



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AS NOVAS FORMAS DE RELAÇÕES PARENTAIS À LUZ DO BIODIREITO

Ana Beatriz Lopes Barbosa

Rio de Janeiro
2019

ANA BEATRIZ LOPES BARBOSA

AS NOVAS FORMAS DE RELAÇÕES PARENTAIS À LUZ DO BIODIREITO

Monografia apresentada como exigência para a conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador: Prof. Nelson Carlos Tavares Júnior.
Coorientadora: Prof^a Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2019

ANA BEATRIZ LOPES BARBOSA

AS NOVAS FORMAS DE RELAÇÕES PARENTAIS À LUZ DO BIODIREITO

Monografia apresentada como exigência para a conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 2019. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Convidado: Professor Rodrigo da Guia Silva – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Orientador: Professor Nelson Carlos Tavares Júnior – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

Dedico este trabalho a minha bisavó Maria do Carmo Fernandes, por ter dado início a essa família maravilhosa a qual hoje eu pertença.

AGRADECIMENTOS

Na obtenção desta conquista, gostaria de agradecer primeiramente a Deus pela força para superar os obstáculos, e a minha Nossa Senhora Aparecida, por sempre ter escutado minhas orações, e nunca ter deixado de me conceder nenhuma graça.

No plano terreno, não posso deixar de agradecer aos meus pais, avós e bisavós, por terem me dado a vida, fazendo dela a melhor possível. Agradeço em especial a minha mãe Ana Luzia, por sempre ter acreditado nos meus sonhos, tornando cada um deles realidade.

Ao meu irmão, aos meus tios e aos meus primos, agradeço pela presença e apoio insubstituíveis. Aos meus amigos, por serem sempre as melhores companhias.

Ao meu namorado Bruno, agradeço pelo amor e pela paciência inigualável, compreendendo cada ausência minha em função dos meus compromissos para com a EMERJ.

Também agradeço a toda a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – orientadores, professores, funcionários – pela estrutura e conhecimento que me foram ofertados durante os últimos três anos. Agradeço, em particular, aos meus orientadores Mônica Areal e Nelson Tavares, pelo incentivo e pelo empenho para fazer com que esse trabalho fosse realizado.

Por fim, agradeço a todos que contribuíram, de alguma forma, para que eu chegasse até aqui. Com a ajuda de cada um de vocês, o meu objetivo está cada vez mais próximo de se tornar realidade.

“É necessário adequar a justiça a vida e não engessar a vida dentro de normas jurídicas”

Maria Berenice Dias

SÍNTESE

A finalidade do presente trabalho consiste no interesse em realizar um estudo sobre um dos principais temas relacionados ao Direito de Família, qual seja, a parentalidade e a filiação. Tem-se que o vínculo paterno-materno-filial apresenta grande relevância jurídica, por ser um dos principais pilares da entidade familiar, considerada pela Constituição da República Federativa do Brasil uma das bases da sociedade. No desenvolvimento desta pesquisa, será possível perceber como a evolução científica gerou intervenções no referido instituto, principalmente à luz do Biodireito, com o advento das técnicas de reprodução assistida, que possibilitam a concepção mesmo quando um ou ambos os genitores apresentam impedimentos ou dificuldades no processo reprodutivo. O tópico, portanto, apresenta grande importância social, razão pela qual será apresentado o contexto histórico de seu surgimento até a sua atual aceção, percorrendo também os seus efeitos no ordenamento jurídico vigente, levando em consideração mandamentos doutrinários e jurisprudenciais, ocasião em que se analisará o posicionamento dos tribunais pátrios acerca do assunto.

Palavras-chave – Direito de Família. Biodireito. Relações Parentais. Reprodução Assistida.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. BREVE ANÁLISE DA ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR	12
1.1. A origem do instituto familiar	13
1.1.1. O reconhecimento do afeto como elemento norteador da entidade familiar.....	21
1.2. O tratamento dado à instituição familiar no Brasil	22
2. A CORRELAÇÃO ENTRE AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E O INCREMENTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES COM O ADVENTO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO.....	25
2.1. Origem e Conceituação da Bioética	25
2.2. Princípios norteadores da Bioética	29
2.3. Origem e Conceituação do Biodireito	30
2.4. Princípios norteadores da Biodireito	32
2.5. A aplicação prática do Biodireito ao ordenamento jurídico	33
2.6. As correspondências e expoentes do Biodireito no Direito de Família	34
3. OS MECANISMOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A SUA REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL.....	39
3.1. Os mecanismos de reprodução assistida	39
3.1.1. Coito Programado	41
3.1.2. Congelamento de Gametas	42
3.1.3. Inseminação Artificial	43
3.1.4. Fertilização <i>in vitro</i>	44
3.1.5. Inseminação Artificial e Fertilização <i>in vitro post mortem</i>	46
3.1.6. Gestação por substituição.....	48
3.2. O tratamento legal dado às técnicas de reprodução assistida no Brasil	49
4. AS NOVAS RELAÇÕES PARENTAIS ADVINDAS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA E AS SUAS REPERCUSSÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	51
4.1. As novas relações parentais provenientes das técnicas de reprodução assistida	51
4.1.1. Da irrelevância do coito programado para o desenvolvimento das novas formas de relação parental.....	52
4.1.2. Da influência dos mecanismos de inseminação artificial e fertilização <i>in vitro</i> para o surgimento das novas relações parentais.....	52
4.1.3. A possibilidade da constituição familiar <i>post mortem</i> por meio da inseminação artificial e fertilização <i>in vitro</i>	56
4.1.4. As novas vertentes trazidas às relações parentais pela gestação por substituição.....	57
4.2. As repercussões das novas relações parentais no ordenamento jurídico	59
4.2.1.No Direito de Família	59
4.2.2 No Direito das Sucessões	69
4.2.3.No Direito Previdenciário	72
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS	78

SIGLAS E ABREVIATURAS

ART – artigo

CC – Código Civil

CFM – Conselho Federal de Medicina

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CJF – Conselho de Justiça Federal

DES – Desembargador

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

MIN – Ministro

REL – Relator

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a realizar um estudo aprofundado sobre as novas formas de relações parentais, constituídas à luz do Biodireito.

A instituição familiar, como um todo, foi definida pela Constituição Federal de 1988 como sendo a base da sociedade, razão pela qual passa a deter uma especial proteção do Estado.

Por se tratar de um tema relevante, tem-se que esse gera efeitos em todas as camadas da sociedade, o que torna necessário uma análise específica sobre as suas formas de constituição.

Dentro do contexto protecionista que rondea a entidade em estudo, o próprio texto constitucional determina que a realização do planejamento familiar é uma decisão livre e exclusiva do casal, cabendo ao ente estatal proporcionar os recursos educacionais e científicos para o regular exercício desse direito, sedimentado em princípios como o da dignidade humana e o da paternidade responsável.

Com a revolução tecnológica pela qual passou a humanidade durante os Séculos XX e XXI, ocorreram grandes modificações em todas as estratificações que a compõem, inclusive no seio familiar, que com o auxílio dos avanços científicos, ganhou novas modalidades e formas de instituição.

Na seara do Direito de Família, as inovações de maior destaque estão relacionadas ao Biodireito, principalmente no que tange à questão da reprodução assistida. Permeado pela vontade de correlacionar esse novo ramo do Direito, que versa sobre os avanços tecnológicos na área da biotecnologia, com o Direito de Família, esta pesquisa busca discutir as inovações por ele trazidas ao instituto da parentalidade.

Para tanto, são postos à baila posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, de modo a elucidar e alcançar os objetivos gerais propostos, que são o traçado de um panorama geral sobre as novas relações parentais perante o Biodireito e quais são as suas repercussões no ordenamento jurídico como um todo, com especial destaque ao Direito Civil, ao Direito das Sucessões e ao Direito Previdenciário.

Direcionado por tais finalidades, o trabalho está estruturado em quatro capítulos. O primeiro deles se destina a realizar uma análise histórica acerca da instituição familiar e do Direito de Família propriamente dito, de modo a demonstrar a sua origem e a sua evolução até os dias atuais.

O segundo capítulo busca apresentar as repercussões das inovações tecnológicas nas relações familiares, à luz do Biodireito, de modo a correlacionar esses dois ramos jurídicos à perspectiva apresentada nesta pesquisa.

O terceiro capítulo visa a estabelecer os principais mecanismos de reprodução assistida que se apresentam a sociedade, não se olvidando de tratar o modo pelo qual ocorre a sua regulamentação no Brasil.

Por fim, o quarto e último capítulo desta pesquisa pretende trazer uma análise das novas formas e modalidades de relações parentais trazidas pelos avanços tecnológicos do Biodireito – originadas a partir das técnicas de reprodução assistida – bem como das suas consequências no ordenamento jurídico, com um estudo empírico do posicionamento dos Tribunais Pátrios acerca da presente temática.

Essa parcela específica da pesquisa destinada à jurisprudência se mostra necessária diante das lacunas regulamentares existentes no tema, que geraram questionamentos relevantes, em razão de sua importância social. Estudar o posicionamento do Poder Judiciário pode trazer a orientação necessária para a observação das questões apresentadas.

Insta salientar que para o desenvolvimento deste trabalho, haverá um enfoque maior no método dedutivo, visto que o pesquisador pretende partir da compreensão da regra geral para a posterior análise específica dos casos concretos, a partir das hipóteses trazidas para o estudo do objeto da pesquisa.

No que tange aos instrumentos utilizados, os que podem ser considerados preponderantes são a pesquisa bibliográfica, a legal e a jurisprudencial. Através da análise dos conceitos, preceitos e regulamentações acerca do tema, acredita-se que serão alcançados os objetivos estabelecidos e enfrentadas as questões norteadoras deste trabalho.

Em razão desse exposto, o tipo de abordagem que se mostra mais adequado para a sua elaboração é o qualitativo, com um enfoque no caráter subjetivo do tema por ora analisado.

1. BREVE ANÁLISE DA ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR

De acordo com o estabelecido no art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹, a família, considerada como a “base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

A partir dessa afirmação, percebe-se que o ordenamento jurídico pátrio privilegiou a formação desse modelo social, calcado na entidade familiar, que, atualmente tem a sua estrutura comumente reconhecida nas mais diversas modalidades, que variam de acordo com as suas formas de constituição.

Atentos a esse caráter plural, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Neto e Nelson Rosenvald² afirmam que:

A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. Funda-se a família pós-moderna em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles. Esses são os referenciais da família contemporânea.

Em que pese a habitualidade com a qual as famílias hoje são identificadas, é de se questionar se a sociedade, como um todo, sempre se organizou desta maneira – isto é, se sempre teve no seio familiar a essência da vida em comum.

A fim de responder a esse questionamento, faz-se necessário um breve estudo da evolução histórica familiar, durante o qual se tentará buscar qual é a origem desse instituto, com a análise do seu desenvolvimento, até que se possa chegar ao modelo contemporâneo hoje vigente.

