificar e disciplinar a vida em sociedade e, por outro lado, tem de espelhar as necessidades dessa sociedade. É normatização da conduta humana, com vistas à garantia da vida em sociedade. Os valores do Direito não são criados abstratamente, representam a expressão da vontade social. Logo, o Direito não está à disposição de conceitos eternos, imutáveis. Ao revés, tem de se adaptar aos avanços da sociedade. (Processo 0060258-43.2015.8.19.0002. Relator: Marcio Quintes Goncalves).¹⁸

No Brasil, é com a Constituição Federal (CF) de 1988 que vislumbramos as conquistas e a consagração do Direito de Família no que diz respeito à igualdade e dignidade entre os indivíduos em uma relação familiar ou similar, refletindo os valores e as preocupações da atual sociedade. Nesse sentido, Facchin ensina:

Marido e mulher, mesmos direitos e deveres. Filhos tidos dentro do casamento, mesmos direitos e deveres que os tidos fora do casamento. Assim opera a Constituição de 1988. Tendência de "constitucionalização" do Direito de Família, fruto recente. A Constituição de 1824 tratava somente da família imperial, e proclamada a República, a Constituição trazia um dispositivo sobre a matéria, tentando operar uma separação entre o poder da Igreja e o poder do Estado, e até a Constituição Federal de 1988, a lei fundamental da família era o Código Civil brasileiro. Em 1988, há uma guinada fundamental, a legislação infraconstitucional acaba sendo recolhida, no plano dos princípios básicos, pelo capítulo da família na Constituição Federal. Na incompatibilidade, não há recepção por inconstitucionalidade superveniente.¹⁹

E assim permanece o relacionamento entre Direito e família até os dias atuais, onde temos relações familiares cada vez mais complexas e um sistema jurídico orientado a garantir a inclusão de todas as configurações familiares, a fim de resguardar os direitos não só da célula *mater*, mas também da individualidade de cada membro.

1.3 Aspectos contemporâneos

Após breve introdução histórica, com alguns apontamentos acerca da evolução do instituto da família, chega-se ao momento presente, que nada mais é senão a continuidade da história traçada.

¹⁸ RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 35-37.

De forma magistral, assim leciona Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga:

Historicamente, a noção de família legítima, ficou pautada nas relações matrimonializadas, onde o destaque hierárquico era conferido ao homem. As tarefas entre homem e mulheres eram bem definidas, não havendo pontos em comum. Ao homem era conferido a incumbência de gerir e prover a família; a mulher, as tarefas domésticas, como cuidar da casa e das crianças. A Constituição Federal trouxe como epicentro, a Dignidade da pessoa humana, ampliou o leque de entidades familiares, ultrapassando o estigma unitário das famílias matrimonializadas, trouxe o a repersonalização e despatrimonialização das relações familiares.²⁰

O processo evolutivo encontra-se em constante movimento, exigindo do homem a capacidade de buscar a adequação dentro de seu modelo de sociedade. Apesar de se tratar de um instituto tradicional, a família também está sujeito a alterações e, por tal razão, o Direito de Família se torna a ferramenta disponível para buscar a sua proteção necessária.

As relações familiares passaram a ser reguladas pelo Direito a partir do momento em que foram se tornando mais complexas. Era preciso, portanto, leis e regras que ditassem a melhor justiça, de acordo com os valores, costumes e princípios regentes daquela sociedade. Isto é, o conceito e a finalidade do instituto da família foram se modificando ao longo dos anos, mostrando-se a necessidade de buscar sempre a melhor adequação àquela civilização.

Com a evolução da sociedade novos parâmetros emergem, exigindo que a lei e o direito cumpram o seu objetivo maior, qual seja, regulamentar as relações que surgem destes constantes movimentos sociais, acompanhando-lhes as mudanças.

Atualmente, é possível identificar um Direito de Família que caminha juntamente com os Direitos Humanos, isto porque, quando se fala em igualdade nas relações familiares, é preciso lembrar que tais conquistas são frutos de lutas que perduraram por muito tempo durante a história.

A própria figura do homem, tido como um verdadeiro imperador no âmbito doméstico, passou a ceder seu espaço e dividir suas responsabilidades matrimoniais com sua companheira. A mulher e mãe, portanto, aos poucos, foi conquistando seus

²⁰ ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. A responsabilidade civil em face do abandono afetivo e a problemática do quantum indenizatório. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 5, n. 1, p. 244, 2012. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/165/113>>. Acesso em: 2016.

direitos de participar não somente das relações domésticas, mas também incutindo-se na sociedade como um todo.

Com isso, destaca-se a evolução do papel da mulher no seio familiar, passando a dividir direitos e deveres com o homem na constância do matrimônio, bem como a responsabilidade na criação dos filhos que passa a ser conjunta dos pais. Tal evolução, contudo, fora amparada por leis que objetivavam garantir à mulher maior participação na família e na própria sociedade, como o Estatuto da Mulher Casada²¹, a Lei do Divórcio²² e, mais recente, a Constituição Federal²³, o Código Civil de 2002²⁴, o Estatuto da Criança e do Adolescente²⁵ e também a Lei da Guarda Compartilhada²⁶.

Daí, mister lembrar, a consagração do princípio do poder familiar, que vem substituir o pátrio poder. Isto porque, a expressão poder familiar vem a ser a mais adequada na relação conjugal moderna, em observância a igualdade do homem e da mulher.

Do mesmo modo, não era mais possível consolidar somente o instituto do casamento como a única forma de constituir uma família. A ideia de casamento indissolúvel, o chefe de família patriarca, a mulher como auxiliar e a caracterização de filhos legítimos e ilegítimos são termos que foram extintos do direito de família. Com os laços entre os homens cada vez complexos, surgiram outras formas de família que não poderiam ser omitidas pelo ordenamento jurídico.

²¹ BRASIL. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Estatuto da Mulher Casada. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 set. 1962. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4121-27-agosto-1962-353846-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

²² Id. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 dez. 1977. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6515-26-dezembro-1977-366540-norma-pl.html>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

²³ Id. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

²⁴ Id. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

²⁵ Id. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 3 abr. 2016.

²⁶ Id. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão "guarda compartilhada" e dispor sobre sua aplicação. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 de dez. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 3 abr. 2016.

Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira diz que a “[...] família hoje é plural, aberta, fraterna, solidária, menos hierarquizada, menos patrimonializada, mais autêntica e mais verdadeira”²⁷, e, por tal razão, não se pode conceder proteção somente à antiga relação singular, em extinção na sociedade moderna.

É nesse caminhar que a Constituição Federal de 1988 se encontra. Diante de tais transformações, foi precisa a sua captação dos novos valores e princípios que vigoravam na sociedade, em especial nas relações familiares. Destaca-se a atenção especial dada à dignidade da pessoa humana, como valor e princípio vetor das relações humanas, colocando o homem acima de qualquer instituição por ele definida. Assim, passa-se a reconhecer a família como uma entidade plural, admitindo outras formas de constituição, e garantindo maior igualdade entre homens e mulheres.

Tal transformação coloca o Direito de Família ao lado dos Direitos Humanos

Trata-se de princípio que assegura à pessoa humana o respeito aos seus vínculos mais caros, constituindo a base da comunidade familiar, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros.²⁸

Assim, com a Constituição Federal de 1988, a identificação da família moderna vem atrelada aos vínculos afetivos que originaram a sua formação. Basta verificar a jurisprudência pátria que, atenta à sociedade de seu tempo, vem consolidando o entendimento de que do Direito de Família moderno não é somente uma regra de direito, mas, além disso, busca no âmago das relações sociais garantir a dignidade da pessoa humana.

O Direito das Famílias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda transformação. O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo, o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Além de alargar o conceito de família para além do casamento, foi derogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais. A Constituição Federal, ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, vincou um

²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Desrespeitar diferentes formas de família não é cristão nem ético. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-07/processo-familiar-desrespeitar-diferentes-formas-familia-nao-cristao-nem-etico>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

²⁸ CARVALHO, Dimas Messias. **Direito civil: direito de família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 13.

novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos. Cabe referir, por necessário, que esse entendimento - no sentido de que o afeto representa um dos fundamentos mais significativos da família moderna, qualificando-se, para além de sua dimensão ética, como valor jurídico impregnado de perfil constitucional.²⁹

Vigora, portanto, na civilização contemporânea, a primazia do afeto nas relações familiares, como elemento imprescindível e incontestável para a constituição de uma entidade familiar. É precisamente este entendimento que, com o passar do tempo, foi se consolidando em nossa doutrina, senão vejamos:

Sem afeto não se pode dizer que há família. Ou, onde falta o afeto, a família é uma desordem, ou mesmo uma desestrutura. O afeto ganhou status de valor jurídico e, conseqüentemente foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis. Afinal, o desejo e o amor são o esteio do laço conjugal e parental. [...] Quando não há mais comunhão de vida e de afeto, não se justifica a manutenção da conjugalidade.³⁰

Portanto, a Constituição Federal de 1988 deu início ao processo de flexibilização das relações familiares ao abraçar novas formas de constituição de família, incorporando, desta forma, o princípio do pluralismo familiar em seu bojo.

Sob este princípio, Dimas Messias de Carvalho lembra que “[...] a Constituição da República considera família não apenas a família matrimonial, mas também as constituídas pela união estável entre o homem e a mulher e as monoparentais, formadas por apenas um dos pais e seus descendentes.”³¹

Em um primeiro momento, pode-se observar no art. 226 que, em seus §§1º e §2º³², trazem disposições acerca do casamento como forma de constituir uma família. Trata-se, aqui, da família tradicional, originada do casamento, composta pelo pai, mãe e filhos.

No mesmo dispositivo, verificamos que a constituição de família pela união estável vem positivada na Carta Magna, em seu §3º, ao afirmar que “[...] para efeito

²⁹ STF: RE 477554 MG. Relator: Ministro Celso de Mello. (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 21 mar. 2016).

³⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 553.

³¹ CARVALHO, Dimas Messias. **Direito civil: direito de família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 12.

³² O art. 226, §1º, da CF dispõe que “O casamento é civil e gratuita a celebração.”; e o seu §2º diz que: “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.”

da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Tal equiparação também se verifica para as famílias monoparentais, conforme a inteligência do §4º, do mesmo artigo supra, dispõe que “[...] entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

É possível verificar o reflexo da adaptação social da nossa Constituição Cidadã também em nosso ordenamento infraconstitucional, mais precisamente, no Código Civil de 2002. Em consonância com o pensamento constituinte, o legislador civil trouxe disposições acerca do casamento e da união estável, mas omitiu-se a respeito da família monoparental.

Em seu artigo 1.514, o Código Civil se refere ao casamento, declarando que “[...] o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam perante o juiz, a sua vontade de estabelecer o vínculo conjugal e o juiz os declara casados.”

Em atenção à união estável, o legislador civil a disciplina em seu artigo 1.723, que dispõe: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição familiar.”

Contudo, apesar dos avanços na esfera constitucional e infraconstitucional, e com da previsão de novas formas de constituição de família, nota-se que na sociedade moderna os arranjos familiares vão além daqueles que se encontram positivados.

Nesse aspecto, é importante ressaltar a decisão da ADI 4277/ADPF 132³³, em maio de 2011, que teve como relator o então ministro Ayres Britto, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, com base nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Tal decisão superou as barreiras morais e éticas que se aportavam como um dogma em nosso ordenamento jurídico. Observa, aqui, que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal é resultante de uma grave omissão do legislador, que muitas vezes se abstém de exercer sua função quando diante de questão polêmica.

³³ STF: ADI 4277 DF. Relator: Ministro Ayres Britto.

O Supremo Tribunal Federal, então, dita um novo entendimento jurisprudencial, afastando qualquer diferença entre os casais heteroafetivo e os homoafetivos:

A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.³⁴

Verifica-se, portanto, que o rol constante na Constituição Federal de 1988 não é taxativo ao elencar as formas de constituição de família. A jurisprudência pátria vem atuando no sentido de garantir e estender a proteção jurídica aos demais arranjos familiares, ainda quando não previstos pela lei.

Deste modo, importante destacar quais são esses novos arranjos familiares, e em que momento eles se originaram. Como visto, a sociedade moderna caminha em ritmo acelerado, transformando e criando nossos conceitos, culturas, morais e ética. Cabe ao homem buscar a adequação mais justa da situação fática à lei.

1.4 Novos horizontes

Diante o exposto, verifica-se que o Direito de Família, por se tratar de um ramo peculiar do direito, especialmente pela complexidade dos temas que estão em sua seara, e também por ter de lidar com a realidade mutável da sociedade moderna, não consegue ser abrangido em sua totalidade somente pelas leis em nosso ordenamento jurídico.

Especial atenção merece a sociedade moderna, a qual Bauman traz a ideia de fragmentação e liquidez das relações humanas, onde é possível identificar a fragilidade dos laços afetivos e a consequente criação de um ambiente de incertezas:

³⁴ STF: ADI 4277 DF. Relator: Ministro Ayres Britto.

A modernidade líquida é um momento em que a sociabilidade humana experimenta uma transformação que pode ser sintetizada nos seguintes processos: a metamorfose do cidadão, sujeito de direitos, em indivíduo em busca de afirmação no espaço social; a passagem de estruturas de solidariedade coletiva para as de disputas e competição; o enfraquecimento dos sistemas de proteção estatal às intempéries da vida, gerando um permanente ambiente de incerteza; a colocação da responsabilidade por eventuais fracassos no plano individual; o fim da perspectiva do planejamento a longo prazo; e o divórcio e a iminente apartação total entre poder e política.³⁵

É dentro dessa nova roupagem da sociedade que o cidadão deverá encontrar o seu respaldo jurídico para constituir a sua família, independentemente de sua configuração, para que seja garantida não somente a sua inclusão social, mas também assegurados os direitos básicos para o exercício de uma vida digna de seus componentes.

Tem-se, atualmente, que o esforço despendido pela Constituição Federal e também pelo Código Civil, apesar de garantirem maior segurança às relações familiares, não são, por si só, suficientes para albergar uma possibilidade de arranjos familiares não previstos pelos códigos. Por essa razão, ao lado do espírito das leis e em consonância com evolução social, o Poder Judiciário passa a ser órgão fundamental na garantia de direitos das uniões pessoais que permanecem à margem da legislação. Assim é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, nas palavras do Ministro Celso de Mello:

Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais.³⁶

A transição pela qual o conceito de família hoje se encontra deve observar os princípios norteadores da liberdade e igualdade, de modo a garantir às próximas gerações uma sociedade mais preparada para enfrentar esses novos horizontes da

³⁵ BAUMAN, Zygmunt. A utopia possível na sociedade líquida. Entrevistado por Dennis de Oliveira. **Revista Cult**, São Paulo, ano 12, n. 138, ago. 2009. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/entrevista-zygmunt-bauman/>>. Acesso em: 2015.

³⁶ STF: ADI 3300 MC. Relator: Ministro Celso de Mello.

seara familiar. Sobre o futuro do instituto da família, bem como no intuito de assegurar os seus valores, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, John Rawls se lembra da responsabilidade que uma geração tem para a outra, afirmando que:

Entre esses valores estão a liberdade e igualdade das mulheres, a igualdade dos filhos como futuros cidadãos, a liberdade de religião e, finalmente, o valor da família no assegurar a produção e reprodução ordenadas da sociedade e de sua cultura, de uma geração para outra.³⁷

Observada a evolução das relações familiares, seguida pelas construções jurisprudenciais e doutrinárias, podemos identificar o afeto como valor jurídico preponderante e imprescindível para a constituição de uma entidade familiar. Os laços biológicos, até então predominantes, já não são mais suficiente para determinar o que é uma família.

Contudo, em consequência dos infindáveis laços afetivos que cercam o homem moderno, aliados às novas tecnologias a sua disposição, surgem diversos arranjos familiares, diferentes em sua estrutura e composição, porém alicerçados sob os mesmos pilares dos modelos até então previstos em nossa legislação. Isto é, apesar de apresentarem uma formação distinta a partir de seus membros, sua essência está fincada nos valores sociais e morais prevalecentes na sociedade, como o afeto, o amor e o carinho.

Nota-se que com o desenvolvimento de novas tecnologias da área da saúde, principalmente da engenharia genética, o homem encontrou um novo caminho repleto de possibilidades até então inexploradas. Dentre elas, as técnicas de inseminações artificiais, a alocação de material genético em bancos de óvulos e sêmen, a utilização substitutiva de útero, entre outras técnicas que facilitam a reprodução sem a necessidade da relação sexual.

Ocorre que, diante de tamanha inovação científica e de suas possíveis consequências, o homem se depara com limites impostos pela sua própria sociedade, ainda despreparada para enfrentar tais questões tão delicadas. A moral, a ética e os costumes de um povo são capazes de influenciar o pensamento de toda uma sociedade, impondo limites aos avanços da tecnologia.

³⁷ RAWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 215.

Agora, questões estão sendo levantadas sobre como os diversos meios artificiais de reprodução humana podem alterar a nossa concepção de família. Ora, essas tecnologias ameaçam a compreensão tradicional da família como mero reflexo de fatores biológicos, revelando que a constituição de uma família seria, então, produto de escolhas sociais.

No entanto, as revoluções não acontecem em um dia. Em última análise, a evolução da biotecnociência possui o potencial para desestabilizar e perturbar radicalmente a concepção tradicional da família, como é sugerido pelo fato de que as organizações mais conservadoras, como a Igreja Católica, estão profundamente contrárias a quase todas essas tecnologias.

As novas técnicas reprodutivas nos obrigam a repensar conceitos tradicionais, como “mãe”, “pai”, e da própria “família” em si. As várias permutações e combinações possibilitadas por estas tecnologias são sinais visíveis do carácter social subordinado ao termo “família”. E, por corroer a concepção tradicional da família como uma entidade biológica natural, o avanço da ciência possibilita ao homem criar novos significados de família.

Portanto, o desenvolvimento de novas técnicas de reprodução não vão simplesmente transformar as maneiras pelas quais criamos famílias. Mais fundamentalmente, irão transformar a nossa própria compreensão do termo “família”.

A sociedade está passando por uma revolução reprodutiva e o direito não pode se afastar de acompanhar tal evolução, principalmente quando envolvidas as questões relativas ao Direito de Família.

CAPÍTULO 2 BIOÉTICA E BIODIREITO

2.1 Conceitos

Pode-se dizer que, em razão da incessante evolução da engenharia genética, a “caixa de Pandora”, não no sentido relatado por Hesíodo, em que dentro da caixa estariam contidas a discórdia, a guerra, as doenças da humanidade, e sim a esperança como o único dom nela guardado, foi definitivamente aberta e os segredos da área da engenharia genética vão sendo paulatinamente revelados. A ciência, quando direcionada para o bem-estar do homem, deve ser considerada como instrumento garantidor da realização humana.

A biotecnologia e a biotecnociência avançam com tamanha intensidade que nem mesmo o homem, destinatário de todos os seus recursos e benefícios, consegue acompanhar o ritmo da evolução. Bastar ver que enquanto novas técnicas são praticadas, outras já as substituem, apresentando resultados mais satisfatórios, apregoando novas chances de sucesso.

Essa incessante evolução é bem lembrada por Moser:

Praticamente todos os dias somos bombardeados com o anúncio de novas experiências e descobertas no campo da genética. Aquilo que ainda há 30 anos era apresentado como “problemas de fronteira”, agora passa a ser problema do cotidiano.¹

Assim, o avanço da biotecnologia e da biotecnociência proporcionou a implantação e consolidação das duas mais novas áreas de conhecimento: a Bioética e o Biodireito.

É certo que as novas tecnologias trazem dilemas éticos que repercutirão na avaliação crítica do cidadão e se afunilarão em nossos tribunais em busca de soluções, criando verdadeiros imbróglios jurídicos. Também é certo que os profissionais das mais variadas áreas devem se preparar e refletir para assimilar os novos conflitos e repassá-los com mais segurança para a sociedade.

Trata-se aqui de um tema incandescente, haja vista que tais avanços demonstrados pela biotecnociência são capazes de modificar toda a nossa compreensão da vida humana.

¹ MOSER, Antônio. **Biotecnologia e bioética**: para onde vamos? Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 421.

Van Rensselaer Potter, oncologista norte americano, idealizador da Bioética, que estabeleceu um verdadeiro canal de comunicação entre o Bios e o Ethos para percorrer a ponte que conduz ao futuro, conforme bem delineado em sua obra *“Bioethics: the bridge to the future”*, projetou-a inicialmente para a proteção do meio ambiente e, posteriormente, com o seu desenvolvimento e a colaboração de vários especialistas, passou a ter grande influência na vida humana, penetrando-a em vários seguimentos, principalmente no discurso relativo ao enfrentamento dos dilemas morais, sociais, culturais, econômicos, políticos, da gestão do próprio corpo, do início da vida, da sexualidade, da religiosidade, enfim, de todos os assuntos do interesse da humanidade.

E é exatamente essa a dimensão da Bioética que se apresenta como uma ciência caleidoscópica, com intervenção multi, inter e transdisciplinar. Sob qualquer ângulo que se analisa uma determinada questão relacionada com o viver humano, há sempre uma interação com a ciência da vida.

A destinatária do estudo da Bioética é a vida humana, que vem a ser protegida pelo Direito, sendo este seu garante desde sua concepção até a morte. A proteção que o homem recebe do Estado inicia-se no momento de sua concepção, ou seja, ele já é tutelado durante a vida intrauterina. Tal tutela se estende até o final de sua existência, que é verificada quando clinicamente diagnosticada a morte encefálica.

A bioética contemporânea é, de certo modo, uma ciência na qual se choca diretamente em diversas barreiras sociais, seja por convicções religiosas ou até mesmo uma pluralidade de visões morais acerca de determinados temas.

O que se extrai desse embate, ou seja, desse caos moral, é o próprio desafio que deve ser enfrentado pelo Poder Público, na difícil tarefa de buscar a regulamentação adequada, respeitando os valores que imperam dentro daquela sociedade.

A bioética se conecta com a família a partir do momento em que surgem novas tecnologias reprodutivas, permitindo ao homem controlar a concepção e a reprodução, sem a necessidade da relação sexual. Nas últimas décadas, mudanças na legislação, como o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988, e também da política social têm desempenhado um papel relevante na construção de um novo conceito de família.

Podemos identificar diversos momentos em que a Bioética incide nas relações familiares, seja de forma direta ou indireta. São situações que envolvem o homem, dentro de seu ambiente familiar, em questões que abordam o início e o fim da vida, a participação em pesquisas ou procedimentos médico-científicos, o seu direito de procriação por métodos alternativos, entre outros. O que se vê, atualmente, é um vínculo cada vez mais abrangente e mais próximo entre a ciência e o homem.

Sobre o tema, Bobbio aponta o surgimento de direitos de quarta geração:

Já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitira manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.²

O Biodireito, por sua vez, vem assegurar o respeito à dignidade humana prevista em nossa Constituição, pois é a partir dele que surgirá o vínculo da Bioética com a justiça. Deste modo, as pesquisas científicas, ligadas à biotecnologia e biotecnociência, que a princípio buscam aprimorar a condição humana e suas necessidades, serão guiadas para que não causem injustiças contra a pessoa humana.

A Constituição Federal apresenta em seu artigo 5º, III, a premissa de que “[...] ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, afirmando, assim, o princípio da dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.” Decorrem deste princípio a liberdade e igualdade das pessoas em dignidade e direitos, uma vez que são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

A grande realização do Biodireito, juntamente com a Bioética, é de conciliar as posições trazidas por diferentes grupos buscando a solução mais adequada para a sociedade destinatária.

Nesta linha de raciocínio, liderada pela biotecnociência, onde medicina, direito e ética se entrelaçam tão espetacularmente e rompem a barreira do inimaginável, acabando por afetar até então os pacatos conceitos do homem, pela complexidade de seus meios e resultados, pode-se estabelecer o nascimento da bioética e do biodireito, esse como fio condutor do pensamento bioético. Com tal domínio,

² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

permite-se o ingresso no interior do homem que se apresenta como parceiro interessado em ganhar dividendos que venham a proporcionar a ambicionada longevidade, com a qualidade adequada.

Daí a importância do Biodireito para balizar as tomadas de decisões que hoje somos responsáveis, principalmente no enfrentamento de questões que até pouco tempo eram inimagináveis e só foram alcançadas devido ao rápido desenvolvimento das novas tecnológicas aliadas às ciências da saúde. Neste cenário, destaca-se em especial o Direito de Família, o qual vem sofrendo diversas mudanças em decorrência da evolução científica, social e cultural.

Nesse sentido, destaca Sá:

Os temas que envolvem o microssistema do Biodireito são por demais polêmicos, não sendo desejável que o Direito regule todas as condutas de forma absoluta, pois isso exclui a construção de uma autonomia privada que, paradoxalmente, o Direito pretende construir. De mais a mais, discussões como as que envolvem o Biodireito devem ser levadas ao âmbito da sociedade civil, no intuito de auferirmos soluções legítimas. Assim, o caso concreto deve ser resolvido à luz da principiologia, buscando-se a decisão correta para o caso.³

O homem, portanto, necessita da convivência social para a realização de seus objetivos. Nasce e vive em pleno relacionamento, não só o familiar, como também o comunitário, mas, mesmo assim, preza a individualidade como sendo um espaço único, inatingível, representando sua reserva de intimidade. É regido por uma ética fincada em valores sociais com abrangência em múltiplas áreas, todas elas vinculadas ao seu viver. No instante em que começou a cogitar a respeito do mundo externo, das diversas alterações nos costumes, do seu relacionamento com a própria natureza, dos avanços biotecnológicos da medicina que incessantemente apresenta várias opções a respeito do *bene vivere*, buscou apoio na Bioética e no Biodireito, como disciplinas que sintetizam a ciência da vida.

2.2 Da reprodução humana assistida

As experiências de reprodução humana assistida surgiram no fim do século XVIII, quando o médico inglês John Hunter registrou ter realizado a primeira

³ Sá, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 18.

inseminação artificial entre marido e mulher. A partir de 1950, devido ao avanço científico, as técnicas de inseminação artificial começam a difundir rapidamente, principalmente nos países mais desenvolvidos.⁴

A tecnologia da reprodução humana assistida, que então aparece como uma solução para os casos de infertilidade, ganha maior notoriedade em 1978, sendo o marco para o início de uma nova era para a saúde reprodutiva, principalmente para a formação e estruturação da família. Foi neste ano que se deu o nascimento de Louise Brown, primeiro bebê gerado a partir de técnicas de fertilização *in vitro*, demonstrando ao mundo que os avanços em procedimentos de reprodução assistida têm tido um impacto fundamental sobre os modelos de família que poderiam florescer.

Ao mesmo tempo, nasce o debate sobre tema, que cada vez ganha mais espaço e destaque na sociedade, levantando questões até então inimagináveis e colocando em xeque os limites da própria ciência, como lembram Pessini e Barchifontanie sobre o nascimento de Louise Brown:

Foi a primeira tentativa com sucesso de levar a cabo uma criança concebida fora do ventre materno através da fertilização *in vitro*. Desde aquele dia, o “choque do futuro” não é mais um futuro; ele está aqui e nós temos que lidar com as possibilidades e/ou perigos para os quais estamos suficientemente preparados e sobre os quais não existe um consenso público. Dos bebês de proveta até a energia nuclear parece haver uma grande distância, mas as questões estão claramente imbricadas e pode trazer alguma luz para ambas realidades. Em ambos os casos defrontamos com as questões: A ciência deve fazer tudo que é capaz de fazer? Existem limites? Como decidir?⁵

Com o aparecimento e evolução desta tecnologia, verifica-se também o aumento de questionamentos acerca de sua utilização, especialmente de cunho legal, ético, moral e religioso. O grande obstáculo, porém, reside no fato da escassa regulamentação da matéria que, talvez pela controversa do tema, não é colocada em pauta pelos legisladores.

A ciência, pela sua natureza dinâmica, não pode entrar em repouso estático para aguardar a regulamentação pelos homens. Assim, a rápida expansão do uso

⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 33.

⁵ PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, C. de Paul. **Bioética e saúde**. São Paulo: Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração de Saúde. 1990. p.141.

da tecnologia de reprodução assistida lança novos desafios para o Poder Judiciário, que se vê obrigado a enfrentar tais questões complexas, devendo buscar para cada caso concreto uma resposta eficiente e justa.

Mais precisamente no caso do direito de família, as técnicas de reprodução assistida vão lançar questões relativas à filiação, à maternidade e paternidade e ao próprio reconhecimento de diferentes configurações familiares e sua equiparação com o modelo tradicional, tudo isso com a finalidade de gozar dos mesmos direitos e deveres, com a devida proteção do Estado.

Basta observar a fragmentação da relação de parentesco que, por consequência da reprodução assistida, cria a possibilidade de que uma criança concebida por este meio venha a ter mais de um pai e uma mãe, pois deste procedimento participam diversas figuras, como a da doadora de óvulo, do doador de esperma, daquela que substitui o útero, e daquela que efetivamente possui vínculos afetivos, independentemente de laços sanguíneos.

Essas são algumas das situações geradas a partir de técnicas de reprodução assistida que refletem no direito de família. Para tanto, deve haver entre ciência, tecnologia e sociedade um dever de solidariedade e harmonia, caminhando juntos para que o uso da reprodução assistida seja saudável e sustentável, de forma a atender a demanda social. Nesse sentido, assevera Facchin:

É tempo de encontrar na tese biologista e na sócio-afetiva espaço de convivência, isso porque a sociedade não tem o interesse de decretar o fim da biologização, clara e estampada na superação do modelo patriarcal codificado e nas estruturas de novos paradigmas para a família na constitucionalização. Devendo haver, dessa forma, harmonia e integração para melhor amparar os interessados.⁶

Tecnicamente, reprodução assistida é o procedimento no qual o encontro do óvulo com o espermatozóide é facilitado através de técnicas médicas, utilizando-se dos métodos tecnológicos que permitiram o avanço da medicina na área de reprodução humana.

Na prática, as técnicas de reprodução assistidas podem aliviar o fardo da infertilidade em indivíduos ao auxiliar na constituição de suas famílias, mas também

⁶ FACHIN, Luiz Edson. Paternidade e ascendência genética. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova de filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 172.

podem apresentar desafios para o Estado, uma vez que tal tecnologia tornou-se uma atividade importante para saúde pública em termos de custos, acessibilidade, eficiência.

A ciência está rapidamente superando a lei na arena de reprodução assistida. Estes novos desenvolvimentos apresentam desafios para o legislador, que deverá buscar na melhor hermenêutica uma regulamentação adequada à realidade que se encontra, tendo por fim a garantia de direitos e a devida proteção que são inerentes aos sujeitos envolvidos nos procedimentos.

Para tanto, parte-se da premissa de que a reprodução humana, por vias naturais, é o atendimento ao desejo de se ter filhos e constituir uma família. Tais técnicas alternativas surgem, em um primeiro momento, como forma de permitir a procriação de casais que não podem ter filhos através da relação sexual, seja por problemas de esterilidade ou infertilidade.

Quando da impossibilidade de se alcançar tal objetivo pela relação sexual, o homem se recorre à ciência médica que, por meio de sua tecnologia, poderá emprestar meios alternativos para suprir tal deficiência. Assim expõe Correa:

O estabelecimento dessas técnicas veio responder a um desejo de reprodução de homens e mulheres. Esse desejo – de ter filhos, de família, de reprodução, de continuidade, entre outros significados simbólicos colados, à procriação de seres humanos – é aquilo que vem legitimando, em última instância a proposição da série de inovações biotecnológicas, surgidas no campo da medicina reprodutiva.⁷

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde, a infertilidade é um problema vivido por 8% a 15% dos casais, só no Brasil estima-se que mais de 278 mil casais tenham dificuldade para gerar um filho em algum momento de sua idade fértil.⁸

A procura é tamanha que dados recentes da Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia estimam que até o ano de 2014, o número de

⁷ CORREA, Marilena Cordeiro Dias Villela. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de ter filhos. **Bioética**, Brasília, DF, v. 9, n. 2, p. 72, 2001.

⁸ PORTAL BRASIL. **Planejamento familiar**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

bebés nascidos por meio de técnicas de reprodução assistida já alcançou o patamar dos 5 milhões.⁹

Agora, além da utilização das técnicas de reprodução assistida pelos casais, também se torna possível a utilização por apenas um indivíduo que deseja começar uma família, sem ser necessária a figura de um cônjuge. Trata-se, aqui, de uma família monoparental, que tem na Constituição Federal sua previsão.

Do mesmo modo, casais homoafetivos também fazem jus ao uso dessas tecnologias, graças à equiparação concedida pelo Supremo Tribunal Federal, na já mencionada ADPF 132.

Diante disso, os tratamentos e técnicas de reprodução assistida foram incluídos no Sistema Único de Saúde - SUS - do Brasil, apesar de ainda serem de difícil acesso, pois, além da grande procura, de acordo com o Ministério da Saúde, apenas 9 hospitais oferecem os tratamentos, os quais estão localizados nas cidades de São Paulo, Porto Alegre, Brasília, Ribeirão Preto, Belo Horizonte, Recife, Goiânia e mais recentemente em Natal.¹⁰

Conforme a Resolução nº 2.121/2015¹¹, que recentemente atualizou a Resolução nº 2.013/2013¹², do Conselho Federal de Medicina do Brasil, as técnicas têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação. O conselho determina, ainda, que não podem ser aplicadas com a intenção de escolher o sexo do bebê, ou alterar a seu critério

⁹ EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY. **The world's number of IVF and ICSI babies has now reached a calculated total of 5 million**. Grimbergen, 2 jul. 2012. Disponível em <<https://www.eshre.eu/Press-Room/Press-releases/Press-releases-ESHRE-2012/5-million-babies.aspx>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

¹⁰ EARWICKER, Benjamin **Planejamento familiar**. Brasília, DF, out. 2011. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

¹¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM 2.121/2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 2015. Seção 1. p. 117. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

¹² Id. Resolução CFM 2.013/2013. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 maio 2013. Seção 1. p. 119. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

qualquer outra característica biológica do futuro filho, com algumas exceções específicas relacionadas às doenças que a criança por vir a ter.¹³

Por esses e outros motivos, não podem ser usadas de maneira indiscriminada, sob pena de banalização e afronta aos princípios éticos. Dessa forma, a Lei nº 9.263/1996, que trata sobre o planejamento familiar, determina que a prescrição das técnicas dependa da avaliação e acompanhamento clínico, devendo informar os riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

Insta observar que há bastante controvérsia doutrinária acerca da regulamentação das técnicas de reprodução assistida em razão das diversas problemáticas jurídicas, as quais serão tratadas no presente trabalho, decorrentes de seu uso. Nesse sentido, Maria Helena Diniz é firme ao defender que:

No mundo atual a humanidade enfrenta questões bioéticas interdisciplinares graves e urgentes, pois poderão mudar seu destino; por essa razão, toda a coletividade é responsável pelo rumo que a ciência tomar. Imprescindível será uma solução otimista para o futuro da humanidade, minimizando ou eliminando, na medida do possível, as consequências dos experimentos e da futura produção em massa de seres geneticamente manipulados, evitando a construção do “admirável mundo novo” levantado por Aldous Huxley, onde técnicas de laboratório permitam a produção de seres de inteligência e força controladas, ou seja, de escravos da classe dominante.¹⁴

Por fim, temos que a questão da reprodução assistida é uma relação de benefícios e riscos que hoje carece de regulamentação legal. Benefícios porque podem auxiliar na constituição de uma família que se vê impedida por motivos naturais. Riscos porque a ausência de limites éticos, morais e legais podem gerar situações embaraçosas e conflitantes. Assim, a necessidade da construção de um sistema legal com a devida regulamentação das técnicas de reprodução assistida visa exatamente diminuir os riscos e aumentar os benefícios, proporcionando o resultado esperado pela sociedade.

¹³ De acordo com os princípios gerais constantes na Resolução 2.121/2015 do CFM, “As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.”

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 581.

2.3 Contextualização jurídica e legislativa

Como é sabido, a Bioética não carrega conceitos normativos, justamente porque se transforma no campo onde serão debatidos temas de interesse do homem, ofertando oportunidade para que várias vozes se manifestem ao mesmo tempo até que seja filtrada e apresentada a verdade perquirida. Assim, nada é imutável ou absoluto, a não ser, é claro, as cláusulas pétreas inscritas no código de ética da humanidade, como, por exemplo, a de não matar o próximo. As demais, que vão se movendo de acordo com a conceituação popular, recebem nova carga avaliatória, possibilitando avanços nos limites sociais até então vigentes. Não é demais observar que o homem pratica constantemente o pensamento bioético quando se manifesta a respeito de temas de interesse da vida.

Mas, como já dito, a Bioética não carrega preceitos normativos permissivos ou proibitivos. Simplesmente apresenta-se como instrumento para se buscar soluções mais convenientes e oportunas para o homem, circulando com plasticidade em torno de seus princípios. Mas não se pode negar que, na análise de determinada questão, confrontam-se interesses bioéticos e jurídicos a ambos conferida a legitimidade para se pronunciarem a respeito, porém com regras diferenciadas de avaliações.

Cabe aqui ressaltar que muitos dos princípios inscritos na Constituição Federal carregam a essência do pensamento bioético. Basta ver o texto do artigo 196:

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

Os princípios da beneficência (*primum non nocere*) no sentido de se fazer todo o necessário para patrocinar a saúde, condizente com o princípio da dignidade do ser humano, assim como o da justiça ou da distribuição igualitária, visando maximizar os benefícios com a maior abrangência possível, estão presentes na determinação constitucional, que também considera a saúde como um direito social, em seu artigo 6º.

O Biodireito, denominação não acatada por grande parte dos doutrinadores, como que ocupando o espaço a ele reservado, ergue-se como um braço da Bioética,

justamente para proporcionar a leitura jurídica de determinada postura que carrega normatização a respeito e às vezes até mesmo com relação à ausência de previsão legal, aplicando-se, desta forma, o conteúdo jurídico adequado. Não se pode negar que, com frequência assídua, o Direito é chamado para resolver as lides onde são debatidas e discutidas as pretensões pertinentes à Bioética. É tão grande a aproximação do Biodireito que vem se constituindo num instrumento necessário para a satisfação dos direitos relacionados com a saúde humana. Tanto é verdade que cunhou o termo “judicialização da saúde”, com a intenção de demonstrar a enorme carga de processos questionando políticas públicas de saúde, pleiteando assistência médica especializada ou medicamentos de alto custo não disponível no Brasil e outras pretensões de idêntica natureza.

Para bem administrar o árido terreno, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 107¹⁵, de 06/4/2010, criando o Fórum Nacional do Judiciário, justamente para atender as demandas relacionadas com a saúde. Além do que, visando ainda uma assessoria e um aperfeiçoamento técnico na distribuição da justiça, elaborou a Recomendação 31¹⁶, de 30/3/2010, oferecendo subsídios aos magistrados para proferirem julgamentos mais adequados à causa.

O abortamento de feto anencéfalo, questão atrelada aos interesses bioéticos, é outra que tomou conta do cenário nacional perante o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº54¹⁷, intentada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). O núcleo da discussão girou em torno da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental da gestante em realizar a antecipação voluntária terapêutica do parto de feto anencefálico. Também foram realizadas audiências públicas para interpretar os pensamentos de vários seguimentos, tais como religiosos, científicos, médicos, jurídicos e, principalmente, o da sociedade civil, sendo que cada um deles ofertou sua contribuição a respeito do tema, contabilizando oito votos a favor do acolhimento da pretensão e dois contrários.

¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 107, de 6 de abril de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 61, p. 9-10, 2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

¹⁶ Id. Recomendação 31, de 30 de março de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 7 abr. 2010. p. 4-6. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

¹⁷ STF: ADPF 54 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio.

Com a decisão surge um *tertius genus* de excludente que ainda não foi incorporado ao estatuto penal. Mas o Anteprojeto do Código Penal, em seu artigo 128, inciso III, abrigou tal modalidade, *in verbis*: “Se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos.”

No tocante ao Direito de Família, tanto o biodireito como a bioética criam novas relações jurídicas sujeitas à regulamentação específica. Questões como a relação entre paternidade biológica e socioafetiva, o direito à investigação da paternidade genética, a presunção de paternidade (ou até mesmo de maternidade) são algumas das situações geradas a partir do uso de técnicas de reprodução assistida que buscam adquirir um *status* jurídico e também a devida regulamentação legal.

Deste modo, a contextualização jurídica e legislativa permanece em aberto, sendo que apenas algumas questões definidas por meio de resoluções de órgãos de classe, ou seja, de caráter administrativo, enquanto outras são definidas por meio do Poder Judiciário.

Toma-se o exemplo do direito ao conhecimento da origem genética nos casos de reprodução assistida heteróloga, em que há a presença de um doador anônimo de material genético para a concepção. Novamente, não há legislação específica para esse caso, notadamente marcado pelo conflito entre dois direitos, um direito personalíssimo da criança em conhecer seu pai biológico, e outro o direito ao anonimato do doador, relacionado à sua intimidade e privacidade. A doutrina, então, nas palavras de Leila Donizetti, deu os primeiros passos no sentido de interpretar o evidente conflito:

Deve-se sempre ter em mente que a paternidade deriva do estado de filiação, sem guardar relação direta com a origem biológica. O inciso V do art. 1.597 do Código Civil confirma a tese de que a filiação não depende da relação biológica existente entre pai e filho, ao determinar a presunção de paternidade dos filhos havidos por meio da inseminação heteróloga autorizada pelo marido da mãe. [...] Por conseguinte, poder-se-ia afirmar que é legítimo ao filho vindicar o acesso aos dados genéticos do doador anônimo de sêmen arquivados na instituição em que se deu a concepção tão-somente para proteger os direitos da personalidade, sem, entretanto, fazê-lo com o intuito de investigar a paternidade.¹⁸

¹⁸ DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 126.

Percebe-se que na ausência de lei específica, a doutrina se socorre à hermenêutica para interpretar e compreender, buscando em outros sistemas legais a adequação mais próxima que se ajuste a nova relação jurídica existente.

A necessidade de regulamentação não se esgota nas questões relativas à reprodução humana. Basta observar alguns casos recentes, de grande repercussão social, estão relacionados com a bioética e ao biodireito e também se encontram fora de um contexto legal.

Um tema que ressurge com nova roupagem é o mosquito *Aedes aegypti*, que há muito vem ameaçando a comunidade brasileira e fazendo um número cada vez maior de vítimas, principalmente pelo *Zika* vírus, provocando, em consequência, nascimento de crianças com microcefalia. Cogita-se em pleitear perante o Supremo Tribunal Federal a possibilidade de se estender a realização do abortamento em casos de microcefalia, assim devidamente comprovado por exames específicos. Mas, tal pretensão, no entanto, deve ser afastada *ex radice*, pois como a própria ciência definiu, não se trata de patologia letal e muito menos padece o feto de graves e incuráveis anomalias que inviabilizam a vida extrauterina. O importante é que há *spes vitae*.