O objetivo é traçar um panorama que evidencie a relevância que alçou a instituição familiar à condição de alicerce da sociedade, com enfoque na questão da parentalidade, que pode ser conceituada como a “relação de parentesco entre pessoas da mesma família, seja em decorrência da consanguinidade, da socioafetividade, ou pela afinidade”.³

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

² FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1670.

³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 502.

Nesse sentido, passa-se agora à busca pela origem da instituição familiar, pois, ainda que remota, possibilita a observância da evolução do instituto até a sua formação contemporânea, cuja relação com o Biodireito constitui o cerne desta pesquisa.

1.1. A origem do instituição familiar

Nas palavras de Maria Berenice Dias⁴, “a família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social”.

No entanto, para que essa estruturação contemporânea por ora apresentada seja entendida na sua totalidade, faz-se necessária uma análise da sua origem, até a sua compreensão como instituto social.

Analisando os diferentes contextos históricos formados até os dias atuais, percebe-se que a instituição familiar sempre esteve presente na formação dos grupos sociais, ainda que não compreendidos em um contexto civilizatório.

Iniciando a já citada análise, Friedrich Engels, em sua obra intitulada “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”⁵, faz uma análise dos estudos elaborados pelo antropólogo Lewis H. Morgan, nos quais este tentou estabelecer uma ordem nos estágios culturais pré-históricos da humanidade, dividindo-os em três épocas principais: o estado selvagem, a barbárie e a civilização.

Com base nesses ensinamentos, Rodrigo da Cunha Pereira,⁶ afirma que no estado selvagem haveria uma apropriação dos produtos ofertados pela natureza. Na barbárie, incrementaram-se os produtos naturais com o labor humano. Por fim, já na civilização, o homem aperfeiçoou o seu labor com os produtos provenientes da natureza, já em um contexto industrial.

Para Pereira⁷, por mais que o estudo da instituição familiar deva se ater com um maior enfoque na civilização, não se pode olvidar a existência de outras estruturas semelhantes anteriores.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 31.

⁵ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo, Boitempo, 2019, p. 31-82.

⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 9-11.

⁷ *Ibidem*, p. 9-11.

Mesmo nas sociedades primitivas, a necessidade de manter vínculos já se mostrava latente. No cenário primitivo, afirma-se que o grande fio condutor das relações humanas era o instinto. Nas palavras de Arnaldo Rizzardo⁸:

[...] era o instinto que comandava os relacionamentos, aproximando-se o homem e a mulher para o acasalamento, à semelhança das espécies irracionais. Há quem fale em promiscuidade primitiva, quando não ocorriam as uniões reservadas. Em um período mais adiantado, havia o rapto: a união iniciava com a apreensão da mulher pelo homem, que se efetivava como um ato de força, ficando submetida ao seu domínio.”

Percebe-se então que, nesta época, não havia nenhum tipo de estrutura organizacional a qual fossem submetidas as relações humanas. Os indivíduos eram regidos por seus instintos, fazendo uso até mesmo da força e da violência para que suas vontades fossem satisfeitas. Embora não haja a presença de nenhum vínculo afetivo que os relacionasse, já se pode perceber a tendência do homem a viver com seus pares.

Segundo Engels⁹, “o desenvolvimento da família acompanha esse processo, mas não oferece características tão contundentes para uma subdivisão dos períodos”, razão pela qual não seria possível determinar com exatidão o contexto de seu surgimento, bem como quais teriam sido “os motivos que levaram os homens a deixar de praticar relações sexuais unicamente pelo desejo sexual para estabelecer regras de com que se podia ou não copular.”¹⁰

No entanto, conquanto não seja possível determinar sua origem, é plenamente viável realizar um estudo das modalidades familiares que se apresentaram no decorrer dos tempos, levando ao atual conceito do que se entende como família.

Lewis. H. Morgan entende a família como um elemento ativo, que vive em um constante movimento ascendente. Nas palavras de Morgan¹¹:

A família é o elemento ativo; ela nunca é estacionária, mas avança de uma forma inferior para uma forma superior, à proporção que a sociedade evolui de um estágio mais baixo para um estágio mais elevado. Em contraposição, os sistemas de parentesco são passivos; somente depois de longos períodos eles registram os progressos que a família fez no decorrer do tempo e só experimentam mudanças radicais depois que a família mudou radicalmente.

⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 9.

⁹ ENGELS, op. cit., p. 31.

¹⁰ FIGUEIREDO, Elizabeth Giesta. *A Consolidação da Multiparentalidade como entidade familiar e as consequências jurídicas de seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal*. 2008. 120 f. Trabalho monográfico (pós-graduação em *latu sensu* em Direito Público e Privado) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018, p. 14. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2018/ElizabethGiestaFigueiredo_Monografia.pdf> Acesso em: 01 ago. 2019.

¹¹ ENGELS, op. cit, p. 38.

Levando em consideração os estudos realizados, bem como interpretando as investigações do referido antropólogo, Friedrich Engels traz em sua obra algumas modalidades familiares, que vão desde o estágio das relações indiscriminadas até ao estilo monogâmico, os quais se correlacionam com os estágios da selvageria, da barbárie e da civilização.

O primeiro contexto familiar apresentado por Engels se relaciona com a chamada família consanguínea, nos quais os grupos aptos ao casamento são separados por gerações. Aqui, já havendo o conceito de incesto, excluem-se as relações entre pais e filhos.

Nas palavras do autor, neste estágio¹²:

os grupos que podem casar-se são separados por gerações (...). Nessa forma de família, portanto, somente ascendentes e descendentes, pai/mãe e filhos/filhas, estão excluídos tanto dos direitos quanto dos deveres (como diríamos) do casamento entre si. Irmãos e irmãs, primos e primas de primeiro grau, de segundo grau e de graus mais afastados são todos irmãos e irmãs entre si, e *justamente por isso*, são todos marido e mulher uns dos outros.

Posteriormente, reconheceu-se a ideia de família punaluaana, considerada por Engels um avanço em relação às famílias consanguíneas, pois aqui também restaram excluídas as relações entre irmãos e irmãs, biológicos e colaterais, o que, segundo Morgan, seria “uma excelente ilustração de como atua o princípio da seleção natural”¹³, uma vez que a exclusão do acasalamento por parentes consanguíneos teria gerado uma população mais robusta.

Dando continuidade aos estágios pré-históricos, Engels traz à baila a chamada família de um par, também chamada de família sindiásmica, que traz em sua composição o cerne das famílias monogâmicas.

Tem-se que a formação de pares por determinados períodos de tempo já vinha ocorrendo nas famílias grupais, o que acabou por se consolidar com o aumento das classes de irmãos e irmãs, entre os quais era impossível ocorrer o casamento. Com a complexidade crescente de proibições matrimoniais, “os casamentos grupais foram sendo gradativamente impossibilitados; eles foram substituídos pela família de um par.”¹⁴

Segundo os preceitos apresentados por Engels¹⁵:

Nesse estágio, um homem mora com uma mulher, mas de tal maneira que a poligamia e a infidelidade ocasional são mantidas como direitos dos homens,

¹² Ibidem, p. 44.

¹³ Ibidem, p. 45.

¹⁴ Ibidem, p. 52.

¹⁵ Ibidem.

mesmo que a primeira raramente ocorra, por razões econômicas; ao passo que das mulheres geralmente se exige a mais rigorosa fidelidade pelo tempo que durar a convivência, e o adultério cometido por elas é cruelmente castigado. Porém o laço patrimonial pode ser facilmente cortado por uma ou outra parte e os filhos/filhas continuam pertencendo exclusivamente à mãe.

Tem-se, por fim, a chamada família monogâmica, a qual se embasa no domínio do homem, na necessidade de gerar filhos sem que haja dúvidas acerca da sua paternidade.

Nos exatos termos trazidos por Friedrich Engels¹⁶, a mesma se funda no domínio masculino, “com a finalidade expressa de gerar filhos com paternidade inquestionável, e essa paternidade é exigida porque um dia os filhos irão assumir, como herdeiros naturais, o patrimônio paterno.” Distingue-se da família de um par reside no que tange à maior solidez dada ao vínculo matrimonial, que não mais pode ser dissolvido pela mera vontade das partes.

Percebe-se, então, um certo estreitamento do círculo familiar conforme avançavam os estágios culturais, da selvageria à civilização. Cada modalidade familiar corresponde a um desses estágios, como bem explica Engels¹⁷, ao afirmar que “ao estado selvagem corresponde o casamento grupal; à barbárie, o casamento do par; à civilização, a monogamia, complementada pelo adultério e pela prostituição.”

Feita esta primeira análise da construção da entidade familiar, à luz dos estágios culturais de desenvolvimento humano, mostra-se necessário então averiguar como essa relação passou a ser observada em cada um dos contextos históricos, seguindo a linha evolutiva.

No que se refere à Pré-História, em período regular ao ano 3.000 A.C., não há registros que relatem a existência de vínculos amorosos ou familiares. O que importava à época era a manutenção da sobrevivência, e as relações humanas se davam apenas de forma grupal.

Nesse sentido, sustenta Regina Navarro Lins¹⁸, que afirma que:

A ideia de casal era desconhecida. Cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e a cada homem a todas as mulheres. O matrimônio era por grupos. Cada criança tinha vários pais e várias mães e só havia a linhagem materna. O conhecimento sobre as funções do casal parece só ter chegado nos dias iniciais da agricultura, por volta de 5 mil anos atrás. A ideia também cristalizou o senso de posse do homem, uma vez que o conceito de “meu filho” requeria que a mãe da criança estivesse ligada a um homem apenas. “Mas não devemos passar a falsa ideia de que surgiu aí um imutável conceito de família. Entre os caçadores/coletores há

¹⁶ Ibidem, p. 64.

¹⁷ Ibidem, p. 75.

¹⁸ LINS, Regina Navarro. *O livro do amor*. 3 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Best Seller, 2013, p. 20.

sinais de exogamia: em encontros anuais, grandes festas, quando se faziam trocas ou se formavam uniões”.

Na Idade Antiga, mais precisamente no Direito Romano, a organização familiar era regida pela autoridade de um único chefe, chamado de *pater familias*, o qual exercia poderes absolutos e irrestritos sobre os seus integrantes, inclusive de vida e de morte.

Carlos Roberto Gonçalves¹⁹ afirma que, nessas circunstâncias, “a família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional”, pois a autoridade consubstanciada na pessoa do *pater* exercia todas essas modalidades de ingerência na vida dos que compunham a sua entidade familiar. Os outros componentes, como a esposa e os filhos, eram subordinados, em todos os aspectos, à sua vontade, situação que só se alterou com a adoção da concepção cristã da entidade familiar pelo Imperador Constantino, a qual trazia aspectos de ordem moral.

Aspectos semelhantes já podiam ser percebidos anteriormente, já na antiga civilização grega. Nesse sentido, Paulo Dourado de Gusmão²⁰ afirma que:

[...] a família grega antiga, disciplinada por direito não escrito, é o grupo social, político, religioso e econômico, com sede na casa em que reside o ancestral mais velho, chefe da família investido de poderes absolutos e sacerdotais, que mantém a sua unidade e dispõe das pessoas e dos bens, e conserva a religião doméstica, transmitindo-o às novas gerações e às que a ela passam a pertencer, bem como, através do casamento de seus descendentes, com pessoas por eles escolhidas, possibilita, pela procriação, a perpetuação da mesma.