Cabe aqui também o mesmo dilema instaurado em torno da substância *canabidiol*, um dos oitenta princípios ativo da *cannabis sativa L*, com indicação nos casos graves de epilepsias refratárias aos tratamentos convencionais, reduzindo sensivelmente as crises convulsivas. Muitas ações foram intentadas na Justiça contra a Anvisa para importar a substância, pois todo medicamento sujeito a controle especial, sem registro no país, necessita de sua homologação. A Anvisa, deste modo, por meio da Resolução da Diretoria Colegiada, no RDC nº 66, passou a permitir a prescrição médica e a importação, por pessoa física, de produtos que contenham as substâncias *Canabidiol* e *Tetrahidrocannabinol* (THC) em sua formulação, exclusivamente para uso próprio e para tratamento de saúde.¹⁹

Também merecem destaques os temas relacionados com o final da vida humana, em que, apesar da indisponibilidade de sua vida, o cidadão ou até mesmo a família pode decidir a respeito do seu fim, na busca da dignidade da morte tendo como sustentação o princípio da autonomia da vontade. Não se fala em antecipação

¹⁹ ANVISA. Resolução da Diretoria Colegiada, no RDC nº 66, de 18 de mar. 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, n. 54, p. 28, 2016. disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=28&data=21/03/2016>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

da morte pela eutanásia e nem mesmo em suicídio assistido, condutas consideradas ilícitas diante do Código Penal²⁰, que as rotulam de homicídio piedoso ou caritativo, mas sim da ortotanásia, que foi introduzida obliquamente no Brasil pelo artigo 41, parágrafo único, do Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução CFM nº 1.931/2009²¹, nos seguintes termos:

Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Com a introdução da ortotanásia o próprio paciente ou seu responsável legal passa a ser o detentor do poder de decidir a respeito do final da vida. Exerce sua autonomia da vontade como paciente e não se submete a qualquer restrição estatal ou determinação médica. Poderá, para tanto, se quiser, expressar sua vontade através do documento testamento vital, regulamentado pela Resolução 1.995/2012²², também do Conselho Federal de Medicina, oportunidade em que declarará, de forma inequívoca, quais são as diretrizes antecipadas de sua vontade com relação aos cuidados de saúde que deseja receber para humanizar o final da vida, ou, se preferir, poderá nomear um procurador para representá-lo em caso de impossibilidade.

O documento é de tamanha importância que as diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

Daí, verificamos que as respostas às questões que permeiam a seara do biodireito e da bioética são dadas a partir da justiça, fazendo às vezes de regulador com a judicialização da saúde, ou de decisões de natureza administrativa, como é o

²⁰ O Código Penal não faz menção específica à prática da eutanásia, mas às circunstâncias que motivam a sua conduta. Trata-se do homicídio piedoso, assim redigido pelo legislador: Art. 121, § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. Quanto ao suicídio assistido, o art. 122 do Código Penal dispõe que é crime “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”, ou seja, aquele que pratica o suicídio não será punido pela sua conduta, mas aquele que auxiliar, induzir ou instigar o agente a cometer o ato ilícito está sujeito às penalidades previstas em lei.

²¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.931, de 17 set. 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 2009. Seção 1. p. 90. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

²² _____. Resolução 1.995, de 31 ago. 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas da vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 ago. 2012. Seção 1. p. 269-70. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.htm>. Acesso em: 6 abr. 2016.

caso do Conselho Federal de Medicina que, por meio de suas resoluções, busca traçar diretrizes para colocar em prática as novas tecnologias.

Nessa senda, Venosa adverte de forma clara e objetiva a necessidade de legislação específica sobre o tema:

Advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica. Com esses dispositivos na lei passamos a ter, na realidade, mais dúvidas do que soluções, porque a problemática ficou absolutamente capenga, sem a ordenação devida, não só quanto às possibilidades de o casal optar pela fertilização assistida, como pelas consequências dessa filiação no direito hereditário. É urgente que tenhamos toda essa matéria regulada por estatuto específico. Relegar temas tão importantes aos tribunais traz desnecessária instabilidade social.²³

Temos, assim, que as novas relações derivadas da bioética e do biodireito já são uma realidade e estão presentes em nosso cotidiano, manifestando-se em diversas áreas do conhecimento e incendiando o debate acadêmico e profissional.

Resta, agora, de forma específica e definitiva, uma atenção especial por parte de nosso composto legislativo para a inclusão de normas direcionadas a suprir o vácuo existente em nosso ordenamento jurídico, a fim de deixar para trás a incerteza que hoje circunda a sociedade quando diante de temas relacionados à bioética e ao biodireito.

Nessa senda, atualmente, tramita pela Câmara dos Deputados Federais o Projeto Lei 115/15, de autoria do Deputado Juscelino Rezende Filho, que institui o Estatuto da Reprodução Assistida. Objetiva-se, com isso, regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.

O projeto ainda prevê a regulamentação das relações administrativas por meio de seus órgãos competentes, e também inova no âmbito penal ao trazer a tipificação de atos ilícitos e suas respectivas sanções. A ideia do legislador é a criação de um diploma legal próprio para regular a aplicação e o uso das técnicas de reprodução assistida, seguindo os modelos praticados em outros países, como Portugal, Reino Unido, Itália e Espanha.

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 6. p. 287.

A iniciativa do corpo legislativo em preencher a lacuna legal e garantir uma normatização específica sobre a matéria de reprodução assistida é louvável e vem atender uma grande demanda social em boa hora.

Contudo, o referido projeto encontra-se para apreciação pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania daquela Casa desde março de 2.015, sendo impossível tecer qualquer previsão quanto a sua possibilidade de aprovação.

CAPÍTULO 3 DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

3.1 Da Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina

O Código Civil Brasileiro, desde seu projeto, com muita cautela e até mesmo com o receio natural de enfrentar conceituações das ciências biomédicas, aceitou disciplinar a natureza da procriação sem o vínculo carnal entre os interessados. Além do que a reprodução assistida contrasta com os valores tradicionais estabelecidos na legislação civil não só pelo seu caráter vanguardista, como também por não apresentar as propriedades terapêuticas e curativas e sim a manipulação instrumental e tecnológica dos gametas dos parceiros interessados na procriação. É a transformação do *homo sapiens* em *homo faber*, lema da era da biotecnologia.

Os fatores permissivos lançados pelo Código Civil não foram acompanhados de legislação específica a respeito de temas tão complexos, com o risco de tratá-los sem a normatização adequada, como se fossem simples casuísticas, proporcionando até inevitável banalização.

Embora evidente a lacuna legislativa, resultado de uma provável inércia até mesmo omissão pelos legisladores, é fundamental apontar que novas famílias são formadas em razão do uso das técnicas de reprodução assistida e, quanto a isso, o direito tem o dever de resguardá-las.

Vale lembrar que, conforme mencionamos anteriormente, existe o Projeto Lei 115/15¹ que tramita na Câmara dos Deputados Federais, que carrega a responsabilidade de regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.

Contudo, em que pese a louvável iniciativa dos legisladores pátrios, desde 2.015, o referido projeto encontra-se para apreciação perante a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, sem que haja qualquer previsão de andamento.

¹ REZENDE FILHO, Juscelino. Projeto de lei nº 115/2015. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 13 fev. 2015. p. 67. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

Deste modo, enquanto não houver legislação específica, Leite explica que:

Com a ausência de regulamentação jurídica é a instituição médica que dita as regras. Os médicos e especialistas em reprodução humana tomam decisões e estabelecem princípios ditados pelos seus preconceitos, ideias e experiências.²

Na ausência de leis ordinárias a respeito da matéria, o Conselho Federal de Medicina editou a já citada Resolução 2.121/2015, que especifica as normas técnicas para a realização da reprodução assistida. É certo que a resolução, pela sua própria natureza de ato administrativo normativo, cuida dos interesses de uma determinada categoria, disciplinando matéria de sua competência específica. Assim, *interna corporis*, há pelo menos normas técnicas e éticas para a procriação assistida.

O objetivo da resolução é traçar diretrizes para os médicos e demais profissionais da área da saúde no que diz respeito às condutas que deverão ser adotadas quando enfrentados os problemas que incidem diretamente no âmbito da reprodução assistida.

Se levarmos em consideração o grau de evolução legal que nos encontramos atualmente, onde a norma permissiva para a realização do procedimento de reprodução assistida se dá a partir de uma ginástica jurídica, percebemos uma incerteza e consequente insegurança jurídica que afeta todos aqueles que estão envolvidos no procedimento, como o médico e a sua equipe, a mãe gestacional, os pais pacientes, os doadores do material genético e o próprio nascituro.

A infertilidade humana, em razão da evolução constante da engenharia genética e das novas modalidades de procriação, vem sendo considerada como um problema de saúde, acarretando, consequentemente, traumas psicológicos e implicações à saúde da mulher, afetando também diretamente seu parceiro, uma vez ambos se apresentam como interessados e, consequentemente, atingidos.

Um dos princípios basilares previstos no Código de Ética Médica, instituído pela já mencionada Resolução CFM 1.931/2009, é fazer com que o profissional da medicina aprimore continuamente seus conhecimentos e procure usar o melhor do

² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família**: origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991. p. 412.

progresso científico em benefício do paciente³. E com o escopo de proporcionar ao ser humano as melhores condições de saúde para atingir a procriação, o Conselho Federal de Medicina, logo após o Supremo Tribunal Federal reconhecer como entidade familiar a união estável homoafetiva, ajustando-se ao novo paradigma jurisprudencial e à legislação pertinente, editou a Resolução 2.121/2015, estabelecendo os dispositivos deontológicos e a utilização das corretas técnicas a serem seguidos pelos médicos na área de reprodução assistida, com a finalidade de facilitar o processo de procriação, que pode ser considerado um anseio normal de qualquer pessoa.

Levando-se em consideração que a ciência trafega sempre à frente, desbravando novos conhecimentos e tecnologias, a reprodução assistida carece de legislação ordinária. Justamente porque o legislador aguarda a regularização de um novo procedimento médico que tenha obtido êxito para normatizá-lo de acordo com o protocolo estabelecido e tal fato demanda tempo.

Mesmo assim, o Código Civil Brasileiro, em vigor a partir de 2002, em iniciativa exemplar, ensaiou os primeiros passos na regulamentação das inseminações e fecundações homóloga e heteróloga no art. 1.597, ao tratar da questão relativa à filiação. Mas o aparelhamento legislativo apontado não é suficiente, por si só, para regulamentar ética e cientificamente um procedimento médico.

A regra primeira reside na segurança do procedimento de reprodução assistida e, para tanto, há necessidade de que seja demonstrada a efetiva possibilidade de sucesso, justamente para que não se incorra em risco grave de saúde para a paciente, assim como o descendente.

Tanto é que, no corpo normativo da Resolução, abre-se a possibilidade da participação da paciente, desde que seu médico, valendo-se de fundamentos técnicos e científicos, aponte com clareza os benefícios e eventuais riscos do procedimento.

Relevante também a determinação para que todos os pacientes submetidos às técnicas da reprodução assistida assinem o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Referido documento, elaborado em formulário especial, foi introduzido

³ Em seus princípios fundamentais, o Código de Ética Médica dispõe no Capítulo I, inciso V, que compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

pela primeira vez no Brasil através da Resolução 196, de 1996, do Conselho Nacional de Saúde, revogada e atualizada pela Resolução CNS 466/2012, teve como sustentáculo as normas protetivas concentradas no Código de Nuremberg que redirecionou as pesquisas com pessoas humanas.

Representa, na realidade, a autorização, a aquiescência do paciente em permitir a realização de determinado procedimento médico, quer seja cirúrgico ou terapêutico, após ter sido corretamente esclarecido a respeito. No caso específico da reprodução deve observar o estabelecido no item 4, dos Princípios Gerais da Resolução CNS 466/2012⁴:

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

Tal determinação consta também do Código de Ética Médica, no § 3º do artigo 15, *in verbis*: “Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.”

Outra abordagem importante que introduziu uma nova modalidade de procriação e que proporcionou vários debates consistiu na permissão do uso das técnicas de reprodução assistida para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

Conforme já abordado neste trabalho, é certo que a evolução dos costumes acarreta a necessária acomodação jurídica e faz com que vários institutos considerados até então verdadeiros dogmas intocáveis, caem por terra e provocam a inevitável quebra de paradigmas. Basta ver que a o casal homoafetivo foi paulatinamente ganhando contornos legais e conseguiu o reconhecimento de entidade familiar. Em consequência, a família abandonou a definição restrita

⁴ CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução 466, de 12 de dezembro de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jun. 2013, seção I, p. 59. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

abrangendo somente a união do homem e da mulher. A adoção de crianças por casal homoafetivo, por exemplo, passou a ser realidade após decisão favorável de processo que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal.

A evolução da engenharia genética e os progressos científicos na área da reprodução humana, de forma espetacular, têm solucionado a contento o problema da infertilidade, dando origem a novos arranjos familiares, com a manipulação dos componentes genéticos dos dois sexos. Ocorre que o desafio que ora se apresenta é com relação à utilização dessas técnicas para pessoas que vivem em relacionamentos homoafetivos e solteiras.

O fato e a realidade jurídica reclamam um tratamento adequado e condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da Constituição do Brasil, sem preconceitos e outras formas de discriminação, norteadores dos objetivos da República.

3.2 Fertilização *in vitro*

O surgimento dos direitos associados à reprodução humana, intrinsecamente relacionados à liberdade de procriação, ganham especial atenção no âmbito do Direito de Família. Os aspectos sociais, culturais e morais que estão envolvidos no direito à liberdade de reprodução, à intimidade, e no próprio planejamento familiar, são questões a ser enfrentadas e resolvidas pelo Biodireito.

A procriação artificial pode ser considerada uma aspiração legítima do casal que tem por objetivo realizar o projeto parental que não é atingido naturalmente e necessita da ajuda médica para vencer a esterilidade. A ciência voltada para a reprodução assistida vem lançando seus tentáculos e conseguindo bons resultados nos propósitos da transmissão da vida em modalidades que fogem da reprodução convencional. E a dinâmica científica vem apresentando cada vez mais opções e com significativo grau de sucesso, sem esbarrar na conceituação ética.

Pode-se até dizer que o *nosce te ipsum* inscrito no Oráculo de Delfos habita os caminhos da ciência e da pesquisa, decifrando o DNA recombinante e rompendo as barreiras da infertilidade, fazendo com que o homem tenha pleno conhecimento de seu corpo em todas as incursões pela área da reprodução assistida.

O ser humano, pela sua própria natureza, é destinado à procriação e quando não consegue atingi-la, busca-se pelas melhores técnicas ofertadas e devidamente

homologadas pelo Estado que, em razão do permissivo constitucional descrito no §7º do artigo 226⁵, tem por obrigação propiciar recursos para proporcionar o exercício de tal direito.

A fertilização *in vitro*, assim denominada vulgarmente, nada mais é do que a aplicação dos métodos *Zibot Intra Fallopian Transfer* (ZIFT), *Gametha Intra Fallopian Transfer* (GIFT), *Intracitoplasmatic Sperm Injection* (ICSI) e fertilização *in vitro* (FIV).

Consiste o primeiro, ZIFT, na retirada de óvulos da mulher para fecundá-los em placa de petri, externamente ao corpo da mulher, utilizando-se, para tanto, o material reprodutivo do marido ou de outro homem, para, posteriormente, fazer a transferência dos embriões em seu próprio útero ou de terceira pessoa. Nas palavras de Scalquette, “[...] na técnica ZIFT, a transferência para as tubas uterinas ocorre quando a célula fusionada possui dois núcleos: o zigoto é transferido para a trompa em vez de ser colocado no útero.”⁶

No segundo, GIFT, consiste na captação dos óvulos da mulher e do espermatozoide do homem que, preparados e isolados, são introduzidos nas trompas femininas para que ali se forme o embrião, que descerá até o útero. Neste método, conhecido como fecundação *in vivo*, a formação do embrião ocorre de forma natural dentro do corpo da mulher, enquanto que no ZIFT a fecundação se dá fora do corpo da mulher.

No terceiro, ICSI, temos a injeção intracitoplasmática de espermatozoide, em que os óvulos serão fertilizados a partir da manipulação em que se injeta somente um espermatozóide no óvulo. Com a fecundação, o embrião é transferido para o útero materno.

No último, FIV, que vem a ser a fertilização *in vitro* convencional, os óvulos ficam alocados em uma incubadora junto com os espermatozoides para que ali ocorra a fecundação de forma natural e, posteriormente, a transferência do embrião para o útero materno.

Em todos os métodos, vale destacar, o material genético não será necessariamente do casal, podendo ser obtido por meio de doação de sêmen e óvulo de terceiros.

⁵ O referido dispositivo constitucional assim dispõe: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: § 7º 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.

⁶ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silvia. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72.

O procedimento da fertilização *in vitro* ganhou notoriedade quando o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3510/DF⁷), que impugnava o artigo 5º da Lei 11.105/2005⁸ (Lei de Biossegurança), que abria espaços para a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia. Referida lei, no entanto, estabeleceu no artigo guerreado, que as células-tronco embrionárias produzidas por fertilização *in vitro* poderiam ter a destinação de pesquisa e terapia, desde que sejam embriões inviáveis ou congelados há três anos ou mais, contando, em qualquer caso, com o consentimento dos genitores. Essa última exigência deixa explicitado que o procedimento é realizado com a finalidade precípua da procriação, uma vez que cuida de embriões excedentes ou supranumerários.

O julgamento teve o acompanhamento de toda imprensa nacional e internacional e, pela primeira vez, a Corte Suprema designou audiências públicas ouvindo profissionais das mais relevantes áreas da medicina, biologia e ciências sociais, contando também com a legitimação extraordinária do *Amicus Curiae*, instituto de origem britânica, que emprestou relevantes informações técnicas e científicas a respeito da matéria discutida.

Todo esse esforço de se buscar a *communis opinio doctorum* fez com que o Supremo Tribunal Federal decidisse, com arrimo no voto do ex-ministro Ayres Britto, que a vida humana é confinada a duas etapas: entre o nascimento com vida e a morte encefálica, período em que a pessoa é revestida da personalidade jurídica, que a ela confere direitos e obrigações na vida civil. Evidenciou ainda o ministro julgador que o *thema probandum* estava diretamente ligado aos embriões congelados e que não serão utilizados.

Interessante, aqui, destacar trecho do voto do ministro relator, ao relacionar a fertilização *in vitro* com o instituto da família:

⁷ STF: ADI 3510 DF. Relator: Ministro Ayres Britto.

⁸ BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança - PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 de mar. de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 5 jun. 2015.

I - a fertilização *in vitro* é peculiarizado meio ou recurso científico a serviço da ampliação da família como entidade digna da "especial proteção do Estado" (base que é de toda a sociedade);
 II - não importa, para o Direito, o processo pelo qual se viabilize a fertilização do óvulo feminino (se natural o processo, se artificial). O que importa é possibilitar ao casal superar os percalços de sua concreta infertilidade, e, assim, contribuir para a perpetuação da espécie humana. Experimentando, de conseguinte, o êxtase do amor-a-dois na paternidade responsável.⁹

Assim, os ministros deixaram transparecer que a vida tem início *in ventre* e não *in vitro*. O *locus* definidor aloja-se intraútero, casulo acolhedor do embrião. Extraútero não passa de um conjunto de células, sem qualquer condição de progressão para atingir a vida. Com tais técnicas, caiu por terra a consagrada conceituação de que *maternitas certa est* e passa a prevalecer *maternitas incerta est*.

3.3 Inseminação artificial

A inseminação artificial talvez tenha sido a primeira forma de reprodução assistida a ser utilizada pelo homem, tendo seu registro no ano 1795, quando realizada em laboratório por John Hunter, conforme já mencionamos neste trabalho.¹⁰ Desde então, o método foi aperfeiçoado por cientistas e médicos, proporcionando técnicas mais precisas e obtendo resultados mais satisfatórios.

Assim como a fertilização *in vitro*, a inseminação artificial é um método de reprodução assistida que visa auxiliar a concepção sem a necessidade da relação sexual, tornando-se um aliado para as pessoas com alguma deficiência reprodutiva. Anota-se, também, que em ambos os métodos o material genético utilizado pode ser tanto do casal quanto de doadores.

A diferença entre eles, em linhas gerais, é o local em que ocorrerá a concepção, pois com a fertilização *in vitro* esta se dará externamente ao corpo da mulher e com a inseminação artificial será internamente, de forma natural.

A inseminação artificial, portanto, é uma técnica que pode ajudar a tratar certos tipos de infertilidade em homens e mulheres. Neste procedimento, os

⁹ STF: ADI 3510 DF. Relator: Ministro Ayres Britto.

¹⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 33.

espermatozoides são inseridos diretamente no colo do útero da mulher, percorrendo um caminho mais curto e tornando possível a concepção.

Em nosso ordenamento jurídico, a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* não receberam tratamento específico, o que reforça o nosso entendimento de que a legislação pátria deixa de abordar o tema da reprodução assistida como um todo.

Ao percorrer o Código Civil de 2002, podemos encontrar breves menções à reprodução assistida ao tratar de questões relativas à paternidade, no capítulo da filiação. É o que encontramos no art. 1.597, nos incisos III, IV e V, que traz expressões como “fecundação artificial homóloga”, “concepção artificial homóloga” e “inseminação artificial heteróloga”.