Já na Idade Média, época na qual a estrutura social, política e econômica se pautava pelo modelo feudal – embasado na posse e propriedade do solo e no sistema de vassalagem – ocorreu a ascensão da Igreja Católica ao poder, dada a sua grande quantidade de terras, tendo se tornado o clero uma das mais importantes instituições de período.

Nessas circunstâncias, o Direito Canônico, proveniente das instituições religiosas, passa a ser dotado de grande relevância.

Como consequência, a instituição familiar, para que fosse reconhecida como tal, deveria obter a chancela da Igreja, por meio do casamento, que detinha a aceção de um sacramento indissolúvel. Percebe-se, então, uma grande ingerência dos valores cristãos tanto na formação quanto na manutenção do vínculo familiar, o qual deveria seguir os seus preceitos.

Nesse sentido, encontra-se a obra de Navarro Lins²¹, quando esta afirma que:

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 11. ed. V. 6. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 31.

²⁰ GUSMÃO apud RIZZARDO, op. cit., p. 10.

²¹ LINS, op. cit., p. 211.

A partir do século XII a Igreja começou a estender aos poucos o seu poder sobre o casamento – que se tornou um sacramento, sobretudo no século XV, quando passou a ser celebrado dentro das igrejas – e impôs o seu modelo: casamento indissolúvel e monogamia. Assim, ela passou a controlar melhor a vida cotidiana dos fiéis.

Superado o período medieval, ingressa a humanidade na chamada Idade Moderna, com a passagem do modelo feudalista para uma sociedade de maior cunho capitalista. Segundo Gilberto Cotrim²², “entre o final da Idade Média e o início dos tempos modernos, a lenta desestruturação do feudalismo e o reaquecimento do comércio (...) trouxeram mudanças para o modo de pensar e viver”, mudanças estas que afetaram inclusive na seara familiar.

No período do Renascimento, mais precisamente no século XVI, é possível perceber as transformações pelas quais passaram a família, a seguir relatadas pelas palavras de Regina Navarro Lins:²³

Na Renascença, mais precisamente no final do século XVI, aconteceu uma grande transformação na vida familiar. Até então a família era considerada, por nobres e mercadores ricos, uma espécie de estação, em que se detinham ocasionalmente a fim de reconstituir as energias e engravidar as esposas. Mas as batalhas haviam diminuído, os negócios mantinham os homens perto de seus lares. Marido e mulher passavam mais tempo juntos e era melhor que fosse uma união agradável; assim, a escolha de uma companheira desejável ganhou importância. Surgiram livros incentivando marido e mulher a desfrutar do companheirismo, da amizade e dos deleites do amor. O sexo e o amor combinados, muito lentamente, começavam a se infiltrar no casamento.

Posteriormente, durante os séculos XVII e XVIII, desenvolveu-se o período iluminista, movimento intelectual, baseado na razão, que “correspondia aos interesses daqueles que desejavam mais liberdade política e econômica”²⁴

Nesse contexto, a família foi instituída como um núcleo econômico de produção. Nas palavras de Vânia Mara Nascimento Gonçalves²⁵, “a família foi erigida como um núcleo econômico e de reprodução. Na fase pré-industrial, o papel da família consistia no exercício da atividade produtiva, em que a casa (...) era o centro da produção doméstica.”

Com a chegada da Revolução Industrial, nos séculos XVIII e XIX, “a família perde sua característica de centro de produção.”²⁶ Nesse momento, a organização familiar baseada

²² COTRIM, Gilberto. *História Global: Brasil e Geral*. 6.ed. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 148.

²³ LINS, Regina Navarro. *O livro do amor*. V. 2. Rio de Janeiro: Best Seller, 2012, p. 341.

²⁴ COTRIM, op. cit. p. 266.

²⁵ GONÇALVES, Vania Mara Nascimento *Da Família Moderna*. 10 Anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos.. Série Aperfeiçoamento de Magistrados nº 13, V. 2. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Rio de Janeiro, 2013, p.242-248. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeII/10anoscodigocivil_volII_242.pdf> Acesso em: 24 set. 2018.

²⁶ *Ibidem*, p. 243.

unicamente na autoridade unitária do pai é rompida, e os indivíduos passam a exercer o seu labor nas indústrias, a fim de promover a sua própria subsistência.

Destaca-se que é neste período que surge a chamada família nuclear, tal como afirma Regina Navarro Lins²⁷, ao dispor que:

Antes da Revolução Industrial as famílias eram extensas – pai, mãe, filhos, primos, tios e avós – e as exigências emocionais eram divididas por todos os membros que viviam juntos, geralmente no campo. No século XIX, muitos se deslocam para os centros urbanos para trabalhar nas fábricas e escritórios. Surge a família nuclear – pai, mãe, filhos. Longe do apoio familiar, a vida fica mais fácil quando se desenvolve um vínculo forte entre o casal. O amor romântico torna-se então uma possibilidade no casamento.

Percebe-se, então, uma certa transição no comportamento da entidade familiar, com uma certa valorização da vida conjugal. Nesse sentido, novamente explicita a autora, ao dispor que:

A intimidade do casal é valorizada. É cada vez mais usual que dividam o mesmo quarto e a mesma cama. Desaparece o discurso sobre as vantagens de quartos separados. (...) Após o casamento, a vida privada se volta inteiramente para os filhos. Logo vem a gravidez, o bebê é esperado, batizado, criado, cuida-se da sua educação e do seu lazer. A maior intimidade conjugal conduz também a uma maior intimidade familiar. A maternidade e a paternidade são valores em alta. Ao contrário do que ocorrera nos séculos XVII e XVIII, os filhos eram vistos como uma riqueza e uma extensão do indivíduo, assim como do poder e da posição da família.²⁸

Afirma Navarro Lins²⁹, que “na primeira metade do século XX, casar significava formar um lar e se situar socialmente dentro da coletividade.” A autora explicita esse período de transformação da entidade familiar com clareza, ao afirmar que:

As famílias rurais dos séculos anteriores haviam produzido a maior parte do seu próprio alimento, construído os seus próprios abrigos, preparado a sua própria comida e os seus próprios remédios e educado seus filhos. No êxodo da região rural para a cidade, os homens começaram a trabalhar para obter salários, a usar dinheiro em espécie para comprar mercadorias e pagar por serviços de que precisavam e a mandar seus filhos para as escolas públicas. As mulheres foram deixadas com os encargos de criar filhos e cuidar da casa, mas pouca coisa restou que as tornasse insubstituíveis ou que lhes desafiasse a capacidade. Os homens, na realidade, não precisavam delas para viver na cidade; se preferissem, poderiam viver sozinhos.³⁰

²⁷ LINS, op. cit., 2012, p. 133.

²⁸ Ibidem, p. 139.

²⁹ Ibidem, p. 211.

³⁰ Ibidem, p. 214-215.

Quanto a existência de prole, a decisão de ter filhos já não mais se apresentava como uma vantagem econômica. Assim sustenta Navarro Lins³¹, que afirma que “quanto às crianças, elas já não eram mais uma vantagem econômica como anteriormente. Não era mais preciso fabricar velas, ordenhar as vacas e efetuar as colheitas. Filhos passaram a ser, então, um luxo dispendioso, que só adquiria valor por motivo de amor e de orgulho.”

Já no período pós-moderno, ocorreram significativas mudanças em todos os campos e estruturas da coletividade, dentre elas na instituição familiar, que no decorrer dos séculos XX e XXI, sofreu alterações basilares na sua estrutura.

Com as inovações culturais, os avanços tecnológicos, a aquisição de direitos pelas mulheres – inclusive com o seu ingresso no mercado de trabalho – e outros movimentos sociais, ingressou-se na era contemporânea – que vige até os dias atuais – na qual foram rompidos diversos paradigmas que cerceavam a constituição familiar como um todo, “proclamando-se a conveniência de organizá-la em bases igualitárias e de privá-la de qualquer função política.”³²

Até mesmo o instituto do matrimônio, que por séculos foi considerado uma chancela essencial para o início e a manutenção da entidade familiar, passou a ser relativizado. Com o aumento do número de divórcios, o instituto foi sendo cada vez menos estigmatizado pela sociedade, de modo que passou a ser compreendido como uma solução para as divergências familiares, e não mais como uma fonte de sofrimento. Nesse sentido, destaca Regina Navarro Lins³³, que afirma que:

Até os anos 1970, as mulheres que se separavam do marido sofriam muito. O casamento era a sua principal fonte de segurança financeira. Além disso, ela e os filhos eram discriminados. Atualmente, entretanto, o fim de um casamento é apenas a solução de um problema e não uma tragédia. No Ocidente, o número de divórcios não para de crescer. Mas isso não acontece somente aqui. De um jeito simples ou complicado, com raiva ou tranquilidade, o fato é que em todas as partes do mundo as pessoas se divorciam. E ao contrário da nossa cultura, que, em muitos casos, faz do divórcio um drama, alguns povos encaram com naturalidade a dissolução do casamento.

Pelo exposto, percebe-se o surgimento de um novo modelo de família, que não mais se baseia em fatores econômicos ou convenções sociais, mas tão somente na afeição e na assistência recíproca entre os seus membros, o que acaba por levar ao reconhecimento do

³¹ Ibidem, p. 215.

³² GONÇALVES, op. cit. 2013, p. 243

³³ LINS, op. cit, 2012, p. 322.

afeto como elemento norteador da entidade familiar, reconhecimento este que será exposto no tópico a seguir.

1.1.1. O reconhecimento do afeto como elemento norteador da entidade familiar

Maria Berenice Dias³⁴, ao se reportar à afetividade, a conceitua como “o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico.”

Conforme anteriormente relatado, é possível perceber que nem sempre a afetividade foi considerada elementar na seara familiar. Se antes a família possuía uma conotação patrimonial, fundada basicamente nos vínculos biológicos, nos dias atuais ela possui uma acepção mais eudomonista, que busca a plenitude pessoal de seus componentes, a felicidade de cada um deles, além do bem comum da própria instituição como um todo.

Nesse sentido, sustentam Farias, Netto e Rosenvald³⁵, ao afirmar que:

Em sua origem, pois, a família não tinha um significado idealístico, assumindo uma conotação patrimonial, dizendo respeito à propriedade, designando os escravos pertencentes a alguém, a sua casa, a sua propriedade. Com o passar dos tempos, porém, o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sociopsicoafetivos, com a intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um.”

Há, portanto, a constatação de que o afeto alçou um patamar tão ou mais importante que os vínculos jurídicos ou biológicos que interligavam os indivíduos à sua família. Na família moderna, são os vínculos de afeto que sustentam a sua estrutura, baseada em princípios como a igualdade, a fraternidade, o companheirismo e o amor.³⁶

Tem-se, que, embora não positivada no ordenamento pátrio – seja na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³⁷, seja no Código Civil de 2002³⁸ – a afetividade promoveu uma verdadeira transformação no Direito das Famílias, dada a valorização das suas funções afetivas.