A confusão e incerteza das expressões utilizadas pelo legislador no referido dispositivo demonstram o despreparo para enfrentar questões relativas à reprodução assistida. Deste modo, a fim de esclarecer e facilitar a interpretação da lei, o Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, aprovou o enunciado 105¹¹ com o seguinte teor: “[...] *as expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’.*”

De forma clara e objetiva, chega-se a uma interpretação pela qual temos na reprodução assistida um gênero, na qual as demais expressões usadas pelo legislador civilista são suas espécies.

Desta forma, quando o Código Civil tratou das procriações artificiais, introduziu timidamente em seu corpo a inseminação homóloga e a heteróloga, conforme ensina Maria Helena Diniz:

Essa fecundação pode ser homóloga, se feita com os componentes genéticos advindos do casal, ou, heteróloga, se com o material fertilizante de terceiro (sêmen do marido e óvulo de outra mulher; sêmen de terceiro e óvulo da esposa; sêmen e óvulo de estranho), cujo embrião poderá ser implantado no útero da esposa ou de terceira pessoa.¹²

¹¹ Enunciado 105. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados aprovados:** I Jornada de Direito Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

¹² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 570.

Na primeira delas, após a constatação do amadurecimento dos óvulos, faz-se a introdução do sêmen do marido ou companheiro no colo do útero da esposa ou companheira, na esperança que seja fertilizado.

Na segunda é feita a inseminação artificial com a utilização do sêmen de doador. Nesse caso, Fernandes elucida:

Por fecundação heteróloga entende-se o processo pelo qual a criança que vier a ser gerada por qualquer das técnicas de reprodução assistida for fecundada com a utilização de gametas de doadores, dividindo-se a fecundação heteróloga “a mãe”, quando o gameta doador for o feminino, “a pai”, quando se tratar de doação de gameta masculino, ou total, quando os gametas utilizados na fecundação, tanto os masculinos quanto os femininos, são de doadores.¹³

A inseminação artificial homóloga, ou seja, aquela na qual se utiliza o material genético próprio do casal está inserida nos incisos III e IV do artigo civilista em questão, ao dispor que:

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

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

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

Desta forma, no primeiro caso, o Código Civil presume a paternidade no caso de inseminação *post mortem*. Trata-se, aqui, na proteção da vontade das partes em preservar e dar continuidade ao projeto parental, mesmo diante do falecimento do companheiro. Tal dispositivo, contudo, não dispõe acerca da anuência do consentimento e autorização do falecido. Para Maria Helena Diniz, “[...] o uso do material fertilizante depende da anuência prévia do doador, uma vez que tem propriedade sobre as partes destacadas de seu corpo.”¹⁴

Reforçando este entendimento, novamente o Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, por meio do enunciado 106, dá interpretação ao inciso III do art. 1.597 do Código Civil ao traçar a diretriz de “[...] que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com material genético do

¹³ FERNANDES, Tycho Brache. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito de sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 58.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 18. ed. aum. e atual., de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5. p. 384.

falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.” Resta claro, portanto, a necessidade da anuência do companheiro falecido.

O caso de presunção decorrente de reprodução artificial homóloga diz respeito aos embriões excedentários, que nada mais são do que aqueles embriões gerados que não foram implantados no útero da mulher na aplicação da técnica reprodutiva. Nesse caso, os embriões excedentes e viáveis poderão ser criopreservados, sendo que os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões, quer seja em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. Se os pacientes pretenderem também poderão descartar os embriões criopreservados com mais de cinco anos, sem endereçá-los para pesquisas de célula-tronco, conforma determinado pelo artigo 5º, da Lei 11.105/2005, conhecida como Lei de Biossegurança.

Apesar da polêmica que envolve o tema, desde aspectos éticos, morais e sucessórios, em se tratando de direito de família e realização do projeto parental, a destinação dos embriões excedentários pode representar uma chance real para a constituição de uma família, como acontece no caso de doação destes embriões para um casal com problemas de infertilidade.

No que concerne à inseminação artificial heteróloga, em que há o uso de material fecundante proveniente de terceiros, o Código Civil dispõe em seu inciso V, do art. 1.597, que são presumidos os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que se tenha prévia autorização do marido.

Mais uma vez buscando elucidar a intenção do legislador, o Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, editou o Enunciado 104¹⁵ nos seguintes termos:

No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da

¹⁵ Enunciado 104. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados aprovados:** I Jornada de Direito Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

Temos, portanto, com relação à inseminação heteróloga, a exigência de prévia manifestação do marido em permitir a realização do procedimento médico, após ter sido corretamente orientado a respeito pelo Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, conforme preconiza o supracitado dispositivo.¹⁶ Assim, o material procriativo será buscado nos bancos de sêmen, observando-se rigorosamente as características fenotípicas.

A ideia da lei, combinado com a interpretação do enunciado, é proteger a família que está sendo constituída, de modo que o material reprodutivo do doador não influencie no planejamento familiar do casal, isto é, apesar da criança carregar material biológico do doador, para todos os efeitos o pai será aquele que voluntariamente consentiu com a inseminação heteróloga.

3.4 Situações decorrentes

Com tamanho quadro evolutivo, com os incessantes avanços médicos na reprodução assistida, sem uma normatização a respeito de novos temas complexos não abrangidos pelo Código Civil e nem mesmo pela Resolução do CFM já citada, exigem a intervenção do Poder Judiciário para a homologação de determinado procedimento não previsto.

O fato de não existir uma lei específica para regulamentar determinada situação, não elide o chamamento jurisdicional, em razão até mesmo do preceito contido no Código Civil no sentido de que, em caso de omissão legislativa, o juiz deverá decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. No caso da reprodução assistida, aplica-se o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da Constituição Federal.

3.4.1 Seleção Genética

Dentre as pesquisas elaboradas com sucesso, o genoma humano, após seu bem sucedido sequenciamento, passou a ser palco de debate globalizado e traduz a

¹⁶ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

preocupação com o código genético, fazendo com que o interessado possa descobrir as mutações de seu DNA e as prováveis doenças que poderão afetá-lo. Não só. Já é realidade a seleção de embriões para evitar doenças genéticas e outras anomalias. O embrião, que antes era tutelado pelo princípio da intocabilidade, agora, quando manipulado e produzido *in vitro*, poderá ser submetido a diagnósticos pré-implantatórios para avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, além da intervenção terapêutica para tratar de uma moléstia ou mesmo para impedir sua transmissão.

A nova tecnologia permite a correção de genes imperfeitos. O que não se autoriza é alterar as características genéticas dos bebês, como cor de olhos, cabelos e sexo, conforme a proibição contida no artigo 15, § 2º, inciso III, do Código de Ética Médica. Assim como pela Resolução 2.121/2015 do CFM, que impede a aplicação das técnicas de reprodução assistida para selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, com exceção de procedimento que possibilite a intervenção para evitar doenças diagnosticadas ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

Daí vem o questionamento ético a respeito do casal gerar um filho livre de doença genética para doar células-tronco para outro que dela seja detentor. Tal situação foi retratada no filme *Uma prova de amor (My sister's keeper)*, de 2009¹⁷. Em breve resumo, a criança Kate é acometida de um tipo raro de leucemia e seus pais buscam, então, gerar um filho a partir de técnicas de reprodução assistida, onde selecionam os genes que a nova criança vai carregar. Assim, nasce Anna, saudável e compatível com sua irmã. A película, no entanto, vai além da questão familiar ao abordar outra polêmica que recai sobre a autonomia do menor de idade em dispor de seu corpo.

Nesse caso específico, no que concerne o direito familiar, as técnicas de reprodução assistida funcionam como instrumento de manutenção da família. Isto porque, sua função é a de gerar uma criança saudável e compatível para salvar a vida do filho que necessita do transplante de medula. Percebe-se, portanto, que não se trata de um problema no sistema reprodutor do casal, mas mesmo assim opta-se pela reprodução assistida, pois com a tecnologia disponível é possível não só gerar um filho, mas também salvar outro.

¹⁷ MY SISTER'S Keeper: uma prova de amor. Direção: Nick Cassavetes. Produção: Jeremy Leven. EUA: PlayArte Pictures, 2009, (109 min), DVD, son., color..

Mesmo que não haja um filho a ser beneficiado, a conduta do casal em querer eliminar a sombra da doença que afeta a família, é de fácil aceitação, pois vem revestida de ações preventivas, de diagnósticos e terapias. É mais racional eliminar o mal no seu nascedouro do que, na idade adulta, viver alimentando-se de medicamentos e entupindo os leitos hospitalares, com remotas chances de reversibilidade da saúde.

No mesmo diapasão a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às aplicações da Biologia e da Medicina esclarece sobre as intervenções com o genoma humano, em seu artigo 13º:

Uma intervenção que tenha por objeto modificar o genoma humano não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência.¹⁸

Hoje, no Brasil, já é realidade nos laboratórios a implantação do teste para vasculhar o DNA em busca de prováveis doenças genéticas. Apesar de ser uma prática condenada por alguns especialistas, que não vislumbram benefícios na investigação, outros apregoam que o resultado vem a indicar a possibilidade de identificar precocemente uma determinada doença, proporcionando, desta forma, uma mudança no estilo de vida e até mesmo cuidados específicos para eliminar as chances de desenvolvê-la.

Com o aumento das clínicas de reprodução assistida, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) tem permitido a importação de sêmen¹⁹, cujo material contém informações mais precisas a respeito do doador, sua família e as doenças genéticas. Tanto é assim que a ANVISA, no ano de 2013, concedeu 32 autorizações para importação de sêmen, enquanto que em 2014, foram 205 autorizações.

¹⁸ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina**. Oviedo, 1997. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

¹⁹ NEUMAN, Camila. **Importação de sêmen estrangeiro aumenta 500% no Brasil em um ano**. São Paulo, 17 jun. 2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2015/06/17/importacao-de-semen-de-estrangeiros-aumenta-500-no-brasil-em-um-ano.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

3.4.2 Relações homoafetivas

A Resolução 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina, de forma abrangente, atendendo às mais recentes decisões dos tribunais superiores, em especial a já mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 132, em que se reconhece a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, permite a utilização do uso das técnicas de reprodução assistida para os relacionamentos homoafetivos, respeitando o direito da objeção de consciência do médico.²⁰

A legislação brasileira, paulatinamente, vem fincando novas demarcações de conquistas visando conferir aos homossexuais igualdades incondicionais, inclusão, cidadania, sem preconceitos e discriminação, quer seja por gênero quer seja por orientação sexual.

Afiança a Lei Maior que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e o bem de todos, sem preconceitos e outras formas de discriminação é um dos objetivos da República. Os direitos e garantias fundamentais asseguram que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, além da inviolabilidade da vida privada.

Nesse sentido, Sarlet:

Dessa forma, aquilo que justificaria a diferenciação com relação à homossexualidade, hoje se traduz em preconceito, não mais servindo como justificativa racional para práticas discriminatórias. Logo, não há razões, para não se adaptar as normas a esta nova situação jurídica. Enquanto isso não acontece por parte do legislador, cabe ao Poder Judiciário, nos casos concretos como o dos autos, concretizar o direito fundamental à igualdade assegurado constitucionalmente, somente afastado mediante razões suficientes, com uma carga de argumentação que justifique tratamentos desiguais, inexistente no caso concreto.²¹

Dando sequência a tal propósito, basta imaginar a seguinte situação: duas mulheres que viviam em união estável, hoje casadas pelo permissivo jurisprudencial e, pela estabilidade do vínculo, pretendem ter um filho. Procuram por uma clínica de

²⁰ A Resolução 2.121/2015, do CFM, assim dispõe: É permitido o uso das técnicas de reprodução assistida para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 24

reprodução humana, coletam seus óvulos, que são fertilizados por sêmen doado anonimamente (fertilização *in vitro* heteróloga) e, em seguida, os embriões serão transferidos para o útero de uma delas. Com o nascimento da criança é possível registrá-la em nome casal homoafetivo?

A resposta afirmativa se impõe e rompe os velhos paradigmas, sendo que até o início deste ano era possível a expedição de mandado judicial autorizando o assento de nascimento da criança em nome das duas mães, com seus respectivos dados qualificativos. Tal raciocínio foi tomado por entender que deve ser preservado o direito da criança em ostentar o nome da família que a concebeu mediante reprodução institucionalizada.

A novidade que incide sobre o tema é que, em 14 de março de 2016, a Corregedoria Nacional de Justiça editou o Provimento 52²², regulamentando a emissão de certidão de nascimento dos filhos havidos por reprodução assistida. A partir desta diretriz, de iniciativa da ministra Nancy Andrighi, passa-se a desjudicializar a questão do registro civil da criança nascida por reprodução assistida. Isto porque, ao invés de acionar a justiça, o casal interessado poderá requerer o registro diretamente ao Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais, apresentando os documentos constantes no referido provimento.

O mesmo entendimento já ganhava corpo com o Enunciado nº 608, da VII Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, em 29 de setembro de 2015 e Enunciado nº 12, do X Congresso Brasileiro de Direito de Família, do IBDFAM, em 23 de outubro de 2015:

Enunciado nº 608, CJF: É possível o registro de nascimento dos filhos de pessoas do mesmo sexo originários de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil, sendo dispensável a propositura de ação judicial, nos termos da regulamentação da Corregedoria local.

Enunciado 12, IBDFAM: É possível o registro de nascimento dos filhos de casais homoafetivos, havidos de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil.²³

²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Corregedoria Nacional de Justiça. Provimento 52, de 15 de março de 2016. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

²³ Enunciado 608. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados Aprovados na VII Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados%20aprovados%20-%20VII%20jornada/view>>. Acesso em: 21 abr. 2016. Enunciado 12. IBDFAM. **IBDFAM aprova Enunciados**. Belo Horizonte, 28 out. 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados+++>>. Acesso em: 2015.

3.4.3 Ovodoação

Outra situação que merece destaque é a doação compartilhada de óvulos, também chamada de ovodoação, que vem a ser a técnica utilizada quando uma mulher não tem condições de atingir a gravidez por não produzir óvulos. Assim, busca em uma clínica especializada óvulos que foram doados por outra mulher.

Essa forma de doação compartilhada de óvulos se torna interessante para o direito de família pelo fato de possibilitar que a partir de uma técnica duas mulheres possam atingir a gravidez, realizando, assim, o desejo de gerar uma criança.

De um lado temos uma mulher que, apesar de possuir óvulos, não consegue engravidar pelas vias naturais. Assim, encontra na reprodução assistida uma possibilidade de gerar uma criança, contudo, não possui condições financeiras para arcar com os custos. Do outro lado, temos uma mulher que também possui o desejo de engravidar, porém não produz óvulos para tanto. Essa, que possui condições financeiras, recebe os óvulos da primeira e, em contrapartida, auxilia, em parte ou no todo, o procedimento da doadora como forma de retribuição. Deste modo, não há caráter lucrativo ou comercial, o que é vedado pelo CFM, mas apenas o pagamento dos custos envolvidos no procedimento médico, trazendo vantagens e benefícios para todas as partes.

Nesse caso, a mulher que faz a doação de seus óvulos deve renunciar a todos os direitos que lhe seriam próprios resultantes da maternidade. Deste modo, a criança concebida por meio da ovodoação será da mulher que recebeu a doação dos óvulos. Apesar de carregar o material biológico da doadora, para todos os direitos, a criança será filha da receptora.

A ovodoação é um tema inovador no campo da própria medicina e que se comunica com as demais técnicas de reprodução assistida. O legislador, porém, de forma arritmica, não acompanha a evolução médica, deixando para momento posterior a definição de regras específicas. Então, em razão da lacuna legislativa, o Conselho Federal de Medicina assume a responsabilidade de editar as diretrizes necessárias.

A doação de óvulo é uma prática que transpassa questões puramente médicas e técnicas. Trata-se de um ato de solidariedade humana, em que o homem aceita a sua imperfeição e reconhece no seu semelhante a oportunidade de se alcançar um objetivo comum. O que torna a sua prática questionável é quando se

verifica a sua comercialização. Daí, a partir do momento em que se negocia o próprio corpo em troca de vantagem financeira, a solidariedade que envolve a prática cai por terra.

Por essa razão, a Resolução é enfática ao determinar que a doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, evitando, assim, que a sua prática não se torne um objeto de mercado.

Ainda, importante mencionar recente episódio envolvendo a doação de óvulos em uma situação excepcional. De acordo com a Resolução 2.121/2015 do CFM, os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, bem como deverá ser mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas, bem como dos receptores. Com a proibição, o Conselho Federal de Medicina visa minimizar os riscos de questionamentos éticos e jurídicos acerca da filiação da criança.

Porém, em dezembro de 2015, a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) afastou a proibição inscrita na Resolução do CFM e concedeu o direito de uma mulher se submeter ao procedimento de fertilização *in vitro* a partir de óvulos doados por sua irmã. Com a decisão, prevaleceu o direito à procriação, garantindo à interessada uma resposta satisfatória quanto ao seu desejo de constituir família, independentemente da proibição prescrita pelo órgão de classe.

Vejamos trecho do referido acórdão:

Legitimidade da receptora de óvulos, seu cônjuge e irmã (possível doadora) para a propositura da presente ação. Evidencia-se a titularidade dos autores para pleitearem o direito debatido, dada a inegável repercussão, em suas esferas jurídicas, da proibição de realização de procedimento de reprodução assistida mediante doação de óvulos por pessoa conhecida, inscrita na Resolução/CFM nº 2013/2013 e repetida pela Resolução/CFM nº 2121/2015, em vigor. Nesse cenário de tutela da aspiração reprodutiva como consequência do direito fundamental à saúde e ao planejamento familiar e, conseqüentemente, de autorização e facilitação de acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, eventuais restrições, para se legitimarem, devem encontrar suporte lógico, científico e jurídico. O direito à reprodução por técnicas de fecundação artificial não possui, por óbvio, caráter absoluto. Contudo, eventuais medidas restritivas de acesso às técnicas de reprodução assistida, ínsito ao exercício de direitos fundamentais de alta envergadura, consoante demonstrado, só se justificam diante do risco de dano efetivo a um bem relevante, análise a ser perpetrada, não raro, em face do caso concreto.²⁴

²⁴ SÃO PAULO; MATO GROSSO DO SUL. **Tribunal Regional Federal 3ª Região**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/1t2iaG>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

3.4.4 Gestação por substituição

Dentre as inúmeras situações possíveis a partir das técnicas de reprodução assistida hoje existentes, destaca-se a gestação por substituição ou doação temporária do útero, que ganhou notoriedade após ser popularmente conhecida e equivocadamente denominada como “barriga de aluguel”.

Essa técnica, ensina Leite:

[...] consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação de substituição quando o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe.²⁵

Trata-se, portanto, de um método de reprodução assistida que se inicia com o procedimento da fertilização *in vitro* para a fecundação dos gametas do casal ou de terceiro e termina com a alocação do embrião fecundado em um útero substituto, ou seja, de outra mulher. Assim, a criança a ser gerada poderá carregar o material genético homólogo ou heterólogo.

Percebe-se que a gestação de substituição se comunica com diferentes técnicas de concepção. Por exemplo, imaginemos a situação em que a doadora do útero vai realizar a gestação de um embrião que foi fecundado a partir de um óvulo que foi doado por outra mulher, tudo isso em razão da vontade de concretizar o planejamento familiar de outra mulher. Nesse caso, temos três figuras maternas, a mãe gestacional, a mãe biológica ou genética e a mãe social ou afetiva.

Assim, o fato de termos mais de uma figura materna nos leva à incerteza quando à própria maternidade, de modo que o brocardo *mater semper certa est*, perde sua essência. Segundo Gama:

No campo jurídico, tal possibilidade se revela prática inimaginada pela legislação – que sempre se fundou no brocardo *mater semper certa est* –, devida à convicção humana quanto à certeza da maternidade diante da coincidência entre a verdade biológica e a verdade jurídica, verificada através da gravidez e do parto.²⁶

²⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médico-legais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 66.

²⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução humana assistida. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 745.

A medicina, então, auxilia o homem a vencer os problemas que afligem sua natureza social e biológica, tendo na gestação de substituição uma técnica alternativa disponível para a concepção de um filho, possibilitando a constituição de família. ,

Lembramos que, para os casos de gestação por substituição aplicam-se as mesmas regras de registro da criança quando havida por casal homoafetivo, ou seja, não há necessidade de acessar o judiciário para registrar o filho, bastando o comparecimento dos pais no Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais.

3.4.5 Caso *Tracy Langondino/Thomas Beatie*

Outra diferente situação que merece destaque pela sua notória peculiaridade, é o caso de Thomas Beatie, americano que nasceu transexual, portanto características típicas de ambos os sexos e, por apresentar sistema reprodutor feminino, foi registrado como mulher em seu nascimento, sob o nome de Tracy Langondino. Ocorre que, durante sua vida, Tracy se identificava mais com o sexo oposto, fato que ensejou a cirurgia para fixação do sexo masculino como predominante. Seus órgãos reprodutivos internos, contudo, foram mantidos.

Assim, após procedimento judicial, Tracy tornou-se legalmente Thomas Beatie em 2002, sendo considerado homem para todos os efeitos da vida civil. O fato, que por si só já é curioso, torna-se ainda mais interessante quando Thomas se casa com Nancy que, por sua vez, estava impossibilitada de engravidar, pois havia se submetido a uma histerectomia.

Diante de tal impossibilidade, o casal, com a finalidade de constituir família, optou por usar o corpo do próprio Thomas para gerar seus filhos, uma vez que seus órgãos reprodutores internos foram inalterados, ou seja, pertenciam ao sexo feminino. Então, valendo-se de técnicas de reprodução assistida, Thomas engravidou e teve sua primeira filha em 2007. Depois, da mesma forma, vieram mais dois filhos.

O caso gerou muita polêmica à época, sendo até hoje tema de debates calorosos. Indaga-se de como tal situação deve ser tratada à luz do direito, colocando em xeque o monopólio da gravidez da mãe-mulher? Como deveria o Estado se portar diante desses casos? Teria a ciência extrapolado os limites éticos e

morais da sociedade colocando o desejo humano de reproduzir-se em primeiro plano?

Em todos esses casos, contudo, as técnicas de reprodução assistida e suas situações decorrentes possuem um mesmo objetivo, que é a constituição de uma família, baseada em um planejamento parental sólido realizado pelos interessados. Contudo, faz-se mister guardar respeito aos princípios fundamentais que rogam proteção à família, em especial o da dignidade da pessoa humana, pois muitos são os envolvidos nestes procedimentos.

Destaca-se, ainda, a responsabilidade de proporcionar respostas aos direitos gerados com a formação da nova família. O que se espera, portanto, é que o uso das técnicas reprodutivas esteja voltado para atender não só o desejo do casal, mas também à satisfação social como um todo.

CAPÍTULO 4 DO PODER PÚBLICO E O INSTITUTO DA FAMÍLIA

4.1 Da responsabilidade do Poder Público

A família é fenômeno cultural, e não jurídico. Dizer isso é realçar que a concepção de família não pode ser estritamente biológica. O conceito de família é construído a partir de valores sociais e culturais, e não necessariamente jurídicos.

Muito mais do que uma concepção jurídica, família é possibilidade de vida comunal. E o direito é o instrumento responsável por regulamentar a família a partir das diferentes possibilidades de convivência.

Para tanto, a nossa Constituição Federal em seu Capítulo VII, art. 226, dispõe que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Tal premissa constitucional enaltece e deixa explícita a responsabilidade que o Poder Público tem para com as famílias.

Acerca do mandamento constitucional supracitado, Guilherme Calmon Nogueira da Gama traz uma passagem elucidativa sobre a responsabilidade do Estado no que diz respeito à proteção especial concedida à família:

A efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumprem o seu papel maior. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente da sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.¹

Tal premissa constitucional traz em seu bojo uma forma de proteção especial associada à dignidade da pessoa humana. Isto é, se a família é instrumento de proteção da pessoa humana, deve-se valorizar, como forma de garantir tal dignidade, a autonomia privada. Essa valorização da vontade da pessoa humana, bem como sua autonomia, traz a reboque a intervenção mínima do Estado.

¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 26.

O papel do Estado nas relações familiares, por sua vez, nem sempre requer uma postura ativa, uma conduta ativa, mas o simples fato de assegurar a valorização da autonomia privada como instrumento de realização da pessoa humana. Assim, verifica-se uma maximização da vontade dos membros da família e uma minimização da intervenção do Estado, que não deixa de exercer sua função especial de garante.

Deste modo, se o direito de família é uma relação privada, também podemos identificar a incidência de direitos e garantias fundamentais. Trata-se da presença de todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Apesar de não serem princípios específicos do direito de família, são princípios genéricos com aplicabilidade em toda e qualquer relação jurídica.

O Estado, portanto, alimenta-se do texto constitucional para adotar posturas no sentido de garantir a almejada proteção especial às famílias. Para tanto, lança mão de legislações infraconstitucionais e políticas públicas para atingir seu objetivo final, qual seja, a garantia da dignidade destas famílias que compõe a sociedade.

A nossa legislação, por muito tempo, teve sua atenção voltada somente ao casamento e à consanguinidade como formas legítimas de constituir um núcleo familiar. Aos olhos do Estado, esses eram os fatores mais importantes para configurar tal agrupamento de pessoas.

Nos dias atuais, tanto o casamento quanto a consanguinidade deram lugar ao afeto como fator preponderante, ou mais, como um valor jurídico no nascimento e na manutenção do elo familiar.

Deste modo, em razão da proteção especial outorgada pelo Estado, nos moldes do já citado artigo 226 da Constituição Federal, cabe aos entes públicos propiciarem os meios adequados para garantir não só a construção das famílias com base no afeto, mas também assegurar o melhor desenvolvimento da célula familiar e também de seus membros. Assim, espera-se do legislador uma atenção especial para o recinto familiar, de forma a resguardar o direito de constituir livremente uma família, legitimando, sob o prisma constitucional, a dignidade de seus membros.

Do mesmo modo, a questão da indissolubilidade do casamento foi tratada pelo Estado aos olhos da modernidade. Em 2010, por meio da Emenda

Constitucional nº 66, a Lei Maior adequou-se à evolução social e facilitou o processo de dissolução do casamento².

São várias as leis de iniciativa do Poder Público com a finalidade de proteger o instituto da família, dentre as mais importantes podemos destacar o próprio Código Civil de 2002, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei Maria da Penha³, a Lei da União Estável⁴ e a Lei sobre a Guarda Compartilhada.

O Códex civilista, acompanhando as diretrizes do art. 226 da Constituição Federal, passa a admitir e regulamentar as relações familiares de forma mais adequada à realidade. Com isso, a família deixa de ser singular e passa a ser plural. Torna-se, também, igualitária, com aspectos mais democráticos, atento às mudanças da sociedade.

A proteção legal, portanto, deixou de ser exclusiva da família tradicional. A partir de 1988, com o novo texto constitucional, o Estado passou a alcançar também as famílias monoparentais e a união estável, o que significou um grande avanço social. Contudo, ainda existem configurações familiares que não estão previstas em nossa Carta Magna, e que por estarem à margem da legislação não gozam dos mesmos direitos e garantias. Assim, o Estado busca reconhecer e conceder os direitos próprios de uma família às situações equiparadas por meio do Judiciário, como vimos com a já citada ADI 4277/2011⁵, de relatoria do ex-ministro Ayres Britto, que reconhece e equipara as uniões homoafetivas.

O chamamento do Poder Judiciário para responder às demandas que inicialmente seriam de responsabilidade do Legislativo tem se tornado algo corriqueiro no país. E isto não é uma exclusividade do Direito de Família, mas é possível notar a “judicialização” nos mais diversos campos do direito.

² O princípio está consubstanciado no art. 226, §6º “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.” (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010).

³ BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 11 ago. 2015.

⁴ Id. Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em: 11 ago. 2015.

⁵ STF: ADI 4277 DF. Relator: Ministro Ayres Britto.

No que diz respeito à eficácia e eficiência da atuação do Poder Público quando diante de questões relativas ao Direito de Família, é possível notar um esforço dos legisladores, mas também sua omissão quando o assunto em pauta é polêmico e delicado. Aí, aciona-se o Judiciário para buscar a tutela almejada. O conjunto dessa atuação pública, como sempre pautada na interferência mínima, porém, necessária, deve ser vista como positiva quando acompanha a evolução e as demandas da sociedade.

Para tanto, basta observar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que uma só pessoa, de forma singular, ainda que não seja uma família propriamente dita, merece a mesma proteção. Assim é o teor da Súmula 364, que dispõe que o *conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas*.

A proteção especial, portanto, é melhor entendida quando interpretada sob a ótica de uma garantia constitucional, revelando seu caráter protetivo por meio de uma intervenção mínima do legislador, a fim de garantir a manutenção da família como base da sociedade.

Nesse sentido, Venosa afirma que:

[...] não pode o Estado deixar de cumprir sua permanente função social de proteção à família, como sua célula mater, sob pena de o próprio Estado desaparecer, cedendo lugar ao caos. Daí por que a intervenção do Estado na família é fundamental.⁶

Assim, a resposta do Poder Público à ordem constitucional deve ser verificada em suas ações direcionadas às famílias, a fim de observar sua validade e eficiência.

Buscando uma intervenção eficiente, com vistas à regulamentação das relações familiares que ainda buscam seu reconhecimento na sociedade, o Estado deve primar pela edição de normas de caráter protetivo e inclusivo.

O destinatário da legislação não é somente aquela família à margem da lei, mas sim toda e qualquer forma de família, uma vez que a especial proteção abrange o agrupamento familiar biológico e socioafetivo.

⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 26.

A liberdade para formar família, afirma Nery, não se padroniza a luz dos olhos do Poder, mas dá sentido ao dever que impõe ao Estado de resguardar os anseios de um grande projeto de vida privada chamado Família.⁷

Essa ideia de família como instrumento permite a adoção de uma identidade distinta para cada núcleo familiar, estabelecida sob os elementos contemporâneos que presidem o Direito de Família, como o afeto, a ética, a dignidade e a solidariedade.

Vivemos, contudo, em uma sociedade em constante transformação, que se dá em ritmo acelerado, o que dificulta o trabalho do Estado em identificar as necessidades e agir de forma mais eficaz e eficiente.

Basta observar que quando uma lei é editada pelo Legislativo, ou uma jurisprudência é formada pelo Judiciário, as reações dentro da sociedade não são unânimes. Isto retrata a delicadeza da questão.

Contudo, não pode o Estado quedar-se inerte. Apesar das opiniões divergentes neste debate ético e moral que ecoa na sociedade, o Estado não pode deixar de agir. Pelo contrário, deve zelar pela construção e manutenção das famílias nas suas diferentes formas, em sua plenitude, valendo-se dos mecanismos legais ou judiciais, pautados nos valores de justiça, dignidade e igualdade.

Ora, se a família é a base da sociedade, é dever do Estado formar uma base sólida e rígida capaz de sustentar seu corpo social. A incerteza jurídica e exclusão social podem colocar em xeque a sua própria sustentação.

4.2 Do direito à procriação

Muitos casais almejam constituir um núcleo familiar, porém, por diversas razões são impossibilitados de gerar uma criança. A consequência disto é a frustração de não conseguir constituir a sua família.

Sabemos que a reprodução do homem é um dos momentos mais importantes de sua vida, pois é ali que se encontra a oportunidade de iniciar sua célula familiar íntima, ou de dar continuidade àquela já existente.

Grande parte das discussões ética, legal e política em relação a esta problemática gira em torno de um apelo a um direito básico de se reproduzir.

⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atual. por Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade Nery. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. t. 7. p. 232.

As regras sociais sobre as famílias e o bem-estar das crianças são postas em questão em face das famílias “não tradicionais”, como aquelas em que os pais são do mesmo sexo, ou substancialmente mais jovens ou mais velhos do que o usual, ou singular.

Podemos verificar a existência de algumas recentes mudanças no cenário familiar que trazem à tona a discussão do direito à procriação.

Isto porque, as mudanças demográficas da família significa que os filhos estão sendo criados cada vez mais em famílias recompostas, isto é, por pais solteiros, ou parceiros do mesmo sexo, o que levanta a questão sobre quem deve ser considerado pai de uma criança e que uma boa parentalidade requer.

Ainda, o desenvolvimento e a proliferação da engenharia genética trazem à tona questões relativas ao acesso à tecnologia, a sua legitimidade, e seu uso para gerar futuros filhos ou impedir o nascimento de crianças com doenças genéticas.

A realidade de constituir uma família, por sua vez, nem sempre ocorrerá conforme o planejado pelo casal. Em razão de fatores alheios à vontade dos pretensos pais, o sonho de gerar o próprio filho poderá encontrar dificuldades para se atingir a gravidez, como a infertilidade, que atinge grande parte da população.

A incapacidade de ter filhos, portanto, pode ser uma experiência devastadora, capaz de abalar emocional e socialmente o homem. Assim, verificamos que, diante dessas situações, muitas pessoas inférteis realmente precisam de assistência e alívio.

Para Eduardo de Oliveira Leite, a infertilidade acarreta na frustração dos planos do casal:

Frustram-se também todos os projetos do casal quando a aguardada chegada não ocorre. Os planos desaparecem, o desejo de que o filho preencha lacunas, realize seus mais intensos sonhos, compense suas deficiências e fracassos, seja portador de benesses e felicidade esvai-se diante do espectro da infertilidade.⁸

O direito de procriar, portanto, abarca situações que vão além do direito de gerar um filho, isto é, diz respeito ao momento e maneira pela qual a pessoa busca a reprodução. Almeja-se um direito mais amplo, consistente em possuir a liberdade de tomar decisões acerca de métodos reprodutivos disponíveis, não sendo necessário

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médico-legais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 24.

se ater ao convencional ou limitado por alguma restrição ética ou social. Deve ser entendido como um direito sem discriminação, uma equiparação aos casais férteis que podem procriar por métodos naturais.

É nesse sentido o entendimento do artigo XVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao fincar como base da instituição do matrimônio e da fundação de uma entidade familiar o princípio da igualdade e dignidade entres os homens.⁹

É de grande interesse acadêmico e científico a discussão do direito à procriação que, talvez pela sua peculiaridade material, pela sua novidade frente à engenharia genética, ou até mesmo pela falta de conhecimento de nossos legisladores, certos assuntos acabam sendo postergados.

Ocorre que, por trás de cada problema existe uma pessoa, ou uma oportunidade de constituir ou reconhecer uma família. São indivíduos que almejam atingir a plenitude de sua saúde, especialmente quando acometidos de problemas relacionados ao sistema reprodutivo humano.

Daí, falamos em saúde sexual e os direitos reprodutivos que, nas palavras de Piovesan:

[...] correspondem ao conjunto dos direitos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana. Esse conceito compreende o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle da natalidade, quanto para a procriação sem riscos para a saúde.¹⁰

Em se tratando de um direito que diz respeito não somente à procriação, mas de saúde como um todo, faz-se jus à assistência governamental para sua consecução, seja por meio de políticas públicas de conscientização da população ou por financiamento público do próprio procedimento.

Esse direito à saúde, por sua vez, pode ser explicado a partir das palavras do professor Lora Alarcón:

Cuidando do direito à saúde como direito fundamental, o legislador constituinte articulou um direito a uma imposição constitucional. As normas que enunciam tal direito fundamental são de caráter

⁹ O Artigo XVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que: Os homens e as mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e dissolução. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 238.

imperativo, impõem um dever ao Estado, o que traduz um forte elemento sócio-ideológico no sistema jurídico e lhe indica uma finalidade específica. Assim, o direito à saúde possui atualidade vinculante com relação ao Poder Público, o que assegura a possibilidade de o cidadão procurar o órgão jurisdicional perante a omissão normativa ou os ataques do Estado ou terceiros que lesem ou ameacem de lesão tal direito.¹¹

Esse direito, entretanto, não diz respeito simplesmente da capacidade de dispor do próprio corpo, mas um direito muito mais significativo, que vem a ser o acesso à saúde, para que assim seja possível a concretização de um projeto familiar e a consequente concepção e educação de um filho.

Como já citado, em 1978, Louise Brown, o primeiro bebê de proveta, teve seu nascimento registrado e bem sucedido, demonstrando ao mundo que os problemas relacionados à procriação poderiam ser solucionados.

A procriação é fundamental para a existência e sobrevivência da própria raça humana e por essa razão, deve ser tido como um direito natural do homem. Com as tecnologias de reprodução humana à disposição do indivíduo, é preciso superar outras barreiras que conversam diretamente com a vontade de procriar.

A inseminação artificial, a clonagem, a fertilização *in vitro*, a gestação de substituição e outras técnicas reprodutivas que invadiram as esferas do direito, da moral e da ética, criaram novos desafios, conforme apontam Regina e Severo:

Segundo preveem alguns, a parentalidade está em vias de radical transformação. Em breve, segundo os mais pessimistas, não haverá senão uma recordação da família, tal como pensada e vivida atualmente. Para a alteração do modo das relações familiar concorrem vários fatores, alguns de ordem científica, outros de ordem moral e social. Entre os primeiros estão, sem dúvida, as técnicas de inseminação e fertilização assistidas e a engenharia genética, enquanto, entre aqueles de ordem social estão, dentre outros, as separações conjugais, os novos casamentos, a luta por uniões legalmente reconhecidas de homossexuais, a adoção masculina e a própria aceitação do uso das técnicas de procriação assistida e do “útero de aluguel”.¹²

A estrutura familiar mudou significativamente nas últimas décadas. A forma de constituir uma família pelos pretensos pais foi ampliada graças aos avanços nas tecnologias de reprodução assistida. Deste então, a engenharia genética tem se

¹¹ LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004. p. 327.

¹² HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O direito “in vitro”**: da bioética a biodireito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 101.

desenvolvido de forma a garantir uma oportunidade de procriação aos casais que não conseguem alcançar a reprodução pelos meios naturais.

Deve-se observar, contudo, que tais técnicas reprodutivas devem estar ao alcance de todas as camadas da sociedade, independentemente de fatores econômicos. Isto porque, os custos envolvidos no procedimento de reprodução assistida são altos, principalmente em países subdesenvolvidos. Deste modo, somente a classe mais privilegiada terá acesso aos recursos disponíveis, agravando a desigualdade já existente dentro da sociedade, mas desta vez em relação ao próprio direito de procriar e constituir uma família.

As tecnologias reprodutivas se tornam injustas quando carregam recursos para longe dos pobres e quando criam um “desespero” artificial e, portanto, uma “demanda” de recursos reprodutivos entre os que podem pagar, produzindo assim lucros para os fornecedores de novas técnicas. Essas tecnologias são uma maneira de resolver a infertilidade, mas têm de ser postas na perspectiva de alternativas menos caras, igualmente gratificantes e bem mais beneficentes.¹³

Assim, com as diferentes técnicas de reprodução assistida é possível ao homem contornar os obstáculos impostos pela própria natureza que o impeça de procriar. Dessa forma, seu desejo ganha *status* de direito, devendo ser guiado pelos princípios da dignidade e da igualdade.

4.3 Do planejamento familiar e da parentalidade responsável

Os princípios da paternidade responsável e do planejamento familiar encontram previsão constitucional no artigo 226, §7º, da Constituição Federal, que dispõe que “[...] o planejamento familiar é livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.”

Dentro do preceito constitucional podemos entender que o planejamento familiar está relacionado com a liberdade da pessoa em escolher se deseja ter filhos, bem como decidir o meio de concepção e seu o momento mais adequado.

Por outro lado, encontramos o princípio da parentalidade responsável, que diz respeito à limitação a essa primeira liberdade, ao entender que as decisões tomadas

¹³ CAHILL, Lisa Sowle. Paternidade/maternidade em perspectiva. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Ed.). **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Ed. Loyola : Sociedade Brasileira de Bioética, 2003. p. 385.

pelos pais devem respeitar a dignidade dos seus filhos. Isto é, o planejamento parental deve encontrar harmonia na parentalidade responsável.

Boulos, em consonância com o exposto, entende que “[...] o planejamento familiar prestigia a parentalidade responsável, pois, se por um lado, planejar a família constitui um direito, por outro, sustentar, guardar e educar os filhos menores constitui um dever.”¹⁴

Tal responsabilidade, portanto, cabe a qualquer genitor, homem ou mulher, seja ele oriundo de um casamento, de união estável ou até mesmo na monoparentalidade.

O Código Civil, sobre o assunto, traz no art. 1.565 que “[...] o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.”

Extraí-se do diploma civil que, na mesma esteira da Constituição Federal e da legislação especial, as questões relativas à engenharia genética e técnicas de reprodução assistida ganham especial atenção sob o prisma da paternidade responsável e planejamento familiar. Isto é, toda e qualquer pessoa tem o direito fundamental de procriar, e cabe ao Estado a função de garante diante de casos de infertilidade, tratando-os como questão de saúde pública, de forma a assegurar o acesso e a eficácia dos tratamentos pelas vias alternativas de concepção, de acordo com a melhor medicina.

Ademais, a conquista do direito de se reproduzir é o primeiro passo para se conquistar uma família. Muitas vezes, a realização desse desejo somente se torna viável com a presença de um Estado que, dentro de seu limite de atuação, com respaldo das leis, oferece à população serviços de qualidade para a obtenção de melhores resultados, ou seja, a plena constituição de uma família, com justiça e dignidade.

Tais ações refletem positivamente perante a sociedade como um todo, uma vez que a finalidade da paternidade responsável e do planejamento familiar se projeta na construção de uma geração mais participativa na vida social e econômica.

¹⁴ BOULOS, Kátia. Da guarda “com-parte-ilhada” à guarda compartilhada: novos rumos e desafios. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). **Grandes temas de direito de família e sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 72.

Os pais têm direitos morais e legais em relação aos filhos. Eles têm a liberdade para tomar decisões em nome da prole sobre temas como alimentação, educação, diversão, religião, entre outros. Esse direito garantido aos pais, responsável em grande parte pelo desenvolvimento intelectual e moral da criança, vai cedendo espaço até que o filho adquira maturidade e, conseqüentemente, capacidade e discernimento para as tomadas de decisão.

Assim, o direcionamento de todo projeto parental são os próprios filhos que, por sua vez precisam de uma atenção especial e de cuidados para que possam crescer como adultos saudáveis, autônomos e bons cidadãos. Os pais, portanto, têm claramente a responsabilidade de fornecer alguns destes cuidados, e o Estado, por seu turno, tem a obrigação de intervir quando a função parental é deficitária.