³⁴ DIAS, op. cit., p. 52.

³⁵ FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, op. cit., p. 1670.

³⁶ GONÇALVES, op. cit. 2013, p. 244.

³⁷ BRASIL, op. cit. nota 1.

³⁸ BRASIL. *Lei nº 10.046*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/11040_6.htm> Acesso em: 16. dez. 2018.

Nesse sentido, explicita Maria Berenice Dias³⁹, ao afirmar que “a família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família”, atribuindo à mesma um valor jurídico, elevando-a ao patamar de princípio norteador da entidade familiar.⁴⁰

Feitas essas considerações iniciais acerca da origem e da evolução da instituição familiar – com a inclusão do afeto como elemento norteador – cumpre agora analisar como o Brasil reagiu, principalmente na seara legislativa, frente a essa temática, sendo necessário realizar um breve panorama de como a família foi prevista e tutelada no ordenamento jurídico pátrio.

1.2. O tratamento jurídico dado à instituição familiar no Brasil

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves⁴¹, a formação da família brasileira sofreu a influência de alguns regimes jurídicos. Por suas palavras:

Podemos dizer que a família brasileira, como é hoje conceituada, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principalmente da colonização lusa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio.

Tem-se então que, de posse das referidas inspirações, a primeira legislação pátria a se preocupar de forma efetiva com a tutela e a regulamentação da instituição familiar foi o Código Civil de 1916⁴².

Essa codificação, de caráter essencialmente patriarcal e patrimonialista, dava à família a função de produção e manutenção de riquezas. Por essa razão, não havia uma margem de discricionariedade que possibilitasse aos indivíduos optar pela melhor forma de sua constituição. Nas palavras de Leonardo Barreto Moreira Alves:⁴³

nota marcante da família idealizada pelo Código Civil (...) é o seu caráter hierarquizado, o que é sentido em diversas vertentes. Assim ocorria, por exemplo, com a estipulação do matrimônio como único meio de formação e legitimação da

³⁹ DIAS, op. cit., p. 53.

⁴⁰ Ibidem, p. 54.

⁴¹ GONÇALVES, op. cit., 2014, p. 32.

⁴² BRASIL. *Lei nº 3.071*, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 16. dez. 2018.

⁴³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves. *Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

família, em detrimento de todos os outros agrupamentos humanos encontrados no mundo dos fatos.

Vigia, no regime matrimonial, o princípio da indissolubilidade, que não permitia a dissolução do casamento. Tal situação só veio a ser alterada com a Emenda Constitucional nº 09, de 1967, bem como com a promulgação da Lei nº 6.515/77,⁴⁴ que trouxe à baila o instituto do divórcio, possibilitando a dissolução do casamento nos casos expressos em lei, e desde que houvesse prévia separação judicial por mais de 3 anos.

No entanto, o dinamismo das relações familiares acabou por não permitir a vigência esperada dos dispositivos previstos na codificação de 1916. A exemplo do que ocorreu com a Lei do Divórcio, inúmeras outras legislações esparsas surgiram para regular o que a lei até então não previa, trazendo para o ordenamento pátrio microssistemas legais, a fim de complementar as exigências e as demandas da sociedade, a qual estava cada vez mais modificada.

A culminação desse novo paradigma acerca da família ocorreu com a promulgação da nova Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, a qual trouxe um sem número de inovações, não só para o Direito Público mas também para o Direito Privado.

Em relação ao Direito de Família, especificamente, pode-se perceber uma valorização da pessoa e da sua dignidade, a qual não ficou mais subordinada aos ditames autoritários da lei em um aspecto tão íntimo da sua existência.

Conforme explicitado por Carlos Roberto Gonçalves⁴⁵, a Constituição Federal trouxe alguns eixos inovadores em relação a este ramo do direito. Primeiramente, passou-se a privilegiar a pluralidade das famílias, com a regulamentação e a tutela de novas modalidades de constituição até então mantidas de lado pelo legislador.

O outro eixo privilegia o princípio da igualdade, seja na relação entre homens e mulheres, seja no que diz respeito à alteração no sistema de filiação, que não mais permitiu diferenciações entre os filhos, sejam eles biológicos ou adotivos, havidos dentro ou fora do casamento.

Em razão dessa visão constitucional que passou a permear o Direito como um todo, seja ele pertencente à seara pública ou à seara privada, a manutenção do Código Civil de 1916 no ordenamento jurídico pátrio tornou-se ainda mais prejudicada.

Assim, tornou-se imperiosa a elaboração de um novo código, cujos projetos passaram a ser preparados já na década de 1970. No entanto, a sua publicação só veio

⁴⁴ BRASIL. *Lei nº 6.515/77*, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm>. Acesso em: 16 dez. 2018.

⁴⁵ GONÇALVES, op. cit., 2014, p. 33.

posteriormente, em 2002, ano em que foi publicada a Lei nº 10.406,⁴⁶ que corporificou a nova codificação.

O Código Civil de 2002 incorporou em seu texto muitas das inovações trazidas pelo texto constitucional, privilegiando o princípio da dignidade da pessoa humana e a função social da entidade familiar.

Apesar do intuito do legislador de renovação dos aspectos essenciais ao Direito de Família, tem-se que a lei não conseguiu deixar “o texto com a atualidade e a clareza necessárias para reger a sociedade dos dias de hoje.”⁴⁷

Na verdade, é de se esclarecer que, por mais que o legislador pretenda uma regulamentação plena, a vitalidade que permeia as relações familiares faz com que nunca se alcance o que de fato está ocorrendo na realidade.

Segundo Maria Berenice Dias:⁴⁸

como a lei vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés conservador. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso, a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção cultural.

Nesse contexto, dada a grandiosidade com a qual impera a instituição familiar, surgem nas ciências jurídicas novas formas e modelos de relações parentais, até então inexistentes, especialmente em razão do grande avanço tecnológico e científico pelo qual passou a humanidade nas últimas décadas, inclusive no que tange à manipulação de material genético.

Diante das circunstâncias acima expostas, mostra-se necessário correlacionar a incidência dessas inovações ao Direito de Família, principalmente em relação ao chamado Biodireito, ramificação das ciências jurídicas que pode ser compreendida como o “estudo jurídico que, tendo por fontes imediatas a bioética e a biogenética, tem a vida por objeto principal”.⁴⁹

A explicar esse ramo autônomo e contemporâneo se destinará o capítulo seguinte, que buscará explicitar as inovações técnicas trazidas pelo Biodireito, não sem antes trazer o contexto de seu surgimento e a sua forma de aplicação.

⁴⁶BRASIL, op. cit., nota 38.

⁴⁷DIAS, op. cit., p. 33.

⁴⁸Ibidem, p. 29.

⁴⁹DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico Universitário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.82.

2. A CORRELAÇÃO ENTRE AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E O INCREMENTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES COM O ADVENTO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

Como já dito anteriormente, o presente trabalho pretende, neste capítulo, realizar uma análise conceitual e técnica do que seria a Bioética e o Biodireito, bem como da sua relevância para as ciências jurídicas, principalmente no que tange ao Direito de Família.

Para tanto, mostra-se necessário, antes de adentrar ao estudo do Biodireito propriamente dito, um breve estudo do contexto de seu surgimento, que perpassa pela análise da Bioética, com sua origem e evolução, até ao estabelecimento das primeiras premissas do que hoje se compreende como Biodireito.

Assim, serão analisados seus princípios e fundamentos, a fim de que, em posse desse conhecimento, possam ser consideradas as suas irrigações e inovações na seara das famílias.

2.1. Origem e Conceituação da Bioética

Antes de qualquer consideração sobre o tema em si, é importante enquadrar o seu contexto histórico, pois conhecendo essas circunstâncias, é possível compreender o porquê de sua origem, bem como quais premissas foram estabelecidas no desenvolvimento dessa ciência como ramo autônomo.

No que diz respeito ao seu surgimento, tem-se que com as diversas inovações e descobertas tecnológicas ocorridas no âmbito da Biologia, da Medicina e da Genética – principalmente as ocorridas nas últimas décadas do século XX – surgiram novas circunstâncias, inclusive no âmbito social, que até então não haviam sido apresentadas para a população em geral. Nas palavras de Renata da Rocha⁵⁰, “o desenvolvimento das ciências da vida, assim compreendidas a Medicina, a Biologia, a Engenharia Genética, a Embriologia (...) trazem (...) grandes benefícios à humanidade, mas implicam em ‘novos’ riscos à espécie”.

Tais riscos podem ser compreendidos como os novos questionamentos e desafios que surgiram com a evolução das referidas ciências, para os quais não existem soluções rápidas, tampouco respostas prontas. É nessa conjuntura social que se apresenta a essência e a motivação da Bioética.

⁵⁰ ROCHA, Renata da. O que é o Biodireito? Introdução, Conceitos e Fundamentos. In: GIMENES, Antônio Cantero et al. *Dilemas acerca da vida humana: interfaces entre a bioética e o biodireito* (Série Hospital do Coração - HCor). São Paulo: Atheneu, 2015, p. 22.

Primeiramente, é interessante trazer um conceito doutrinário do que seria a Bioética. Nas palavras de Maluf:⁵¹

Bioética é o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e o direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental. Considera, portanto, questões onde não existe consenso moral, como a fertilização *in vitro*, o aborto, a clonagem, a eutanásia, os transgênicos e as pesquisas como células-tronco, bem como a responsabilidade moral de cientistas em suas pesquisas e suas aplicações.

Este ramo de estudo, essencialmente multidisciplinar – visto que envolve, além das ciências da vida, temas filosóficos e jurídicos – surgiu concomitantemente aos avanços científicos e tecnológicos que ocorreram durante o século passado. Visava a estabelecer um atuar ético perante as novidades que se apresentavam, “de um viés mais tecnicista para um caminho mais pautado pelo humanismo, superando a dicotomia entre os fatos explicáveis pela ciência e os valores estudáveis pela ética.”⁵²

Essa preocupação surge na segunda metade do século XX, mais precisamente entre as décadas de 1960 e 1970, após a constatação das devastadoras consequências da 2ª Guerra Mundial, que em suas experiências científicas – em especial, as realizadas pelos nazistas – permitiram a realização de inúmeras práticas abusivas que desconsideravam a dignidade do indivíduo enquanto pessoa humana, já que não levavam em consideração qualquer patamar ético em relação à tais ações.⁵³

Diante desse contexto, e perante as transformações pelas quais passava a sociedade – principalmente no que concerne às ciências da vida e às inovações tecnológicas como um todo – surgem os primeiros grupos de debate acerca da Bioética, em universidades norte-americanas.

De acordo com Debora Diniz e Dirce Guilhem⁵⁴, em sua obra intitulada “O que é a Bioética”, durante esse período houve o que se pode nomear de “confluência de dois importantes processos de transformação das sociedades que marcaram definitivamente seu espírito: o primeiro no campo das ciências e o segundo no campo da moralidade.”

Se por um lado as inovações científicas ganhavam cada vez mais espaço, principalmente diante dos avanços tecnológicos, a moralidade também sofria modificações com a chegada dos novos tempos. Isso porque o referido período também foi considerado:

⁵¹ MALUF, op. cit, p. 6-7.

⁵² Ibidem, p. 7.

⁵³ Ibidem, p. 8.

⁵⁴ DINIZ, Debora; GUILHEM, Dirce. *O que é a Bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 12.

a era da conquista dos direitos civis, o que fortaleceu o ressurgimento de movimentos organizados, como o feminismo, o movimento hippie e o movimento negro, entre outros grupos de minorias sociais, promovendo, com isso, um revigoramento dos debates acerca da ética normativa e aplicada. (...) paralelamente ao processo de crítica moral desencadeado pelos grupos sociais, houve importantes transformações em instituições já tradicionais (...). Esse processo geral de transformação das crenças e dos padrões de bem-viver na sociedade pôde ser vislumbrado pelo aparecimento de novas tecnologias promissoras para a melhoria da qualidade de vida das populações. (...) O surgimento da bioética pode ser visto, então, como a principal resposta no campo ético a essas grandes mudanças⁵⁵.

Efetivamente, o termo “Bioética” foi utilizado pela primeira vez na década de 1970, nos trabalhos de Van Rensselaer Potter. De acordo com Maria Helena Diniz⁵⁶, esse autor compreendia a Bioética “como uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, permitindo a participação do homem na evolução biológica e preservando a harmonia universal.”

Em sentido semelhante, também afirma Adriana Maluf⁵⁷, ao dispor que:

O termo foi mencionado pela primeira vez em 1971, no livro “*Bioética: Ponte para o Futuro*”, do biólogo e oncologista americano Van Rensselaer Potter, cuja ideia inicial foi desenvolver uma ética das relações vitais, ou seja, dos seres humanos entre si e destes com o ecossistema, criando uma ponte entre a ciência e as humanidades – uma vez que o futuro não será edificado exclusivamente sob os ditames das ciências, tampouco com o respeito exclusivo das humanidades.

Com base nesta obra, e nos estudos de Andre Hellegers, Tom L. Beauchamp, James Childress e outros autores que se debruçaram no estudo desta área de atuação, a Bioética passou a ser dotada de grande relevância. E, tomando por base os estudos de André Marcelo M. Soares e Walter Esteves⁵⁸, é possível até mesmo dividir a sua evolução em três grandes fases históricas.

A primeira delas, com início em 1960 e término em 1978, tem por base os centros de estudo sobre o tema, dada a preocupação dos médicos e cientistas com os grandes avanços tecnológicos pelos quais passava a sociedade.

Posteriormente, passou-se à segunda fase, que foi de 1978 a 1997, período durante o qual se publica:

⁵⁵ Ibidem, p. 12-13

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 33.

⁵⁷ MALUF, op. cit, p. 9.

⁵⁸ SOARES, André Marcelo M; PIÑERO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito: uma introdução*. Coleção gestão em saúde, V. I. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 19.

o Relatório Belmont, que provoca um grande impacto na bioética clínica; a primeira fecundação *in vitro* é bem-sucedida; importantes progressos são realizados pela engenharia genética e são criados o Grupo Internacional de Estudo em Bioética (GIEB), a Associação Europeia de Centros de Ética Médica, a Associação Interdisciplinar José Acosta, o Comitê Consultivo Nacional de Ética da França e o Convênio Europeu de Biomedicina e Direitos Humanos.⁵⁹

Durante essa fase, diante dos progressos científicos e tecnológicos que até então vinham sendo realizados, foram criados grupos e associações, com o intuito de debate e discussão sobre o tema. Por fim, há ainda a terceira e última, que perdura desde 1998 até os dias atuais, durante a qual surgiram novos pontos nevrálgicos de destaque na Bioética, tais como a clonagem de animais e a descoberta do genoma humano.

Como pode ser visto no decorrer dos fatos históricos acima expostos, todo esse processo de transformação foi essencial para a consolidação acadêmica⁶⁰ da Bioética, articulação essa que levou ao estabelecimento de princípios e bases conceituais deste ramo de estudo, dada a sua autonomia.

A Bioética então emerge, nas palavras de Maria Helena Diniz⁶¹, como:

novο domínio da reflexão que considera o ser humano em sua dignidade e as condições éticas para uma vida humana digna, alertando a todos sobre as consequências nefastas de um avanço incontrolado da biotecnologia e sobre a necessidade de uma tomada de consciência dos desafios trazidos pelas ciências de vida.

Importante destacar que dentro da Bioética existem dois grandes grupos temáticos, diferenciados em razão do objeto a que se propõem analisar, quais sejam, a microbioética e a macrobioética.⁶² Segundo André Soares e Walter Esteves Piñero⁶³, “a distinção entre microbioética e macrobioética não caracteriza dois tipos opostos de bioética, com metodologia e princípios distintos, antes indica as prioridades de sua preocupação.”

Com base nesses preceitos, tem-se que a microbioética trabalha, especificamente, com as questões que surgem na sensível relação entre os avanços científicos e a dignidade da pessoa humana. Já a macrobioética visa à preservação ecológica, como um dos patamares essenciais para a manutenção da vida humana.

⁵⁹ Ibidem

⁶⁰ DINIZ; GUILHEM, op. cit., p. 21-23.

⁶¹ DINIZ, op. cit., 2017, p. 30.

⁶² MALUF, op. cit., p. 10.

⁶³ SOARES; PIÑERO, op. cit., p. 47.

Como não há propriamente uma divisão intransponível entre esses conceitos, mas sim um agrupamento em razão do que se pretende proteger, é relevante realizar uma breve análise dos princípios que norteiam a Bioética como um todo.

2.2. Princípios norteadores da Bioética

Nas lições de Miguel Reale⁶⁴, “toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isso é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.” Com a Bioética, não seria diferente.

A doutrina clássica apresenta como princípios gerais da Bioética quatro enunciados basilares, quais sejam: princípio da autonomia, da beneficência, da não maleficência e da justiça⁶⁵.

O princípio da autonomia leva em consideração o respeito pelos indivíduos que estão participando das pesquisas científicas. Sua vontade, seus valores e suas crenças devem ser preservados e se, por algum motivo, a sua autonomia estiver reduzida, essa deverá ser protegida.

Em uma atuação conjunta, surge o princípio da beneficência, o qual prega que o pesquisador/cientista almeje o bem-estar do indivíduo, evitando qualquer tipo de dano. Em decorrência da beneficência, surge o princípio da não maleficência, o qual “contém a obrigação de não acarretar dano intencional e deriva da máxima da ética médica: *primum non nocere*”.⁶⁶

Por fim, há ainda o chamado princípio da justiça, que busca uma imparcialidade na distribuição de riscos e benefícios provenientes da prática científica, a fim de se evitar uma discriminação.

Com base nessas orientações, tem-se então a Bioética. Nas palavras de Maluf:⁶⁷

De uma maneira geral, podemos concluir que a bioética busca oferecer decisões que impliquem na construção de uma vida digna para toda a coletividade, amparando-se para tanto na discussão dos problemas emergentes e mesmo nos problemas persistentes que permeiam a vida social, tendo em vista o alcance da possibilidade dos problemas que concretamente aparecem na escala regional.

⁶⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 303.

⁶⁵ MALUF, op.cit. , p. 11.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem, p. 16.

Posto isso, mostra-se necessária a distinção entre a já citada Bioética e o conceito de Biodireito, diferenciação essa que será realizada a seguir.

2.3. Origem e Conceituação do Biodireito

De posse desses e de outros preceitos relevantes para o seu reconhecimento, a Bioética ultrapassou o ambiente acadêmico, adentrando na prática social, com temas de extrema relevância.

Tem-se que diante das inovações e descobertas tecnológicas ocorridas no âmbito da Biologia, da Medicina e da Genética, surgiram novas circunstâncias, inclusive no âmbito social, que até então não haviam sido apresentadas para a população em geral. Essa nova concepção também trouxe à sociedade uma nova roupagem à institutos já conhecidos, em conjunto com uma nova gama de valores que passou a exigir um certo grau de regulamentação.

Adriana Maluf⁶⁸ afirma que matérias como o aborto, a eutanásia e a distanásia, a engenharia genética, a clonagem, a reprodução assistida, dentre outros passaram a fazer parte do cotidiano social, trazendo à tona uma realidade complexa, com demandas antes não existentes, que atualmente surgem frente ao Poder Judiciário.

Diante dessa latente necessidade, que se mostrou imperiosa aos olhos dos estudiosos e práticos do tema, surge, como um dos saberes que compõem a Bioética, o conceito de Biodireito, ramo jurídico designado a solucionar esse tipo de demanda social que cada vez mais se apresenta aos Tribunais, como um norteador para as atuações futuras. Nas palavras de Adriana Maluf: ⁶⁹

O Biodireito pode ser definido como o novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre bioética e o biodireito. É o ramo do Direito Público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia; peculiaridades relacionadas ao corpo, à dignidade da pessoa humana.

Assim, o Biodireito pode ser entendido como o ramo jurídico que visa a conciliar os avanços tecnológicos – em especial nas áreas da Medicina, da Biologia e da Biotecnologia – com os reflexos destes na seara jurídica, em uma análise que leva em consideração a evolução do indivíduo e os seus novos anseios sociais.

⁶⁸ Ibidem, p. 14.

⁶⁹ Ibidem, p. 16.

De acordo com Fernanda Schaefer Rivabem:⁷⁰

Tem-se, então, que a bioética aponta questões emergentes e sugere soluções éticas. Ao direito cabe dar soluções jurídicas aos conflitos bioéticos, visando a proteção do ser humano em sua integralidade, fixando sistema de princípios e valores que possam ser tidos como universais e vinculativos. Daí a integração entre a bioética e o direito, pois o objeto é comum: o interesse sobre a vida em suas variadas dimensões; as ciências biomédicas e a tecnociência e seus reflexos no ser humano. O que os diferencia é a lente sob a qual analisam os assuntos. A bioética propõe reflexões éticas; o direito propõe reflexões jurídicas a partir do prisma do seu maior valor: a dignidade da pessoa humana.

E posteriormente continua:

O direito não pode permanecer inerte diante das novas relações sociais decorrentes do desenvolvimento da biotecnologia, assim como não pode pretender dar novas e eficazes respostas fundamentadas em velhos e ultrapassados institutos, conceitos e categorias estabelecidos pelos seus tradicionais ramos. (...) erro comum é querer elaborar problemas bioéticos como problemas jurídicos e conflitos de interesses. A bioética (...) deve se ater à problematização moral das questões, ficando o biodireito encarregado de discutir legal e juridicamente esses problemas. A íntima relação entre bioética e biodireito é indiscutível, mas seus objetivos se distanciam, uma vez que aquela dá respostas morais, enquanto este deve disciplinar coercitivamente o comportamento humano.