Destacamos, ainda, que o projeto parental se comunica com as técnicas de reprodução assistida no momento em que estas passam a integrar o planejamento familiar elaborado pelos pais que não conseguem atingir a gravidez pelas vias naturais. Nesse sentido, Brauner leciona que:

Sob a designação de planejamento familiar está implícita a idéia de regulação de nascimentos, de contracepção, de esterilização e de todos os outros meios que agem diretamente sobre as funções reprodutoras do homem e da mulher, especialmente sobre a saúde de ambos.¹⁵

Tal entendimento é reforçado pela jurisprudência da Supre Corte no paradigmático julgamento da ADI 3.510, já citado anteriormente, de relatoria do ex-ministro Ayres Britto, no sentido de que:

A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como 'direito ao planejamento familiar', fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da 'dignidade da pessoa humana' e da 'paternidade responsável'. A opção do casal por um processo *in vitro* de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional.¹⁶

Aqui, mister destacar um caso de grande relevância para o debate. Em setembro de 2015, foi noticiado que a rede pública gaúcha iria custear fertilização de embrião para transplante. Ocorre que, tal procedimento seria realizado para gerar

¹⁵ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 15.

¹⁶ STF: ADI 3510 DF. Relator: Ministro Ayres Britto.

uma criança compatível com uma menina de oito anos de idade, portadora da doença Beta Talassemia Major, que é uma mutação genética que provoca anemia profunda além de alterações orgânicas. Para tanto, o juízo determinou que o Estado e o município promovessem o tratamento pelo SUS ou hospital conveniado, atribuindo ao Poder Público a responsabilidade de custear o procedimento de fertilização *in vitro*, em razão da impossibilidade financeira dos pais e urgência da situação.¹⁷

Ainda, destaca que a decisão considerou que a criança a ser gerada fazia parte do projeto parental, portanto não estaria presente a finalidade única e exclusiva de gerar um filho para salvar outro. Isto é, por consequência do tratamento houve a geração de outra criança, esta por técnicas de reprodução assistida, que resultou na ampliação planejada e desejada daquela família.

A importância da presença do planejamento familiar nesse caso se mostra fundamental para a decisão favorável, pois resta evidente a vontade dos pais em trazer um novo membro para a família, estando cientes de suas responsabilidades para com esta criança. Nesse caso, preserva-se o princípio da dignidade da pessoa humana ao conciliar a necessidade de salvar um filho e a vontade de aumentar a família. Agora, diferente seria se não houvesse interesse em gerar outro filho, mas somente a necessidade para salvar o outro.

Nesse sentido, mister destacar trecho da decisão do magistrado sobre o deferimento da tutela no caso em questão:

Ressalto, neste ponto, que esta concepção, obtida a partir da seleção de embriões, para assegurar o tratamento da Autora, não representaria um risco de ofensa ao valor intrínseco da dignidade da pessoa humana. Isso porque não estaria utilizando a humanidade (criança concebida) como um simples meio em relação a outrem. Com efeito, esta nova vida gerada com a fertilização, ainda que possa representar a salvação da vida da Autora, a partir do transplante de células, não está sendo concebida com esta única e exclusiva finalidade. (Processo 0003055-95.2015.8.21.0058).¹⁸

O assunto novamente nos remete à situação evidenciada no filme *My Sister's Keeper* e divide opiniões ao abordar questões que dizem respeito à manipulação

¹⁷ IBDFAM. **Rede pública gaúcha irá custear fertilização de embrião para transplante**. Belo Horizonte, 15 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5690/Rede+p%C3%BAblica+ga%C3%B4cha+ir%C3%A1+custear+fertiliza%C3%A7%C3%A3o+de+embri%C3%A3o+p+ara+transplante+>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

genética e à autonomia e direito ao próprio corpo, principalmente quando vistos sob o prisma do planejamento familiar. A ciência, novamente, seria uma aliada do homem ou estaria desrespeitando limites éticos e morais concernentes à vida de terceiros?

A decisão citada, porém, não retrata o entendimento majoritário da jurisprudência, uma vez que tal exceção não foi concedida para a demanda de um tratamento de infertilidade, mas sim para assegurar o fornecimento de um tratamento específico que, de acordo com médico especialista, seria a única possibilidade de sobrevivência para a criança acometida pela doença.

Nossos tribunais têm firmado entendimento no sentido de que somente será concedido o custeio de técnicas de reprodução assistida pelo Poder Público quando estas estiverem relacionadas diretamente com direito fundamental à saúde, e não somente para satisfazer o desejo de atingir a procriação, enfatizando que o direito ao planejamento familiar não pode ser enquadrado como direito fundamental à saúde.

Vejamos:

A efetivação do direito à saúde - em sentido amplo - encontra limites objetivos, tanto na escassez de recursos disponíveis quanto nas condições pessoais de cada indivíduo, assumindo, assim, especial relevância as escolhas alocativas feitas por meio da formulação de políticas públicas. Técnicas de reprodução assistida que não visam à manutenção ou recuperação da saúde unicamente, objetivando, em verdade, viabilizar a própria gestação, sendo certo que, no caso, a autora afirma não ter tido sucesso após seis tentativas de inseminação artificial. Questão que se insere na esfera do planejamento familiar, o qual se relaciona com o direito à saúde, mas com ele não se confunde, por ser objeto de dispositivos legais e constitucionais próprios, que lhe deram disciplina distinta. Inexistência de fundamento legal ou constitucional que autorize a imposição do fornecimento ou custeio dos medicamentos requeridos. Sentença de improcedência que se mantém.¹⁹

Percebemos que apesar da proteção especial que o Estado deve conceder à família, bem como o direito de procriação deve ser garantido a todos sem discriminação, seria inviável em termos econômicos que o Estado ficasse incumbido de arcar com todos os custos, principalmente em razão da crescente demanda pelos novos métodos.

¹⁹ RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

Além de que, conforme salienta a jurisprudência citada, quando a técnica tem finalidade única de viabilizar a gravidez, em que não há gravidade, urgência ou qualquer risco à saúde da mulher, o Poder Judiciário, em atenção à reserva do possível, não legitima a solicitante pleitear o custeio pelo Estado.

Assim, concluímos que a parentalidade é um projeto que tem como consequência uma responsabilidade que não pode ser desvinculada de seu objeto. Isto é, a responsabilidade de gerar e cuidar de uma criança e obter, assim, de forma recíproca e espontânea e sua confiança, o afeto e a intimidade. Busca-se, com isso, a proteção desse projeto e do interesse na criação dos filhos.

4.4 Das políticas públicas

Em um primeiro momento, antes de adentrar ao cerne da questão proposta no presente trabalho, é imperioso tecer breves considerações acerca do que se entende por políticas públicas, a sua finalidade e seu atual contexto dentro da sociedade brasileira.

Para a maioria da doutrina, conforme preconizam Spengler e Oliveira, os aspectos conceituais das políticas públicas envolvem três dimensões: a institucional, denominada de *polity*, ordenada pelo sistema político e delineada pelo sistema jurídico; a processual, *politics*, que se dá pela dinâmica da política e da competição do poder; e a material, *policy*, que envolve o conteúdo concreto, dita como o “Estado em ação”. Salienta-se que as três esferas são permanentes e se influenciam reciprocamente.²⁰

Em linhas gerais, pode-se afirmar que políticas públicas são conjuntos de ações de cunho político, tomadas pelo governo e dimensionadas para o atendimento das necessidades sociais, a fim de regular, organizar e distribuir as demandas da população. Sua principal finalidade está no atendimento e desenvolvimento do corpo social, identificando suas prioridades e proporcionando o pleno exercício da cidadania, com a devida observância e garantia dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, ao afirmar que o fundamento da ordem jurídica geral é o próprio princípio da dignidade humana, Duque positiva que os direitos fundamentais,

²⁰ OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação como política pública de fortalecimento da democracia participativa. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 2, n. 2, p. 131-140, 2012.

como expressão de valores supremos, devem ser efetivamente assegurados na vida social. Trata-se de exigência advinda de seu próprio conteúdo material, que exige um asseguramento e proteção amplos no interesse do particular²¹.

Ainda, destaca-se a contemporaneidade dos direitos fundamentais e sua relação com as políticas públicas, não se limitando apenas aos aspectos sociais, conforme se verifica em Daniel Sarmento:

Ademais, é importante lembrar que a distinção entre os direitos fundamentais e as diretrizes políticas, embora relevante, tende a esmaecer-se à luz da teoria contemporânea dos direitos fundamentais, que afirma que a efetivação destes direitos – não apenas os sociais, mas também os individuais e políticos – demanda a formulação e implementação de políticas públicas pelo Estado, e não meras práticas absenteístas.²²

Percebe-se, contudo, que as políticas públicas sempre foram afetadas às questões do Poder Executivo, mantendo-se distantes dos bancos do direito. Para isso, em uma perspectiva jurídica, Maria Paula Dallari Bucci, ao discorrer sobre o conceito de políticas públicas em Direito, afirma que:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.²³

No mesmo sentido, Heidemann assevera que a perspectiva das políticas públicas vai além dos aspectos de políticas governamentais, na medida em que o governo, com sua estrutura administrativa, não é a única instituição a servir à comunidade política, isto é, a promover “políticas públicas”.²⁴

²¹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição**: drittwirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. Ebook.

²² SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARLET, Ingo (Org.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 54.

²³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

²⁴ HEIDEMANN, Francisco G. **Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento**: políticas públicas e desenvolvimento – bases epistemológicas e modelos de análise. Organização e Francisco G. Heidemann e José Francisco Salm. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 2009. p. 31.

Nota-se, assim, que não há um vínculo exclusivo entre gestão administrativa do Poder Executivo e políticas públicas, abrindo-se novos caminhos para explorar ações governamentais a partir de outras instituições públicas, em especial as que atuam na área da saúde reprodutiva, capazes de instituir políticas públicas para garantia dos direitos fundamentais quando atua em sua função administrativa, sem ferir o princípio da separação dos poderes.

É dever do Estado a criação e instalação de mecanismos que irão gerir políticas públicas destinadas às pessoas que almejam constituir uma família. Ressalta-se, aqui, o caráter coletivista do Estado no sentido de incluir comunidades e indivíduos em seu plano de atuação, sem qualquer discriminação.

A forma pela qual o Estado irá participar do projeto parental vem insculpida por meio de direitos e garantias, colocando o planejamento familiar como uma chave para os princípios dos direitos humanos, assegurando a participação, a prestação de contas, a não discriminação, e o empoderamento das famílias.

Para tanto, cabe ao Estado conhecer e identificar as carências e necessidades daquela comunidade e elaborar políticas públicas que atendam às demandas ali existentes.

O desenvolvimento e a proliferação de técnicas de reprodução assistida levantam questões relativas ao acesso à tecnologia, a sua admissibilidade, e de como seu uso pode garantir um nascimento saudável, ou até mesmo impedir o nascimento de crianças com determinadas condições.

No tocante aos casos de reprodução assistida, o Estado pode aumentar a sua participação no processo de escolha, auxiliando os interessados por meio de informações a respeito da utilização dos meios de concepção artificial disponíveis.

Além disso, a fim de assegurar saúde infantil e proteger os direitos oriundos das crianças nascidas através de reprodução assistida, o papel do Estado na definição de padrões para as práticas de concepção artificial pode e deve ser expandido.

Assim, a ética da paternidade e da procriação não se aplica apenas aos atos diários de tomada de decisão por parte dos pais, mas também à lei, à ordem pública e medicina.

As ações do Estado em prol da família são, em um primeiro momento, ações voltadas para a garantia dos direitos humanos, em especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois objetiva-se a criação de políticas públicas que

consigam incorporar as ideias de escolha informada dos pais e do desenvolvimento pleno da criança no seio familiar.

O conteúdo das informações e o direcionamento da ação pública são de responsabilidade do Estado que deverá estar atento à evolução da ciência e de suas técnicas reprodutivas, bem como às recentes decisões judiciais que reconhecem novos vínculos familiares, apesar da ausência de lei própria para tal.

Dentro dessa nova realidade, o Estado passa a servir a população com as informações mais recentes, aliadas à ciência reprodutiva, ofertando conhecimento de especialistas para indicar ou recomendar qual a técnica de reprodução mais adequada para determinada situação, instruindo os pretensos pais a decidirem de forma consciente, preparando-os para uma paternidade responsável.

Somente assim, informados e instruídos, homens e mulheres terão arbítrio e serão capazes para tomar decisões sobre quando e como vão ter filhos.

Ocorre que, mesmo havendo políticas de planejamento familiar e programas de instrução sexuais e reprodutivos, o acesso a tais serviços pode encontrar dificuldade em razão da localização geográfica, da falta de tempo para conhecer esses programas e, principalmente, do alto custo.

Sobre os custos envolvidos nos processos de reprodução assistida, Izzo e Fonseca explicam que:

As TRAs são constituídas de determinadas sequências de etapas, como a utilização de drogas injetáveis diariamente para indução de superovulação, monitoração do desenvolvimento folicular, captação oocitária, transferência dos embriões e suporte da fase lútea. A fertilização assistida envolve custo operacional invariavelmente alto e intensa sobrecarga psicológica durante as sucessivas etapas dos ciclos de tratamento.²⁵

Ou seja, além do alto custo do tratamento, tornando acessível somente para a parcela mais fortunada da sociedade, há um aspecto psicológico que também deve ser levando em consideração pelo Estado. Não basta garantir o acesso, mas sim todo o suporte necessário, desde questões econômicas até psicológicas que envolvem o procedimento.

²⁵ IZZO, Carlos Roberto; FONSECA, Ângela Maggio. **Fertilização assistida**: seleção de pacientes e técnica in tratado de ginecologia – condutas e rotinas de ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo: Revinter, 2005. p. 402.

No Brasil, podemos citar o programa da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Assistida, que atua no tratamento da infertilidade e conta com o apoio do Sistema Único de Saúde (SUS).

Por meio desta política pública, objetiva-se estruturar no SUS uma rede de serviços regionalizada e hierarquizada que permita atenção integral em reprodução humana assistida, além de melhorar o acesso a esse atendimento especializado. Assim, hospitais conveniados ao SUS e também alguns hospitais universitários participam do programa oferecendo o tratamento de infertilidade.

Atualmente, as instituições que auxiliam na prestação deste serviço são o Centro de Reprodução Assistida do Hospital Regional da Asa Sul (HRAS), antigo HMIB, em Brasília, vinculado à Secretaria de Saúde do Distrito Federal; Centro de Referência em Saúde da Mulher, antigo Hospital Pérola Byington, em São Paulo, vinculado à Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo; Instituto Materno Infantil de Pernambuco (IMIPE), em Recife, uma instituição filantrópica de caráter público; Hospital Universitário de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo (USP); e Hospital Universitário da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp).²⁶

Conforme vimos no tópico anterior, o Poder Judiciário vem entendendo que o Estado não é obrigado a custear o tratamento de reprodução assistida quando não há risco à saúde da solicitante e sua única finalidade é realizar o projeto parental e atingir a gravidez.

A determinação jurisprudência caminha no sentido de evitar a concessão de tratamento prioritário para aqueles que acessam a justiça para alcançar gratuidade. Assim, o interessado deve procurar o sistema público de saúde para, então, demonstrar seu interesse em participar do programa de reprodução assistida proporcionado pelo Estado. Dessa forma, prioriza-se o princípio da isonomia.

Vejamos:

Conquanto não qualificável como de natureza urgente ou emergencial e abstraída sua relevância, o tratamento de reprodução assistida, a par de se sujeitar às prescrições inerentes ao princípio da reserva do possível, não é ministrado de forma automática, exigindo a satisfação, pela paciente, de condições objetivas e subjetivas indispensáveis à inserção do seu nome na lista de interessados em se beneficiar do programa público de reprodução humana assistida,

²⁶ EARWICKER, Benjamin **Planejamento familiar**. Brasília, DF, out. 2011. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

consoante, inclusive, estabelecido em regulação normativa que governa a gestão do Sistema Único de Saúde (SUS).²⁷

Nesse caminhar, parte-se para uma necessidade de políticas públicas voltadas para os direitos relacionados à saúde reprodutiva, especificamente no âmbito do direito de família, buscando meios alternativos que auxiliem os cidadãos a concretizarem seu projeto parental, como informações a respeito do planejamento familiar e instruções quanto ao exercício da parentalidade responsável, que devem ser disponibilizados pelo Estado para toda a população, sem qualquer discriminação.

Há, ainda, a necessidade de aprimorar e expandir as políticas públicas existentes, além da criação de novos programas, de forma a aumentar seu alcance e abrangência. A atualidade do tema impõe ao Estado um ritmo mais acelerado em seus sistemas de saúde para acompanhar a demanda.

Por isso, é importante priorizar, desenvolver, revisar e aplicar as leis, isto é, as estruturas legais disponíveis que encampam as políticas públicas para respeitar, proteger e cumprir o direito de pleno acesso aos serviços de saúde, de planejamento familiar, bem como assistência social e psicológica, eliminando os obstáculos que impedem a obtenção de resultados.

²⁷ BRASÍLIA. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

CAPÍTULO 5 A FAMÍLIA MODERNA

5.1 Do panorama atual: a Família moderna

Acompanhando a constante transformação, a sociedade brasileira, apesar de alimentar fortes laços religiosos e tradicionais, vem se permitindo, cada vez mais, a reconhecer as novas formas de família.

Diante da nova realidade social que se impunha no país, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto uma nova concepção de família, deixando de lado o caráter matrimonial e paternalista que o antigo texto constitucional carregava. Passou-se a ter, portanto, uma concepção pluralista de família, que consiste na flexibilidade na formação de uma entidade familiar.

Nesse sentido, discorre Dimas Messias de Carvalho:

A Constituição Federal de 1988 ao estabelecer o princípio do pluralismo familiar, reconhecendo como entidade familiar, além do casamento, a união estável e a família monoparental (art. 226, §§ 3º e 4º), os princípios da igualdade jurídica dos cônjuges, companheiros e filhos (art. 226, §5º e 227, §6º), e, principalmente, considerando como um dos princípios fundamentais da nação a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), reviu, alterou e ampliou substancialmente o conceito de família.¹

A identidade da família moderna, ainda em processo de formação, se distanciou significativamente do conceito até então prevalente da família tradicional, aquela formada pelo casamento entre homem e mulher. Essa transição, contudo, foi ocorrendo de forma gradativa ao longo do tempo, respeitando as necessidades e atendendo as demandas sociais.

Dessa forma, o conceito de família não só foi ampliado, como também foi modificado. O Dicionário Houaiss alterou a definição da palavra família na sua última edição, sendo agora conceituada como “Núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantêm entre si uma relação solidária.”²

¹ CARVALHO, Dimas Messias. **Direito civil: direito de família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 7.

² IBDFAM. **Dicionário reformula conceito de família**. Belo Horizonte, 11 maio 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5990/Dicion%C3%A1rio+reformula+conceito+de+fam%C3%A1lia>>. Acesso em: 12 maio 2016.

A iniciativa busca aproximar o conceito para a realidade. Diferentemente do que ocorre com algumas leis, que ainda trazem conceitos típicos da família tradicional, o dicionário visa adaptar a palavra ao atual contexto social. É uma definição mais ampla que alcança o que já é uma realidade na sociedade. Isto é, não se fala mais em pai ou mãe, ou consanguinidade, mas sim em pessoas e afetividade.

Basta observarmos a antiga redação do termo família que o Dicionário Houaiss trazia para identificar as diferenças existentes. Em sua versão anterior, o texto substituído dispunha que família era um “[...] grupo de pessoas, formado esp. por pai, mãe e filhos(s), que vivem sobre o mesmo teto, ou grupo de pessoas ligadas entre si pelo casamento ou qualquer parentesco.”³

Evidente, portanto, a ampliação do conceito de família, deixando de ser uma entidade restrita ao casamento, e apoiando-se cada vez mais em valores de igualdade, diversidade e afinidade.

Esse novo conceito busca refletir as relações familiares da modernidade e retrata um entendimento que, apesar de não ser unanimidade, já se fazia presente e inserido na sociedade. Conforme afirma Dortier:

Hoje, nas democracias ocidentais, não há mais um modelo único, a família pode ser monoparental ou recomposta; constituída por um casal heterossexual, casado ou não, ou ainda homossexual; de meios-irmãos e meias-irmãs, de criadas adotadas ou “produzidas”, cujo parentesco biológico não coincide mais com o parentesco doméstico. Mesmo se esses exemplos não constituem a maioria dos casos, já que a chamada família “tradicional” ainda continua sendo a norma em termos estatísticos, é sintomático observar como essas transformações recentes foram integradas pelos indivíduos, ou mesmo acompanhadas pelos Estados-Providência.⁴

É neste momento que verificamos os novos valores sociais que norteiam as relações familiares. A ideia de igualdade, principalmente a de gênero, adentra o âmbito doméstico, colocando homens e mulheres no mesmo patamar, atuando de forma cooperativa e harmoniosa, caindo por terra a antiga relação de subordinação que se encontrava a esposa-mãe.

³ IBDFAM. **Dicionário reformula conceito de família**. Belo Horizonte, 11 maio 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5990/Dicion%C3%A1rio+reformula+conceito+de+fam%C3%ADlia>>. Acesso em: 12 maio 2016.

⁴ DORTIER, Jean-François. **Dicionário de ciências humanas**. Revisão e coordenação da tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 205.

Na modernidade, a posição da mulher da família ganha maior liberdade e autonomia. A mulher era quem carregava o fardo dos afazeres domésticos e da criação dos filhos. A família moderna começa a dividir as responsabilidades entre os pais, tanto nos afazeres domésticos quanto na vida em sociedade.