Dos trechos destacados, é possível extrair que o Direito, como ciência social que é, tem de acompanhar as evoluções sociais, uma vez que esse corresponde "à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade."⁷¹

Diante das demandas jurídicas que então surgem dos avanços tecnológicos e científicos no que diz respeito às ciências da vida, é necessário o reconhecimento do Biodireito como ramo autônomo das ciências jurídicas.

Como ramo autônomo, o Biodireito se agrupa em dois grandes grupos de tutela, quais sejam, o macrobiodireito e o microbiodireito. Segundo Maluf⁷², macrobiodireito se volta para a tutela do meio ambiente e do patrimônio ambiental, enquanto o microbiodireito se destina se relaciona à vida individualizada.

Com base nas premissas acima expostas, percebem-se que as diretrizes de aplicação que norteiam o Biodireito devem trazer parâmetros, que amparem a existência de determinadas regras de comportamento, voltados a sua principal finalidade de preservação da vida, da dignidade humana e dos contornos que a rodeiam.

⁷⁰ RIVABEM, Fernanda Schaefer. Biodireito: uma disciplina autônoma? *Revista Bioética*. Brasília. V. 25, nº 2, p. 282-289, Mai/Ago, 2017.

⁷¹ REALE, op.cit., p. 2.

⁷² MALUF, op. cit. , p. 17.

Nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁷³ afirma que:

várias questões advindas dos avanços tecnológicos não são apenas objeto de preocupação no campo bioético, sendo fundamenta a existência de determinadas regras de comportamento que devem ser dotadas dos atributos da obrigatoriedade, da generalidade, da coercibilidade e da imperatividade, gerando, assim, normas jurídicas, na construção do biodireito.

Assim, é possível perceber que o estabelecimento dessas regras de comportamento demonstra a necessidade de estudo e aplicação do Biodireito, o qual está intimamente correlacionado à preservação e manutenção da vida e da dignidade humana em seu sentido mais amplo. Em sentido semelhante, elucida Maria Helena Diniz, ao dispor que a Bioética e o Biodireito andam lado a lado com a dignidade humana, “não podendo obstinar-se em não ver as tentativas da biologia molecular ou da biotecnologia de manterem injustiças contra a pessoa humana sob a máscara modernizante de que buscam o progresso científico em prol da humanidade”⁷⁴

2.4. Princípios norteadores do Biodireito

Independente do objetivo da tutela, o Biodireito toma como diretrizes alguns enunciados lógicos, cuja análise mostra-se necessária.

Segundo a Adriana Maluf⁷⁵, os princípios norteadores do Biodireito são o da autonomia, da beneficência, da sacralidade da vida, da dignidade humana, da justiça, da cooperação entre os povos, da precaução e da ubiquidade.

O princípio da autonomia leva em consideração a autodeterminação da indivíduo que se submete a um procedimento médico ou científico. Já o da beneficência prega que toda e qualquer medida deve ser levada em conta o bem-estar deste indivíduo.

Em relação ao princípio da sacralidade da vida, esse pugna pela sua máxima preservação, uma vez que a mesma seria sacra. Correlaciona-se à dignidade humana, cujo objetivo também é o resguardo da vida humana.

Assim como na Bioética, o princípio da justiça visa a uma distribuição equânime dos riscos e benefícios aos quais se submetem o indivíduo que passa por um determinado procedimento médico ou científico.

⁷³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 105.

⁷⁴ DINIZ., op. cit., 2017, p. 44.

⁷⁵ Ibidem, p. 18-20.

Também há que se falar do princípio da cooperação entre os povos, o qual se refere à troca de experiências médicas, científicas, financeiras e tecnológicas entre os países, com o objetivo de preservar a vida e o meio ambiente como um todo. De acordo com Adriana Maluf⁷⁶, é “válido destacar que essa prática em nada alteraria a soberania do Estado ou abalaria o princípio da autodeterminação dos povos”.

Há ainda que se falar do princípio da precaução, o qual também norteia o Biodireito, e prega a aplicação dos cuidados necessários às práticas técnico-científicas referentes às ciências da vida.

Por fim, o último princípio de destaque é o da ubiquidade, que “retrata da onipresença do meio ambiente e da integridade genética”. Tem, como *ultima ratio*, a preservação da vida e do patrimônio natural como um todo.

2.5. A aplicação prática do Biodireito ao ordenamento jurídico

Realizado este estudo prévio do que seria a Bioética e qual a sua relação com o Biodireito, mostra-se necessário demonstrar a sua aplicação prática no ordenamento jurídico como um todo, e a sua relação com os demais ramos da ciência jurídica.

De acordo com Adriana Maluf⁷⁷:

O biodireito associa-se principalmente ao universo de cinco matérias: Bioética, Direito Civil, Direito Penal, Direito Ambiental e Direito Constitucional (à luz do art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, que proclama a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais, sem contudo deixar de penalizar qualquer ato perigoso (imperícia) na relação médico-paciente e imperícia do cientista, levando em conta questões conflitantes como aborto, eutanásia, suicídio assistido, inseminação artificial, transplante de órgãos, OGM e clonagem terapêutica e científica). Compreende portanto o caminhar sobre o tênue limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição dos abusos contra o indivíduo ou contra a espécie humana [...].

Com base nessa correlação multidisciplinar, tem-se um arcabouço forte o suficiente para solucionar os questionamentos advindos dos avanços científicos e tecnológicos, que se apresentam perante a sociedade com cada vez mais frequência.

No entanto, questiona-se qual seria a função precípua do Biodireito. Para tanto, deve-se levar em consideração a sua base antropológica e a sua dimensão ontológica⁷⁸. A base antropológica prega a proteção à vida, desde a concepção, enquanto a dimensão ontológica

⁷⁶ Ibidem, p. 18.

⁷⁷ MALUF, op.cit., p. 17.

⁷⁸ ROCHA, op. cit., p. 25.

valoriza e preserva a dignidade humana. Segundo Renata da Rocha⁷⁹, “são (...) esses fundamentos – a tutela da vida desde a concepção e a dignidade do ser humano – que nos move no sentido de afirmar a existência de um novo ramo do Direito.”

A essa altura, é importante reiterar que a análise da referida matéria apresenta expoentes que se atingem as mais variadas disciplinas jurídicas. No ordenamento jurídico vigente, é possível vislumbrar a sua presença em temas relacionados à saúde, ao meio ambiente, à biossegurança e outros, dentre os quais se encontra a temática familiar.

Faz-se necessária essa correlação porque o Direito de Família, “é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele se conservam durante toda a sua existência [...]”⁸⁰

Assim, é importante observar como os avanços médicos, científicos e tecnológicos influenciaram nesta estrutura de extrema importância para a sociedade como um todo, principalmente no que concerne às relações parentais.

Nas palavras de Clarissa Bottega⁸¹:

[...] não só a Bioética como o Biodireito traz novidades importantíssimas acerca das novas relações familiares. Surgem questões eminentemente ligadas à filiação, como por exemplo, questões ligadas à investigação da parentalidade genética; paternidade e maternidade biológicas e a relação socioafetiva; a questão que envolve as mães de substituição (utilização de ventre de terceira doadora); os direitos dos nascituros e sua proteção; questões que envolvem as presunções de paternidade e as técnicas de reprodução medicamente assistida (inseminação artificial homóloga e heteróloga); esterilização humana; eugenia e terapia gênica (escolha do sexo dos bebês, cor dos olhos, etc.) (...) dentre outros temas que nos mostram novas possibilidades e novos horizontes.

A esses novos horizontes trazidos pelo Biodireito às relações familiares é que se debruçará o próximo tópico, no qual buscará correlacionar às inovações trazidas por este recente ramo das ciências jurídicas à temática do Direito de Família.

2.6. As correspondências e expoentes do Biodireito no Direito de Família

Feitas essas considerações iniciais, que buscaram trazer à baila os conceitos de Bioética e Biodireito, questiona-se em que ponto surgiria a sua efetiva aplicação no Direito de Família.

⁷⁹ Ibidem, p. 27

⁸⁰ GONÇALVES, op. cit., 2014, p. 17.

⁸¹ BOTTEGA, Clarissa. *Reflexos do Biodireito no Direito das Famílias*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/reflexos_do_biodireito.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2018.

Como pode ser visto nas linhas introdutórias do presente pesquisa, esse trabalho buscará, no seu decorrer, realizar um estudo sobre as novas formas de relações parentais que surgiram à luz do Biodireito, e como estas são tratadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Primeiramente, é importante destacar que o desejo da procriação sempre foi muito presente na sociedade. A ideia da construção de uma entidade familiar é tão antiga quanto à própria estrutura social, e veio permeando toda a evolução histórica até chegar nos dias atuais.

Anna de Moraes Salles Beraldo⁸² destaca que tão antiga quanto à problemática da contracepção – no intuito de realizar um controle no planejamento familiar – é a questão relacionada aos problemas de fertilidade.

A infertilidade, e a conseqüente dificuldade em gerar filhos, sempre se mostrou uma preocupação relevante àqueles que desejam formar uma família. Nas palavras da referida autora⁸³:

A descoberta dos métodos anticoncepcionais proporcionou o controle sobre a reprodução, fato que trouxe muitas mudanças nos comportamentos sociais, como uma maior autonomia e alterações na estrutura familiar. Um exemplo desse fator é a inserção das mulheres no mercado de trabalho, gerando o adiamento da decisão de se tornarem mães, ocasionando certas adversidades para a gestação. No entanto, há muitos outros fatores que podem causar complicações para gerar um filho, como disfunções hormonais, alterações congênitas, inflamações, fatores que levam à esterilidade ou a infertilidade, tanto masculina quanto feminina.

Diante de cenários como o da infertilidade, em que se apresentam dificuldades para a concepção, e o da esterilidade, onde não é possível a procriação de maneira natural, surgiram, ao longo do tempo, alternativas que pudessem possibilitar ao indivíduo o exercício da paternidade.

A primeira dessas alternativas surgiu com o instituto da adoção, que possibilita a extensão da entidade familiar a partir de uma filiação eletiva. Seguindo o conceito trazido por Maria Helena Diniz⁸⁴, a adoção consiste em um:

Ato jurídico solene e irrevogável pelo qual, observados os requisitos legais, alguém, mediante intervenção judicial, estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa maior ou menor, que, geralmente, lhe é estranha.

⁸² BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem*: um estudo sobre as conseqüências no direito de família e sucessões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 7.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ DINIZ, op. cit, 2011, p.26.

Em que pese o sentido técnico apresentado, baseado nos diplomas legais vigentes, deve-se ter em mente que a adoção consiste em um modelo parental extremamente antigo, fundamentado no anseio das pessoas em formar uma família.

De acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁸⁵, a adoção consiste em um modelo clássico de parentalidade e filiação derivada. Segundo o autor:

Ao lado da filiação natural decorrente da procriação carnal – tendo como origem ou fonte a herança genética ou o fator biológico e o pressuposto fático da relação sexual – desde a Antiguidade a civilização humana concebeu outro modelo de paternidade-filiação e maternidade-filiação decorrente de uma “ficção jurídica” que sempre permitiu a continuidade da família ainda que não fundada na consanguinidade: a filiação civil (sob a modalidade adotiva), com base no preenchimento de certas condições e requisitos.

Esse vínculo, considerado pela doutrina como uma ficção jurídica, permite o aumento da unidade familiar, através do ingresso de um membro que não possui relações consanguíneas com os demais integrantes. O único elo que os une a vontade de criar tais indivíduos como filhos, estendendo o relacionamento familiar.

Nesse sentido, continua a afirmar Gama⁸⁶, ao dispor que:

Tal modelo, bastante antigo, não pressupõe qualquer ligação biológica entre os pais e o filho; ao contrário: baseia-se fundamentalmente no anseio das pessoas em constituírem uma família baseada no consenso permanente e na afetividade, a demonstrar que o modelo clássico de reprodução humana relacionada à procriação carnal não atende a todas as situações que se apresentam na sociedade.

Em razão da grande relevância jurídica que sempre permeou o referido instituto, o ordenamento jurídico pátrio há muito o regulamenta, seja nas codificações civis, seja em leis esparsas. No entanto, o reconhecimento máximo veio com a Constituição da República de 1988⁸⁷, em seu art. 227, que além de determinar que a adoção deveria ser assistida pelo poder público, determinou que os filhos por ela havidos terão os mesmos direitos e qualificações dos filhos biológicos, sendo vedada qualquer tipo de designação ou discriminação relativa à filiação.

Assim, tem-se que a adoção é uma alternativa viável e gratificante àqueles que enfrentam problemas reprodutivos por meio da procriação carnal. Além de ser um ato de amor para com aqueles que, por algum motivo, não puderam permanecer em contato com a

⁸⁵ GAMA, op. cit., p. 497

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

sua família biológica, trata-se de uma modalidade de filiação que possibilita viver a experiência da relação parental em sua completude.

Ocorre que, em decorrência dos avanços tecnológicos e científicos ocorridos nas últimas décadas, os quais vem sendo analisados e aplicados com base nos ditames do Biodireito, também foram apresentadas novas circunstâncias e procedimentos médicos que possibilitaram aos casais com problemas de fertilidade e esterilidade novas opções no tocante à reprodução humana.

Além dos tratamentos medicamentosos, que evoluíram à medida das novas descobertas científicas, a inovação de grande destaque do século XX diz respeito às chamadas técnicas de reprodução assistida.

Conforme preceitua Maria Berenice Dias⁸⁸, no que tange à reprodução assistida, tem-se um cenário que revolucionou as estruturas familiares. Nesse sentido, dispõe a autora, ao afirmar que “a enorme evolução – verdadeira revolução – ocorrida no campo da biotecnologia acabou produzindo reflexos nas estruturas familiares, especialmente em face do surgimento de variadas técnicas procriativas.”

Diante desse cenário, cumpre destacar que as referidas técnicas visam a favorecer e a facilitar a reprodução humana, por meio da manipulação do material genético, permitindo à casais com problemas de fertilidade – ou outros aspectos que impeçam a procriação carnal – novos modelos de instituição das relações parentais.

Assim preceitua Anna de Moraes Salles Beraldo⁸⁹, ao afirmar que:

A reprodução humana assistida pode ser conceituada como o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando, principalmente, combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana.

E continua:

A utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida derruba certos paradigmas bastante solidificados no ordenamento. Até então, a procriação somente poderia ocorrer pela relação sexual. (...) Ocorre que, com o advento de tais procedimentos, hoje é possível que a parturiente não seja a mãe biológica e que o genitor somente tenha fornecido o seu material reprodutivo (...). Estas são somente ilustrações para demonstrar o abalo que esses avanços médicos ocasionaram em diversas áreas do conhecimento, e mais especificamente, no Direito de Família.

Percebe-se então que é no aspecto tangente aos mecanismos de reprodução assistida que reside a interação entre o Biodireito e o Direito de Família. Tomando em consideração os

⁸⁸ DIAS, op. cit., p. 400.

⁸⁹ BERALDO, op. cit. p. 8-9.

princípios que norteiam a Bioética e o Biodireito, o indivíduo determina a sua submissão às referidas práticas, com base no seu interesse nesse tipo de procedimento médico. Às ciências médicas, caberá implementá-los de forma justa, a fim de alcançar o bem-estar dos pacientes, com um especial cuidado em conservar a sacralidade da vida – inclusive a que ainda será gerada.

A análise das técnicas de reprodução humana assistida se destinará o próximo capítulo, no qual serão analisadas as suas modalidades mais relevantes, bem como as suas repercussões, além do tratamento jurídico a elas dispensados pelo ordenamento jurídico nacional.

3. OS MECANISMOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A SUA REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL

Levando em consideração o exposto no capítulo anterior, com o conceito de Biodireito e as suas repercussões na seara do Direito de Família, pôde-se perceber que o grande ponto de interação entre estes dois ramos jurídicos se dá a partir das técnicas de reprodução assistida, através das quais podem ser criadas novas formas de relações parentais.

A fim de prosseguir na análise desse tema, o presente capítulo se dispõe, em um primeiro momento, a enumerar e explicar as novas modalidades de relações parentais que surgem a partir dos mecanismos de reprodução assistida. Posteriormente, buscará explicar o tratamento legal dado pelo ordenamento pátrio a estes mecanismos, para enfim tratar das suas repercussões no Direito como um todo.

3.1. Os mecanismos de reprodução assistida

Tal como explicitado no capítulo anterior, por muitos séculos, a reprodução humana se deu única e exclusivamente por meio das relações sexuais. Assim, na hipótese de distúrbios biológicos ou incompatibilidades de qualquer ordem entre o casal, a procriação ficava prejudicada, pois não existiam meios que pudessem sanar este tipo de eventualidade.

Este cenário foi profundamente alterado com as pesquisas e estudos na área da reprodução humana. Com os avanços científicos, surgiram as chamadas técnicas de reprodução assistida, que visam auxiliar àqueles que, de algum modo, se veem privados da chance de gerar seus filhos, seja por problemas relacionados à fertilidade ou a própria esterilidade.

Cumpre então explicar, de forma detida, cada um desses mecanismos de reprodução assistida, considerando os de uso mais recorrente no cenário atual, bem como as novas formas de relações parentais que surgem à partir deles. Nesse contexto, serão realizadas as considerações pertinentes a cada um deles.

Contudo, antes de adentrar individualmente em cada uma das técnicas a serem exploradas, é importante estabelecer algumas premissas gerais, que as permeiam.

A primeira dessas premissas diz respeito ao material genético que nelas será utilizado, o que permite o agrupamento em dois grandes grupos: as técnicas homólogas e as técnicas heterólogas.

Serão homólogas quando há o emprego do material genético do próprio casal, sem a utilização do material proveniente de um terceiro estranho à relação.

Nesse sentido, afirma Anna de Moraes Salles Beraldo⁹⁰, ao dispor que “nas técnicas de reprodução assistida homólogas, há o emprego dos gametas masculino e feminino do próprio casal, havendo, portanto, consanguinidade.”

Noutro giro se encontram as técnicas de reprodução heterólogas, na qual o material a ser utilizado não provém do próprio casal, de forma uni ou plurilateral. Em outras palavras, um ou ambos os gametas a serem utilizados na reprodução assistida não será do casal que a realiza.

Assim sustenta Beraldo⁹¹, ao afirmar que:

Nas técnicas heterólogas, é aplicado material genético de pelo menos um terceiro. Pode, então, haver utilização de óvulo ou de sémen de um doador, assim como a doação de ambos os gametas ou até mesmo de embriões de terceiros, sendo que nestes dois últimos casos, a técnica será heteróloga bilateral.

Os maiores problemas residem nos processos heterólogos, pois haverá a participação de um doador, estranho à relação. O consentimento para a reprodução assistida é ainda mais essencial nas técnicas heterólogas, tendo em vista o emprego de material genético de um terceiro desconhecido.

A segunda premissa a ser estabelecida, de substancial relevância, se refere ao ambiente em que tais técnicas serão implementadas. Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁹², ao tratar das técnicas de reprodução assistida, as classifica em técnicas de fecundação *in vivo* – que ocorrem no próprio corpo da mulher, visando a concepção – e *in vitro*, na qual a concepção ocorre em laboratório.

Nas palavras do próprio autor⁹³, tem-se que:

No campo das técnicas de reprodução medicamente assistida, pode-se considerar, sob o critério do local – ou ambiente – onde ocorre a concepção, sua divisão em dois grandes grupos: a) as técnicas de fecundação *in vivo*, ou seja, aquelas que permitem que a concepção se dê no próprio corpo da mulher, que assim poderá engravidar (...); b) as técnicas de reprodução *in vitro*, ou seja, aquelas em que a concepção ocorre no laboratório, e portanto, fora do corpo da mulher, permitindo posteriormente que o embrião possa ser transferido para ser gestado.

Com base no acima exposto, e levando em consideração as premissas estabelecidas, parte-se para a análise, em específico, das técnicas de reprodução assistida mais utilizadas no cenário biomédico atual. Destaca-se que não há a pretensão de exaurir todas as técnicas

⁹⁰ BERALDO, op. cit. p. 13.

⁹¹ Ibidem.

⁹² GAMA, op. cit., p. 640-641.

⁹³ Ibidem.

existentes, mas sim dar um panorama geral das mais comumente utilizadas, e que por sua reiteração, já apresentaram reflexos na seara jurídica, os quais serão analisados mais a frente.

3.1.1. Coito Programado

A primeira técnica de reprodução assistida a ser analisada pode ser considerada a mais simples de todas, pois muito se assemelha ao método de reprodução natural. Trata-se do coito programado, também chamada de relação sexual programada, no qual o casal que deseje fazer uso da técnica realiza uma série de análises acerca dos fatores que impedem a gestação natural.

A partir do resultado dessas análises, tem-se um induzimento da ovulação, que será monitorada até o momento considerado adequado pelos médicos para que ocorra a relação sexual.

Em termos técnicos, Marina Augusto Heuschkel⁹⁴ afirma que:

O coito programado consiste em uma técnica de baixa complexidade e de baixo custo, tanto de medicação como de tecnologia, sendo bastante utilizada em serviços de saúde pública. Após a ovulação induzida, é realizado um monitoramento do tamanho dos folículos via ultrassonografia transvaginal, para prever o momento da ovulação. Quando o tamanho médio dos folículos alcançar cerca de 18 mm, o médico responsável orienta o casal para o melhor momento e frequência da relação sexual.

Dada a simplicidade técnica com a qual é realizada, sendo suficiente para a sua realização alguns exames de viabilidade reprodutiva, esta técnica é comumente utilizada por aqueles que apresentam alguma dificuldade em engravidar, até em razão de seu baixo custo financeiro. No entanto, não será de grande efeito se os impedimentos biológicos forem de uma maior ordem, hipótese na qual será necessário recorrer aos demais mecanismos.

É importante destacar que a modalidade em comento, por se dar a procriação pelos métodos naturais, configura uma técnica de reprodução assistida homóloga, *in vivo*, uma vez que a concepção se dá internamente, no próprio corpo da mulher. Na verdade, o que ocorre é apenas um auxílio dos instrumentos científicos, que permitem que a fecundação possa se dar com uma maior facilidade.