Sobre o tema, Dortier entende que:

Quanto aos valores sociais, as mudanças não foram menos importantes. O modelo familiar do marido chefe de família encarregado de ganhar o dinheiro, da esposa que cuida das tarefas domésticas e da educação das crianças, da submissão destas à autoridade e às decisões parentais, é um modelo obsoleto. Desde os anos 1970, os valores individualistas, enfatizando a liberdade, a autonomia, o desenvolvimento pessoal e o respeito por cada um, substituíram as normas rígidas. A autoridade patriarcal foi destronada para dar lugar à negociação, que respeitaria as aspirações de cada um.⁵

A luta feminina por igualdade e independência permanece viva, pois ainda verificamos a presença de uma desigualdade, principalmente nos países menos desenvolvidos. Nesse sentido, Rawls diz que “[...] uma injustiça longa e histórica para com as mulheres é o fato de que suportaram e continuam a suportar uma parcela injusta na tarefa de criar e cuidar dos filhos.”⁶

A citada injustiça deve ser combatida por meio de um “processo de justiça” que, por sua vez, caminha a passos lentos, porém na direção acertada, conforme ilustra o mestre Bobbio:

O processo de justiça é um processo ora de diversificação do diferente, ora de unificação do idêntico. A igualdade entre todos os seres humanos em relação aos direitos fundamentais é o resultado de um processo de gradual eliminação de discriminações, e portanto de unificação daquilo que ia sendo reconhecido como idêntico: uma natureza comum do homem acima de qualquer diferença de sexo, raça, religião etc.⁷

Como ensina a história, a família é a *celula mater* da sociedade, e ao mesmo tempo sua estrutura de sustentação. Portanto, se almejamos uma sociedade livre e igualitária, os mesmos princípios devem ser aplicados nessa célula familiar. A

⁵ DORTIER, Jean-François. **Dicionário de ciências humanas**. Revisão e coordenação da tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 206.

⁶ RAWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 210.

⁷ BOBBIO, Norberto. **O terceiro ausente**: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; organização de Pietro Polito. Barueri: Manole, 2009. p. 93.

começar pela posição da mulher perante a família e também de sua inclusão na sociedade, afirma Rawls:

Como as esposas são cidadãos em situação de igualdade com os seus maridos, todas têm os mesmos direitos, liberdades e oportunidades básicas que os seus maridos; e isso, juntamente com a aplicação correta dos outros princípios de justiça, é suficiente para assegurar a sua igualdade e independência.⁸

Nesse sentido caminha a família moderna que, apesar de seu passo lento, vemos que a liberdade e a autonomia da mulher representam uma vitória da própria família e da sociedade na busca da realização pessoal e familiar.

A ciência, por sua vez, caminha ao lado da família e, especialmente no tocante à saúde reprodutiva, vem mostrando sua capacidade de driblar os problemas relacionados à reprodução, colocando à disposição do homem diferentes métodos capazes de auxiliar na sua procriação.

A ciência, portanto, passa a ser um agente facilitador na busca dessa realização pessoal, muitas vezes obstada por problemas relacionados à saúde reprodutiva, ou até mesmo por incompatibilidades naturais, como no caso do relacionamento entre pessoas do mesmo sexo ou de pessoas solteiras.

Deste modo, a evolução da engenharia genética está intrinsicamente relacionada à transformação do conceito de família.

Assim, passa-se a compreender o espírito dessa nova relação familiar, no sentido de que a família é um núcleo de realização pessoal, ligadas por um valor jurídico maior que a consanguinidade, que vem a ser o afeto. Inclusive, podemos destacar que são nesse sentido as decisões dos nossos tribunais, conforme recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Sendo assim, abro um parêntese com o fim de lembrar as importantes modificações operadas nos conceitos inerentes à noção jurídica de família com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Novos paradigmas foram estabelecidos, reconhecendo-se a multiplicidade de relações familiares e a plena igualdade entre os seus integrantes. A família, nesse contexto, deixou de representar um instituto meramente formal, convertendo-se em núcleo social destinado à realização pessoal, à edificação da personalidade e ao completo desenvolvimento da dignidade de seus membros. Essencial reconhecer, das premissas assentadas, que todas as entidades contínuas e duradouras, unidas pelo afeto e respeito

⁸ RAWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 209.

mútuo, instituídas com objetivo de vida em comum, devem ser identificadas como família.⁹

Temos, portanto, que é precisamente essa relação de afetividade que assume o vetor determinante nas relações familiares. Isto porque, para o direito de família, o afeto é mais que um sentimento entre as pessoas, é um valor jurídico, uma tipificação social daquilo que se entende por família.

5.2 Do afeto como vínculo familiar

Há distinção entre ser pai e exercer a parentalidade. A figura dos pais, nos sentido amplo do termo, está geralmente relacionada com laços sanguíneos, daquele casal que concebeu seus filhos pelas vias naturais, dando seguimento a sua linha genética. Assim, não há como negar o vínculo biológico existente entre pais e filho. Contudo, esse entendimento não mais pode se dar em caráter absoluto.

Conforme vimos no decorrer deste trabalho, o fator biológico não tem exclusividade em determinar quem são os membros de uma família. Os pais biológicos podem, como já ocorre no instituto da adoção, não exercer a parentalidade.

É esta parentalidade, por sua vez, que carrega o vínculo da afetividade que passa a ser um fator mais determinante do que o biológico. Isto porque, o afeto vai além da família, pois não se trata meramente de um laço entre os seus integrantes, mas de todo um sentimento recíproco que os une.

Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira endossa a prevalência do vínculo afetivo ao biológico ao afirmar que:

A paternidade/maternidade fundada no afeto, caracterizada pelo seu verdadeiro exercício, é a socioafetiva, que deve ser construída dia a dia, independente da situação jurídica em que os pais se encontram: solteiros, casados ou divorciados. O vínculo genético não pode ter prevalência sobre o socioafetivo, mas ele tem também sua importância e deve, portanto, ser ponderado com o socioafetivo.¹⁰

Família e sociedade caminham juntas, acompanhando a necessidade do homem e sua constante evolução. Nos tempos modernos, nos referimos à família

⁹ STJ: REsp 1.417.598 CE. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. Entrevista. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, ed. 26, p. 5-7, abr./maio 2016.

como uma instituição, baseada em normas definidas e moldadas pela sociedade. A afetividade, antes de adentrar a família, foi recepcionada pela sociedade, demonstrando que os laços sociais entre seus integrantes poderiam ser estreitados e fomentados, especialmente diante da globalização, enaltecendo o campo dos sentimentos humanos.

Nas palavras do mestre Sérgio Resende de Barros, o direito ao afeto:

[...] é a liberdade de afeiçoar-se um indivíduo a outro. O afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade, que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos.¹¹

Contudo, há que se afirmar que, pela sua natureza íntima, o afeto não pode ser imposto a ninguém. Nenhuma pessoa é obrigada a amar outra. É um sentimento que se aflora natural e instintivamente nas relações humanas. Diferentemente do dever de cuidado, que possui características objetivas e pode ser legalmente previsto e exigível.

Nesse sentido, a ministra Nancy Andrichi, do Superior Tribunal de Justiça, de forma magistral, proferiu o seguinte entendimento acerca do debate:

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento. Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. [...] Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.¹²

Ou seja, no âmbito familiar, apesar de carregar o título de pais, por mais repugnante que a ideia apareça, estes não são obrigados a amar seus filhos. Por outro lado, ser pai exige responsabilidade e cometimento na criação e desenvolvimento dos filhos. Isto porque, da própria Constituição Federal emana o dever da paternidade responsável, embasados nos princípios da dignidade humana e do melhor interesse da criança.

¹¹ BARROS, Sérgio Resende de. **O direito ao afeto**. Belo Horizonte, 24 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/S%C3%A9rgio%20Resende%20de%20Barros>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

¹² STJ: REsp 1159242 SP. Relator: Ministra Nancy Andrichi.

Assim, o dever de cuidado é um comando constitucional, de cunho jurídico, que pode ser exigido dos pais; enquanto que o dever de amar é uma faculdade de cunho subjetivo que não pode ser imposta a ninguém.

O exercício da parentalidade responsável consiste em por prover e garantir os direitos à saúde, educação e lazer aos filhos. A falta de cuidado pelos pais pode acarretar em diversos problemas no desenvolvimento dos filhos, atingindo aspectos físicos, sociais, psíquicos e morais da criança. Trata-se, portanto, de uma obrigação imposta aos pais, de modo que a negação ou omissão deste dever de cuidado é uma violação dos direitos da infância e caracteriza o abandono afetivo.

Em vista disto, por se tratar de um direito que foi violado, havendo provas de que houve o abandono afetivo de modo a tornar insustentável a relação entre genitor e filho, os tribunais têm entendido pela possibilidade da destituição do poder familiar, sentenciando que uma vez comprovado o abandono efetivo, cancela-se o pátrio poder dos pais biológicos. Essa é a inteligência do art. 395, II do Código Bevilacqua, em conjunto com o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹³

Ainda, em decorrência da perda do poder familiar, há entendimento jurisprudencial, ainda não unânime, no sentido de responsabilizar civilmente o genitor que der causa ao abandono. Assim, além da destituição do poder familiar, o genitor poderá arcar com os custos da indenização, a título de danos morais.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nas palavras do ministro Marco Buzzi:

Se não unânime, prepondera o entendimento no sentido de que o distanciamento, o abandono, o cometimento de atos atentatórios aos interesses dos filhos, práticas que possam importar inclusive em sequelas emocionais ou materiais definitivas, rendem ensejo à configuração de danos morais (extrapatrimoniais), sejam eles considerados imputação inibitória, reparação indenitária, compensatória ou abrigados em outras categorias específicas.¹⁴

Verifica-se, portanto, a diferenciação entre o ato de amar e o de cuidar e suas respectivas importâncias para a seara jurídica. O afeto, então, é aquele ato em que une o amor ao cuidado, estabelecendo valores recíprocos e aproximando-se da realização pessoal e familiar.

¹³ STJ: REsp 275.568. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barro.

¹⁴ STJ. EREsp 1.159.242 SP. Relator: Ministro Marco Buzzi.

Deste modo, passou-se a encarar a relação socioafetiva como sendo a mais próxima da verdade real, ou seja, identificando como família aquelas pessoas que se vinculam a laços afetivos, de amor e cuidado, e não necessariamente biológicos. Nesta senda, Maria Berenice Dias, de forma precisa, ensina que:

Passou-se a desprezar a verdade real quando se sobrepõe um vínculo de afetividade. A maior atenção que começou a se conceder à vivência familiar, a partir do princípio da proteção integral, aliada ao reconhecimento da posse do estado de filho, fez nascer o que se passou a chamar de filiação socioafetiva. Assim, em vez de se buscar a identificação de quem é pai ou de quem é a mãe, passou-se a atentar ainda mais ao interesse do filho na hora de descobrir quem é o seu pai 'de verdade', ou seja, aquele que o ama como seu filho e é amado como tal.¹⁵

E também o professor Eduardo de Oliveira Leite, de maneira didática, reforça a importância do afeto como sentimento que traça a identidade da família moderna, afirmando que:

Quanto maior a intensidade do sentimento familiar, maiores os progressos da vida privada, da intensidade doméstica, da identidade: os membros da família se unem pelo sentimento, pelo costume e gênero da vida.¹⁶

As famílias, portanto, precisam fazer o que é melhor para si e para cada membro nela inserida, buscando refletir os valores que emanam da sociedade, independentemente de sua estrutura.

Assim, não há uma resposta certa ou errada quando se trata de qual é a melhor estrutura familiar. Enquanto uma família está repleta de amor e respeito mútuo, ela tende a ser bem sucedida e próspera. É o que já dizia Shakespeare, ao proferir a máxima de que amor não se vê com os olhos, mas com o coração.

5.3 A biotecnologia e a Família

A ciência e a tecnologia são dois atores que têm por função testar e ampliar os limites do homem e do planeta Terra. A sua atividade está relacionada diretamente com a vida humana, seja para garantir uma maior segurança, para

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 439.

¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991. p. 338.

acelerar a comunicação e o transporte, para ampliar o conhecimento e para preservar a saúde e o meio ambiente.

Um dos maiores desejos da humanidade está refletido na perseguição da vida eterna, em que os cientistas iriam encontrar a resposta no elixir da imortalidade, como se este fosse o segredo para alcançar a felicidade plena.

Ora, sabido é que vida eterna não pertence ao ser humano e que todos, mais cedo ou mais tarde, estarão diante de seu próprio fim. O autor português José Saramago, fiel ao seu estilo sarcástico e irônico, retrata com maestria em seu livro “As Intermittências da Morte” o que seria dos homens sem a morte:

No dia seguinte ninguém morreu. O facto, por absolutamente contrário às normas da vida, causou nos espíritos uma perturbação enorme, efeito em todos os aspectos justificado, basta que nos lembremos de que não havia notícia nos quarenta volumes da história universal, nem ao menos um caso para amostra, de ter alguma vez ocorrido fenómeno semelhante, passar-se um dia completo, com todas as suas pródigas vinte e quatro horas, contadas entre diurnas e nocturnas, matutinas e vespertinas, sem que tivesse sucedido um falecimento por doença, uma queda mortal, um suicídio levado a bom fim, nada de nada, pela palavra nada. Nem sequer um daqueles acidentes de automóvel tão frequentes em ocasiões festivas, quando a alegre irresponsabilidade e o excesso de álcool se desafiam mutuamente nas estradas para decidir sobre quem vai conseguir chegar à morte em primeiro lugar.¹⁷

A história relata a personificação da morte em meio a uma crise existencial, porque os homens já não a temiam como antes. Assim, em forma de protesto, decide não matar mais as pessoas. De posse da imortalidade, os homens não encontram a felicidade tão desejada, mas sim a instalação de um caos na sociedade.

Imortalidade à parte, o estado atual da tecnologia continua surpreendendo o homem, que se vê cada vez mais próximo dos contos de ficção científica apresentados em livros e filmes. Assim como ocorre na ficção, o avanço da ciência no mundo real pode se dar de forma positiva ou negativa.

Se de um lado a ciência e a tecnologia, quando aplicadas à vida, têm a capacidade de auxiliar o homem a se aproximar da felicidade por meio de suas técnicas, métodos e instrumentos, por outro lado podem representar um perigo à

¹⁷ SARAMAGO, José. **As intermitências da morte**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 11.

raça humana, como é o caso dos institutos polêmicos da inteligência artificial e da clonagem humana.

Aristóteles afirmava que a virtude está no meio e o perigo está nos extremos. Em sua obra “Ética a Nicômaco”, o mestre filósofo explica que é a partir do equilíbrio que o homem se aproxima da felicidade.¹⁸ E no campo da biotecnologia, a mesma lógica se aplica. A evolução deverá acompanhar o progresso do homem, caminhando de forma harmoniosa junto às necessidades humanas.

Por outro lado, o avanço descompassado ou o seu retardamento não são capazes de trazer benefícios ao homem. É com a justa medida da ciência que o homem se faz virtuoso.

A família também é destinatária da biotecnociência, uma vez que desde o momento da concepção até a morte é possível observar como a evolução da ciência tem se manifestado no âmbito familiar. A engenharia genética, as técnicas de reprodução assistida e a medicina foram importantes na construção da família contemporânea.

Em seu ensaio filosófico, Bernard Baertschi afirma que:

Um dos traços que caracterizam o ser humano e sua história é seu projeto de dominar os processos naturais. O mesmo se dá com a reprodução e a fecundidade; ter filho, não ter mais filhos, evitar pôr no mundo crianças deficientes, escolher o sexo dos filhos, assegurar a continuidade da geração atual, eis aí alguns dos diferentes aspectos deste projeto cujos ecos encontramos desde a mais alta Antiguidade.¹⁹

A discussão quanto à evolução das tecnologias também afeta a vida familiar, uma vez que a engenharia genética e as técnicas de reprodução assistida podem tanto trazer benefícios quanto expor a riscos ainda desconhecidos.

Sobre o desafio de encarar o futuro frente à incessante progressão tecnológica que se impõe, Minois escreve que:

As perspectivas abertas pelas neurociências e a genética são vertiginosas e, no século XXI, o homem se encontra sem dúvida no cruzamento de dois caminhos: perseguindo a felicidade, irá continuar na rota que seguiu até aqui, que privilegia os elementos externos – nível de vida, ambiente social, familiar e cultural –, ou vai seguir por

¹⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução portuguesa de Antônio de Castro Caeiro. 4. ed. Lisboa: Quetzal, 2012. p. 62-63.

¹⁹ BAERTSCHI, Bernard. **Ensaio filosófico sobre a dignidade**: antropologia e ética das biotecnologias. Tradução de Paula Silvia Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009. p. 230.

um atalho mais audacioso ao tratar o problema a partir do interior, por manipulações genéticas?²⁰

Diante disto, podemos questionar a real intenção das pessoas interessadas nas técnicas de reprodução assistida.

Imaginemos uma mulher solteira que dedica a maior parte de seu tempo no ambiente de trabalho. Suas ocupações profissionais não lhe permitem espaço para namorar, casar e ter filhos. Contudo, não esconde seu desejo de ser mãe e formar uma família. Para tanto, deseja realizar a fertilização in vitro de seus óvulos com espermatozoides de terceiro, para que seja formado um embrião que será alocado em útero alheio. Deste modo, a mulher realiza seu desejo de ser mãe, além de não se afastar das atividades profissionais.

O caso é curioso, mas não deixa de ser uma realidade. A questão da posição da mulher no mercado de trabalho sempre levou em consideração a gravidez como fator negativo no momento de sua contratação, já que tal fato acarretaria em maior custo e menor produtividade. Dedicar o tempo à família, principalmente no período de gestação, colocou a mulher em posição inferior ao homem no mercado.

A Resolução 2.121/2015 do CFM, conforme vimos, permite que sejam realizados procedimentos reprodutivos em pessoas solteiras. E a Constituição Federal prevê e concede tutela às famílias monoparentais.

Trata-se de questão de intenso debate bioético, permitindo interpretações diferenciadas.

O bioeticista italiano e professor da Universidade de Pisa, Maurizio Mori, levantou a hipótese de duas lésbicas surdas-mudas que pretendiam ter um bebê, também surdo-mudo, utilizando seleção de embriões. O doador do sêmen era amigo delas, também surdo-mudo. Alegavam que, assim, a criança se adaptaria melhor à comunidade em que o casal vive.²¹

Sua conclusão foi no sentido de que se casais heterossexuais surdos-mudos podem gerar uma criança com a mesma característica, por meios naturais, é

²⁰ MINOIS, Georges. **A idade de ouro**: história da busca da felicidade. Tradução de Christiane Fonseca Gradwohl Colas. São Paulo: Unesp, 2011. p. 423.

²¹ MORI, Maurizio. A reprodução assistida é apenas uma extensão da reprodução natural. In: OSELKA, Gabriel. (Coord.). **Entrevistas exclusivas com grandes nomes da bioética**: estrangeiros. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo : Centro de Bioética, 2009. p. 133.

possível também atingir o mesmo resultado com o emprego da reprodução assistida às homossexuais.

Deste modo, é imperioso destacar que a finalidade das técnicas de reprodução assistida é meramente terapêutica, ou seja, devem ser utilizadas como última alternativa para a pessoa interessada em procriar. Isto é, a ciência médica não pode ser encarada como um produto que pode ser consumido de acordo com as vontades humanas. Pelo contrário, não se fala em vontade, mas sim necessidade.

Sobre a discussão ética e filosófica acerca da necessidade e da vontade humana frente à evolução tecnológica, Kress escreve que:

Necessidade ou necessidade criada? Certamente, é preciso haver em parte questionamentos críticos sobre se de fato todas as novas opções de ação médica têm fundamento, se há uma real necessidade humana ou se despertam necessidades adicionais, gerando uma atitude de consumerismo médico (consumerism) que é problemática. Deve-se distinguir entre uma “necessidade” terapêutica real e uma artificial, “necessidades” ambivalentes que geralmente são despertadas pela ampliação das ofertas médicas (necessidades secundárias).²²

É fundamental, portanto, trabalhar o dilema que existe entre o avanço da tecnologia e da ciência e os direitos do homem. A discussão ética gira em torno da progressão da ciência, especialmente a médica, que é legítima e deve ser fomentada, e os limites do homem que foram estabelecidos pelos valores e os princípios conquistados ao longo do tempo.

Esse direito do homem não lhe garante o direito absoluto de utilizar das tecnologias da forma que bem entender.

Em relação ao manejo da reprodução assistida e a instituição da família, Holland afirma que:

A súbita diversidade de maneiras como as pessoas podem fazê-lo atualmente não tem precedentes. Pode-se determinar meticulosamente o prazo da gravidez, a maternidade/paternidade biológica e a maternidade/paternidade social podem ser separadas de diversas maneiras, e podemos decidir que tipos de pessoas podem se reproduzir e que tipos de pessoas serão trazidas à existência.²³

²² KRESS, Hartmut. **Ética médica**. Tradução de Hedda Malina. São Paulo: Loyola, 2008. p. 63.

²³ HOLLAND, Stephen. **Bioética**: enfoque filosófico. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Centro Universitário São Camilo : Loyola, 2008. p. 223.

Em posicionamento contrário, a Igreja Católica, por meio do Papa Francisco, tece críticas à ingerência da tecnologia na família moderna, afirmando que:

A revolução biotecnológica no campo da procriação humana introduziu a possibilidade de manipular o ato generativo, tornando-o independente da relação sexual entre homem e mulher. Desse modo, a vida humana e a paternidade e a maternidade tornaram-se realidades componíveis e decomponíveis, predominantemente sujeitas aos desejos de indivíduos ou de casais.²⁴

Daí a importância dos princípios da autonomia, da beneficência, da não maleficência e da justiça, informadores da bioética, que atuam como limites para balizar o dilema existente entre a evolução da biotecnologia e os valores da vida humana.

Assim, o núcleo originário composto pelo pai, mãe e filhos, com um cunho eminentemente patriarcal, vem cedendo espaço para o surgimento da família monoparental, formada pelo pai ou pela mãe com seus filhos, inclusive os adotivos, a constituída pela união estável, a proveniente de uma maternidade ou paternidade independente, a proveniente das técnicas de inseminação artificial homóloga e heteróloga e outras novas introduzidas pela união homoafetiva.

5.4 Um novo Direito de Família

Durante as últimas décadas, a família sofreu mudanças significativas no que diz respeito não somente a sua percepção social, mas também do próprio sistema jurídico. Uma série de aspectos foi fundamental para tais mudanças, como os avanços nas tecnologias de reprodução assistida, o aumento do número de famílias monoparentais e das famílias recompostas resultantes do divórcio, da união de casais do mesmo sexo e de pessoas solteiras.

A biotecnociência, por sua vez, quando encontra o direito de família, é apenas uma faceta das várias que influenciaram a sua atual estrutura. A família contemporânea vale-se da medicina para garantir sua subsistência, isto é, sua continuidade, como forma de se alcançar a realização pessoal e familiar.

Para tanto, cada sociedade adota o tratamento legal que melhor se adapta à sua realidade. Contudo, nem sempre encontramos normas relativas às questões

²⁴ FRANCISCO (Papa). **Amoris Laetitia**: sobre o amor na família: exortação apostólica pós-sinodal do Papa Francisco. São Paulo: Paulus, 2016. p. 40.

bioéticas que atendam suas necessidades. Para Hryniewicz e Sauwen, a subjetividade do tema, bem como seu elevado teor ético e moral, aumentam a responsabilidade do legislador:

O vácuo normativo deve ser visto também como resultado da dificuldade em se produzir normas que dizem respeito a fatos revestidos de alto grau de subjetividade e que, ao mesmo tempo, tocam um grupo de valores fundamentais em nossa sociedade: o dos valores da família.²⁵

A ciência muito avançou no campo da engenharia genética, permitindo que casais inférteis realizem o sonho de constituir uma família por meio de técnicas de reprodução assistida. A bioética, por sua vez, tem a função primordial de incentivar o acesso à saúde de forma igual e justa.

Isto porque, notável a sua preocupação com o bem estar e a saúde dos homens. A bioética se vincula aos valores sociais a partir do momento em que passa a produzir efeitos dentro de determinada sociedade. O seu relacionamento transdisciplinar deve prezar pela harmonia com as demais ciências sociais, em especial o direito, por seu caráter regulatório, e a política, em razão de seu compromisso social.

Daí o importante papel do biodireito ao assumir a função de regulamentar as relações bioéticas, atento ao progresso científico e às necessidades humanas. Nesse sentido, Lora Alarcón afirma que:

Os progressos da Ciência Genética apontam o sinal que distingue a uma nova e radical transformação da interpretação da vida humana, onde a manipulação é possível, mas onde também as terapias genéticas podem resolver sérios problemas da Humanidade. Esta constatação ratifica que o Direito deve interferir nessa nova perspectiva da vida humana, gerando as condições de respeito ao consolidado princípio da igualdade.²⁶

A área do direito de família, por sua vez, é uma área muito complexa, multifacetada, incluindo todos os aspectos legais e extralegis para a vida em família, tanto em seu caráter privado quanto doméstico, daqueles que estão ligados pelo sangue ou por afinidade. Questões de direito de família são temas perenes de

²⁵ HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O direito “in vitro”**: da bioética a biodireito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 99.

²⁶ LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004. p. 319.

fascínio popular. No entanto, apesar de sua importância, o direito da família não reflete o seu real significado.

A faceta da biotecnologia que atua no âmbito familiar busca proporcionar soluções aos problemas pessoas, principalmente àqueles relacionados à saúde reprodutiva. Contudo, em razão do vácuo legislativo existente, a sociedade se encontra em um terreno de incertezas e insegurança.

Essa instabilidade no cenário da família moderna pode gerar consequências para as futuras gerações. Para tanto, a família deve gozar de boas condições de desenvolvimento para formar um núcleo saudável e apto a exercer suas atividades dentro da sociedade em que se insere. Da mesma forma que os pais são responsáveis pela criação e educação dos filhos, o Estado deverá cumprir seu dever de garantir proteção especial, assegurando às famílias plenas condições de desenvolvimento para atingir a estabilidade social, de forma a proporcionar um terreno fértil para as próximas gerações.

Nesse sentido, Parkinson entende que:

A crescente instabilidade da vida familiar nos países ocidentais ameaça o futuro de prosperidade desses países, e tem profundas implicações para a saúde física e mental da população. Estas são as questões prementes da política familiar moderna, e os governos que as ignoram estão “jogando a poeira para debaixo do tapete”.²⁷

Por essa razão, o legislador pátrio deverá conciliar os avanços das ciências tecnológicas com a realidade da família brasileira, conforme alerta o filósofo D’agostino:

A tarefa dos juristas de hoje, talvez a mais urgente, é provavelmente dar outra vez um significado ao modelo familiar conjugal, submetido, nas últimas décadas, a uma contínua erosão no plano mítico, normativo e social, e verificar sua compatibilidade com as novas técnicas de procriação assistida.²⁸

Em consonância, Venosa destaca que um dos maiores desafios a ser enfrentado pelo legislador é a questão ética:

²⁷ PARKINSON, Patrick. Cooperação internacional no direito de família. Entrevista. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, ed. 12, p. 5-7, 2014.

²⁸ D’AGOSTINO, Francesco. **Bioética segundo o enfoque da filosofia do direito**. Tradução de Luisa Raboline. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006 (Dike). p. 172.

A futura legislação sobre biogenética e paternidade deverá ocupar-se, portanto, de muitos novos aspectos, nem sequer imaginados em passado próximo. Os aspectos preocupantes são, como se percebe, proeminentemente éticos.²⁹

Regina Fuiza Sauwen e Severo Hryniewick alertam que uma “nova família” está surgindo e o direito não pode desconsiderar tal fato, ainda que este possa ser condenado e lamentado dos pontos de vista ético, religioso, político e sociológico.³⁰

Isso significa que é o direito que determina quem são parentes aos olhos da lei, além de decidir como as relações familiares são constituídas e dissolvidas. O novo direito de família, portanto, deve vir acompanhado de um conjunto de normas que o represente efetivamente.

Em resposta a tal demanda, tramita no Senado Federal o Projeto Lei 470/2013, denominado de Estatuto das Famílias, de autoria da Senadora Lídice da Mata, que busca atualizar e modernizar legislação brasileira no assunto. Observa-se que a própria denominação passa a ser no plural, refletindo a característica da pluralidade que hoje prevalece no direito de família.

Segundo o projeto, seu objetivo é reunir, em um documento jurídico único, todas as normas relacionadas com o Direito das Famílias, permitindo tornar a Justiça mais ágil e conectada com a realidade familiar brasileira.

Ainda, em sua apresentação, o projeto dispõe que é necessário adequar as regras às novas formações de família que não são protegidas pela legislação atual, ressaltando que nenhum ramo do direito sujeitou-se a tantas alterações e avanços quanto o Direito de Família.

O Estatuto das Famílias, se aprovado, representará uma enorme conquista para a sociedade, que se vê representada por um conjunto normativo em consonância com a modernidade. Destaca-se, para tanto, o teor do art. 3º, ao dispor que “[...] é protegida a família em qualquer de suas modalidades e as pessoas que a integram.”³¹

²⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.462.

³⁰ HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fuiza. **O direito “in vitro”**: da bioética a biodireito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 101.

³¹ MATA, Lídice da. Projeto de lei nº 470. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, 13 nov. 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

Contudo, apesar de significativo avanço, a luta por condições de igualdade e liberdade continuam, especialmente no tocante às questões bioéticas que circundam o direito de família.

Portanto, o novo direito de família não atua sozinho, mas em cooperação com o Poder Público, entidades privadas, e também com a própria sociedade. A sua essência está direcionada para a proteção da pessoa, sustentada por novos pilares que refletem os valores da afetividade, da pluralidade, da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

A estrutura tradicional da família é tida como um sistema de apoio familiar que envolve o casamento de um homem com uma mulher que prestam cuidados e garantem a estabilidade para seus filhos. No entanto, este modelo tradicional, conhecido como família nuclear, tornou-se menos prevalente, uma vez que formas alternativas de família se tornaram mais comuns.

As pessoas continuam almejando viver suas vidas de uma forma familiar, mas agora fazem de maneira diferente. Diante deste novo cenário, verifica-se o esforço para obter o status de família reconhecido e o direito a um tratamento igual perante seus pares. Isto é um indicativo de quão valorizado e desejado é o instituto da família.

O conceito de família encontra-se em fase de transição e adaptação. Isto não significa afirmar que a mudança do conceito de família representa uma ameaça. Pelo contrário, trata-se de um processo de adequação social necessário. Maximiliano, com sua incomparável verve de hermenêuta, afirma que o legislador é um filho do seu tempo; fala a linguagem do seu século, e assim deve ser encarado e compreendido.¹ Assim como a lei, o termo família passa a ser objeto de interpretação social, moral, ético e jurídico.

Esta hermenêutica, no entanto, não está restrita ao legislador, mas estende-se a todas as pessoas que hoje compõem a sociedade. Daí porque esta interpretação, em consonância com a linguagem de seu tempo, deixa de ser limitada ao modelo tradicional de família e lança seu sentido e alcance às novas configurações familiares.

Esta é a linguagem da sociedade moderna, na qual impera a ideia de flexibilização do conceito da família, fundada nos ideais da pluralidade, igualdade, dignidade e afetividade que regem o âmbito social. A conceituação de família, desta forma, seja na modalidade primária ou nos novos modelos que vão se formando, permanece intocável no sentido de reunião de pessoas vinculadas afetivamente e agrupadas no espaço ainda hoje denominado de lar.

Nas últimas décadas, a ciência criou mecanismos que permitem controlar a concepção e reprodução humanas, desempenhando um papel importante na

¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 113.

formatação na nova família. As modalidades de reprodução assistida, aliadas às situações dela decorrentes, abriram um horizonte que já começou a ser explorado pelo homem.

Esse incessante avanço da biotecnologia e da biotecnociência proporcionou a implantação e consolidação das duas mais novas áreas de conhecimento: Bioética e Biodireito.

É certo que as novas tecnologias trazem dilemas éticos que repercutirão na avaliação crítica do cidadão e se afunilarão em nossos tribunais em busca de soluções, criando verdadeiros imbróglios jurídicos. Também é certo que os profissionais das mais variadas áreas devem se preparar e refletir para assimilar os novos conflitos e repassá-los com mais segurança para a sociedade.

As famílias são peças fundamentais na criação das mudanças que ocorrem no meio social, pois não estão expostas e sujeitas somente a forças externas, mas também são capazes de influenciar e mudar a própria sociedade. Isto porque, o núcleo familiar reflete e influencia o modo como pensamos sobre gênero, raça, classe, orientação sexual e, com isso, torna a determinar como essas questões terão impacto na própria família e na sociedade.

A mitigação da parentalidade em componentes genéticos, gestacional e afetivos cria um novo desafio para o direito no que diz respeito à questão da filiação. O direito, afirma Lora Alarcón, é o arsenal normativo adequado para, tendo como base a Constituição, servir de eixo condutor do ponto de vista jurídico às soluções dos problemas enfrentados pela Bioética.²

Nessa senda, um foco importante para o debate jurídico é que atualmente o indivíduo goza de maior autonomia pessoal para viver a sua vida como ele deseja. Isto é, possui maior independência nas decisões da vida pessoal e familiar, além de ter à disposição diversos recursos e métodos reprodutivos trazidos pela ciência e engenharia genética.

O Estado, por sua vez, recebeu da Constituição Federal a incumbência de garantir à família proteção especial. Assim, deverá buscar meios de instituir ações e políticas públicas voltadas às famílias e também às pessoas interessadas em dar início a uma família.

² LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004. p. 165.

Assim, questões como direito à procriação, planejamento familiar e parentalidade responsável devem estar acessíveis à população, especialmente as informações e procedimentos que dizem respeito à saúde reprodutiva.

Na tentativa de assegurar o primado da igualdade, o Estado tem a responsabilidade de reconhecer que alguns relacionamentos humanos e outras situações domésticas são iguais ao casamento. Deste modo, o Poder Público deve conferir uma proteção especial igual ou semelhante àquela concedida ao casamento e à família tradicional.

Apesar da falta de previsão legal hoje existente, aliada às incertezas morais e sociais, a sociedade e o Estado não podem renegar proteção e reconhecimento às famílias contemporâneas, em especial aquelas oriundas das técnicas de reprodução assistida, que não seguem o modelo tradicional.

Por essa razão, quanto maior for o grau de reconhecimento das diferentes configurações familiares, maior será a igualdade entre elas e, conseqüentemente, o indivíduo gozará de uma cidadania expandida e, assim, maior será a satisfação e realização pessoal e familiar, contribuindo com uma vivência harmônica e garantindo a estabilidade social.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. A responsabilidade civil em face do abandono afetivo e a problemática do quantum indenizatório. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 5, n. 1, p. 234-249, 2012. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/165/113>>. Acesso em: 2016.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.t. 2.

ANVISA. Resolução da Diretoria Colegiada, no RDC nº 66, de 18 de mar. 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, n. 54, p. 28, 2016. disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=28&data=21/03/2016>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicómaco**. Tradução portuguesa de Antônio de Castro Caeiro. 4. ed. Lisboa: Quetzal, 2012.

BAERTSCHI, Bernard. **Ensaio filosófico sobre a dignidade**: antropologia e ética das biotecnologias. Tradução de Paula Silvia Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARROS, Sérgio Resende de. **O direito ao afeto**. Belo Horizonte, 24 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/S%C3%A9rgio%20Resende%20de%20Barros>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BAUMAN, Zygmunt. A utopia possível na sociedade líquida. Entrevistado por Dennis de Oliveira. **Revista Cult**, São Paulo, ano 12, n. 138, ago. 2009. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/entrevis-zygmunt-bauman/>>. Acesso em: 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O terceiro ausente**: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; organização de Pietro Polito. Barueri: Manole, 2009.

BOULOS, Kátia. Da guarda “com-parte-ilhada” à guarda compartilhada: novos rumos e desafios. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). **Grandes temas de direito de família e sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. Estatuto da Mulher Casada. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 set. 1962. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4121-27-agosto-1962-353846-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

_____. Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 dez. 1977. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6515-26-dezembro-1977-366540-norma-pl.html>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 3 abr. 2016.

_____. Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 mai. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em: 11 ago. 2015.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

_____. Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança - PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 de mar. de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 5 jun. 2015.

_____. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 11 ago. 2015.

BRASIL. Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão "guarda compartilhada" e dispor sobre sua aplicação.

Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 de dez. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 3 abr. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASÍLIA. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAHILL, Lisa Sowle. Paternidade/maternidade em perspectiva. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Ed.). **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Ed. Loyola : Sociedade Brasileira de Bioética, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **A arte do direito**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito civil: direito de família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina**. Oviedo, 1997. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados aprovados: I Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

_____. **Enunciados Aprovados na VII Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados%20aprovados%20-%20VII%20jornada/view>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.931, de 17 set. 2009. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 2009. Seção 1. p. 90. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.. Resolução 1.995, de 31 ago. 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas da vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 ago. 2012. Seção 1. p. 269-70. Disponível em: <http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.htm>. Acesso em: 6 abr. 2016.

_____. Resolução CFM 2.013/2013. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 maio 2013. Seção 1. p. 119. Disponível em: <http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. Resolução CFM 2.121/2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 2015. Seção 1. p. 117. Disponível em: <http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 107, de 6 de abril de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 61, p. 9-10, 2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

_____. Recomendação 31, de 30 de março de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 7 abr. 2010. p. 4-6. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

_____. Corregedoria Nacional de Justiça. Provimento 52, de 15 de março de 2016. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução 466, de 12 de dezembro de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jun. 2013, seção I, p. 59. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

CORREA, Marilena Cordeiro Dias Villela. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de ter filhos. **Bioética**, Brasília, DF, v. 9, n. 2, p. 71-82, 2001.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Jean Meuville. São Paulo: Martim Claret, 2005.

D'AGOSTINO, Francesco. **Bioética segundo o enfoque da filosofia do direito**. Tradução de Luisa Raboline. São Leopoldo. Ed. Unisinos, 2006 (Dike).

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 18. ed. aum. e atual., de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

_____. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

DORTIER, Jean-François. **Dicionário de ciências humanas**. Revisão e coordenação da tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. Ebook.

EARWICKER, Benjamin. **Planejamento familiar**. Brasília, DF, out. 2011. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY. **The world's number of IVF and ICSI babies has now reached a calculated total of 5 million**. Grimbergen, 2 jul. 2012. Disponível em <<https://www.eshre.eu/Press-Room/Press-releases/Press-releases-ESHRE-2012/5-million-babies.aspx>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Paternidade e ascendência genética. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova de filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERNANDES, Tycho Brache. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito de sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FRANCISCO, PAPA. Amoris Laetitia. **Sobre o amor na família: exortação apostólica pós-sinodal do Papa Francisco**. São Paulo: Paulus, 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução humana assistida. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOLDING, William. **O Senhor das moscas**. Tradução de Geraldo Galvão Ferraz. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2003.

HEIDEMANN, Francisco G. **Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento**: políticas públicas e desenvolvimento – bases epistemológicas e modelos de análise. Organização de Francisco G. Heidemann e José Francisco Salm. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 2009.

HOLLAND, Stephen. **Bioética**: enfoque filosófico. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2008.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O direito “in vitro”**: da bioética a biodireito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

IBDFAM. **Dicionário reformula conceito de família**. Belo Horizonte, 11 maio 2016. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5990/Dicion%C3%A1rio+reformula+conceito+de+fam%C3%ADlia>>. Acesso em: 12 maio 2016.

_____. **Rede pública gaúcha irá custear fertilização de embrião para transplante**. Belo Horizonte, 15 jul. 2015. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5690/Rede+p%C3%BAblica+ga%C3%B7cha+ir%C3%A1+custear+fertiliza%C3%A7%C3%A3o+de+embri%C3%A3o+para+transplante+>>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

_____. **IBDFAM aprova Enunciados**. Belo Horizonte, 28 out. 2015. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados+++>>>. Acesso em: 2015.

IZZO, Carlos Roberto; FONSECA, Ângela Maggio. **Fertilização assistida**: seleção de pacientes e técnica in tratado de ginecologia – condutas e rotinas de ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo: Revinter, 2005.

KRESS, Hartmut. **Ética médica**. Tradução de Hedda Malina. São Paulo: Loyola, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médico-legais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Tratado de direito de família**: origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

LOTUFO, Maria Alice Zaratín. **O Código civil e as entidades familiares**: temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do código civil. Coordenação de Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2008.

MATA, Lídice da. Projeto de lei nº 470. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, 13 nov. 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MINOIS, Georges. **A idade de ouro**: história da busca da felicidade. Tradução de Christiane Fonseca Gradwohl Colas. São Paulo: Unesp, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. atual. Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade Nery. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. t. 7.

MORI, Maurizio. A reprodução assistida é apenas uma extensão da reprodução natural. In: OSELKA, Gabriel. (Coord.). **Entrevistas exclusivas com grandes nomes da bioética**: estrangeiros. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo : Centro de Bioética, 2009.

MOSER, Antônio. **Biotecnologia e bioética**: para onde vamos? Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

MY SISTER'S Keeper: uma prova de amor. Direção: Nick Cassavetes. Produção: Jeremy Leven. EUA: PlayArte Pictures, 2009, (109 min), DVD, son., color.

NEUMAN, Camila. **Importação de sêmen estrangeiro aumenta 500% no Brasil em um ano**. São Paulo, 17 jun. 2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2015/06/17/importacao-de-semen-de-estrangeiros-aumenta-500-no-brasil-em-um-ano.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação como política pública de fortalecimento da democracia participativa. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 2, n. 2, p. 131-140, 2012.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 2 set 2015.

PARKINSON, Patrick. Cooperação internacional no direito de família. Entrevista. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, ed. 12, p. 5-7, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Desrespeitar diferentes formas de família não é cristão nem ético. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-07/processo-familiar-desrespeitar-diferentes-formas-familia-nao-cristao-nem-etico>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

_____. **Dicionário de direito de família e sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. Entrevista. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, ed. 26, p. 5-7, abr./maio 2016.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, C. de Paul. **Bioética e saúde**. São Paulo: Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração de Saúde. 1990.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humano**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PUFENDORF, Samuel Von. **Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural**. Tradução de Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbook, 2007.

RAWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REZENDE FILHO, Juscelino. Projeto de lei nº 115/2015. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 13 fev. 2015. p. 67. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SÃO PAULO; MATO GROSSO DO SUL. **Tribunal Regional Federal 3ª Região**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

SARAMAGO, José. **As intermitências da morte**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARLET, Ingo (Org.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Direito civil**: direito de família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 6

_____. **Direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.