⁹⁴ HEUSCHKEL, Marina Augusto. *Aspectos Epidemiológicos da Reprodução Humana Assistida no Brasil*. 2015. 58f. Trabalho monográfico (Graduação em Biomedicina) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 12. Disponível em: <<https://acervodig.ital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40228/TCC%20Marina%20Augusto%20Heuschkel.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01 ago. 2019

3.1.2. Congelamento de Gametas

O congelamento de gametas – sejam eles masculinas, sejam eles femininas – não constitui uma técnica de reprodução assistida propriamente dita, mas pode ser considerada uma etapa prévia à estas técnicas, para aqueles que, por algum motivo, desejam salvaguardar a sua fertilidade para um momento futuro.

Seja em razão de uma doença que afete os índices de fertilidade ou até mesmo por uma opção de planejamento familiar, muitos são os que procuram o procedimento em comento, a fim de criopreservar seus óvulos e espermatozoides, para utilizá-los no momento oportuno, em técnicas como a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e até mesmo a gestação por substituição, as quais serão analisadas nos tópicos seguintes.

Em termos técnicos, assim elucida Claudia Waymberg Goldman⁹⁵, ao dispor que:

A criopreservação de gametas também pode ser realizada, tanto de sêmen, quanto de oócitos. O sêmen pode ser congelado com diferentes objetivos, dentre eles preservar a fertilidade de pacientes que serão submetidos a tratamento cirúrgico, quimioterápico ou radioterápico que possa provocar infertilidade como efeito colateral (...) o congelamento de oócitos também é realizado, porém sem o mesmo sucesso nas taxas de sobrevivência e fertilização após o descongelamento (...) devido a dificuldades técnicas ainda não superadas. Utilizado principalmente na tentativa de preservar a fertilidade de mulheres que farão tratamento cirúrgico, quimioterápico ou radioterápico que possa provocar infertilidade, como no caso masculino.

Por fim, é de suma relevância destacar que o congelamento de gametas pode ainda ser aplicado na formação de bancos, de sêmen e oócitos, destinados à doação desses gametas, seja na hipótese em que a utilização do fator biológico seja inviável, seja visando a formação de em uma família monoparental, sem a presença do outro parceiro.

A doação de gametas vem sendo regulada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017,⁹⁶ que dentre outras coisas, estabelece o anonimato destes doadores, que só poderão realizar essa prática de forma altruísta, sem caráter lucrativo ou comercial.

Destaca-se que em situações especiais, podem ser concedidas informações sobre os doadores, por motivações médicas, desde que se resguarde a identidade civil. Isso ocorre não para gerar um vínculo paterno-filial com a criança a ser gerada, mas sim para a preservação da verdade biológica.

⁹⁵ GOLDMAN, Claudia Waymberg. *Bioética e reprodução assistida: o que pensam os médicos em formação*. 2017. 152f. Dissertação (Mestrado em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva) – Associação da IES FIOCRUZ, UFRJ, UFF e UERJ. Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Rio de Janeiro, 2017, p. 27.

⁹⁶ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 2.168*. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em: 15 abr. 2019.

3.1.3. Inseminação Artificial

A técnica de reprodução assistida por ora analisada também é chamada de inseminação intrauterina, uma vez que ocorre no próprio útero da mulher.

Em termos técnicos, consiste na inserção, via cateter, de uma certa quantidade de espermatozoides no canal vaginal feminino, visando à fecundação, de forma natural. Anna de Moraes Salles Beraldo⁹⁷, com base na elucidações realizadas por Guilherme Calmon Nogueira da Gama, entende ser a inseminação artificial uma espécie de fecundação *in vivo*, já que “refere-se à obtenção da fecundação, que sempre é natural, por meio da introdução do esperma no interior do canal genital feminino, sem a ocorrência de ato sexual. Desse modo, a fecundação é intracorpórea, já que ocorre dentro do corpo da mulher.”

Tal como sustenta Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf⁹⁸, a modalidade em comento é de simples rigor técnico, sendo muito indicada para os casos de “incompatibilidade do muco cervical, deficiência seminal leve, alterações na ovulação ou na concentração espermática”, dentre outros fatores biológicos que dificultam a concepção pelos meios naturais. Por tal motivo, é considerada uma das técnicas pioneiras de reprodução assistida, sendo a que logo apresentou resultados satisfatórios para os que dela fizeram uso.

Não se pode olvidar que a inseminação artificial é uma das técnicas que admitem o uso de material genético tanto homólogo – quando do próprio casal a realizar o procedimento – quanto heterólogo, quando um ou ambos os gametas a serem utilizados na inseminação tenham a sua origem biológica proveniente de um terceiro.

Aqui, é importante elucidar que o cônjuge ou o companheiro que aceitar se submeter a uma inseminação artificial heteróloga, sabendo que o material genético a ser utilizado não é o seu, incorre em uma espécie de adoção antenatal, baseada em seu consentimento prévio. Nesse sentido, afirma Maria Berenice Dias⁹⁹, ao dispor que:

O consentimento não precisa ser por escrito, só necessita ser prévio. A manifestação do cônjuge corresponde a uma adoção antenatal, pois revela, sem possibilidade de retratação, o desejo de ser pai. Ao contrário das demais hipóteses a fecundação heteróloga gera presunção *juris et de jure*, pois não há a possibilidade de a filiação ser impugnada. Trata-se de **presunção absoluta de paternidade socioafetiva**.

⁹⁷ BERALDO, op. cit., p. 11.

⁹⁸ MALUF, op. cit., p. 198-199.

⁹⁹ DIAS, op. cit., p. 402-403.

Por fim, cumpre destacar novamente o sigilo da identidade dos doadores, que não terão qualquer tipo de responsabilidade ou ingerência sobre as vidas que eventualmente venham a ser constituídas a partir de seu material genético.

3.1.4. Fertilização *in vitro*

Uma outra técnica de reprodução assistida, que assim como a inseminação artificial intrauterina, foi amplamente aprimorada e utilizada nas últimas décadas, é a chamada fertilização *in vitro*, constantemente indicada para os casos de problemas nas trompas, no endométrio ou relacionados ao fator masculino¹⁰⁰.

Seguindo os preceitos estabelecidos anteriormente por Guilherme Calmon, trata-se de uma hipótese de fecundação *in vitro*, que não ocorre no corpo da mulher, mas sim em laboratórios, nos quais se manipulam os gametas, no intuito de se obter a concepção.

Nas palavras de Anna de Moraes Salles Beraldo¹⁰¹:

A fertilização *in vitro* consiste na retirada do óvulo da mulher ou de uma doadora para fecunda-lo na proveta, com sêmen de parceiro ou de terceiro, para posteriormente introduzir o embrião no seu útero ou no de terceira. (...) Esta técnica é mais complexa do que a inseminação artificial, pois envolve um tratamento mais prolongado, no qual a mulher deve tomar diversos medicamentos com hormônios, com o objetivo de estimular a ovulação e, assim, aumentar o número de óvulos.

Tem-se, então, uma técnica muito mais complexa que as outras anteriormente apresentadas, pois se exige um prévio tratamento hormonal por parte da mulher, no intuito de induzir a sua ovulação.

Após esse processo, os óvulos serão colhidos, por meio de punções, e fertilizados com o sêmen do parceiro ou de terceiro – o que permite que esta técnica se dê de forma homóloga ou heteróloga – podendo essa fertilização se dar de forma natural, sem interferência do embriologista, ou por meio da manipulação dos gametas.

Nesse contexto, é possível perceber que a fertilização *in vitro* se divide em duas espécies: a convencional e a realizada por meio da injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), que se dá pela manipulação de gametas.

Em termos técnicos, a manipulação dos gametas é indicada quando a causa da infertilidade estiver relacionada ao fator masculino. Coloca-se um espermatozoide

¹⁰⁰ CENTRO DE FERTILIDADE VIDA. *Fertilização In Vitro: Tudo o que você precisa saber*. Disponível em: <https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/25999/1489417105EBOOK+FIV.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

¹⁰¹ BERALDO, op. cit., p. 12.

diretamente no óvulo, uma vez que a fecundação natural não seria viável, seja em razão da baixa concentração dos gametas masculinos ou por problemas em sua motilidade.

Claudia Waymberg Goldman¹⁰² explica que “a ICSI veio, então, permitir que casos com graves anomalias espermáticas pudessem conseguir gravidez, uma vez que, através de uma agulha muito fina, é possível promover a penetração de um único espermatozoide selecionado para dentro do óvulo.”

Ocorrendo a fertilização, seja pelo modo convencional, seja pela manipulação de gametas, tem-se então a formação dos embriões, que serão implantados no útero da mulher, em quantidades compatíveis com as indicações médicas, a sua vontade e com a sua faixa etária, tal como indicado na Resolução nº 2.168, de 2017, do Conselho Federal de Medicina¹⁰³.

Afirma Anna de Moraes Salles Beraldo¹⁰⁴ que:

Quanto maior o número de embriões implantados, maiores são as chances de sucesso da técnica. Por outro lado, aumenta também a possibilidade de gravidez de gêmeos, bem como os consequentes riscos de uma gravidez múltipla.

Pode ocorrer a introdução de somente alguns embriões no útero da mulher, congelando-se os demais, para que, em caso de insucesso, não sejam necessárias novas induções hormonais para o próximo ciclo de tentativas.

Pelo exposto, percebe-se que nem todos os embriões resultantes da fertilização *in vitro* serão implantados no útero da mulher. Os que não forem utilizados, poderão ser criopreservados, em procedimento semelhante ao congelamento de gametas, para novas tentativas de gravidez, na hipótese de insucesso da primeira, ou até mesmo para a obtenção de uma nova gestação, se nesse sentido seguir o planejamento familiar.

Contudo, pode ocorrer que muitos desses embriões jamais sejam utilizados, sendo considerados excedentários.¹⁰⁵ A destinação de tais embriões levanta debates bioéticos severos, pois embora não configure uma vida em formação, como no caso do nascituro, há uma vida em potencial, com a carga genética daqueles que visavam a sua utilização. no procedimento.

Uma alternativa viável à utilização desses embriões é a sua doação, seja para outros casais com problemas de fertilidade, seja até mesmo para pesquisa, nos termos da Lei nº

¹⁰² GOLDMAN, op. cit., p. 26.

¹⁰³ BRASIL, op. cit., nota 96.

¹⁰⁴ BERALDO, op. cit., p. 12.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 67-76.

11.105¹⁰⁶, de 2005, que versa sobre a Política Nacional de Biossegurança e permite a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos provenientes da fertilização *in vitro*, não utilizados no respectivo procedimento, desde que tais embriões sejam inviáveis e estejam congelados há pelo menos 3 anos.

Nesse sentido, sustenta Claudia Waymberg Goldman¹⁰⁷, ao afirmar que:

A doação de embriões surgiu diante do excesso de embriões congelados em clínicas privadas de reprodução assistida, como uma opção viável para casais inférteis ou mulheres sem parceiros. Frente ao desinteresse de casais que tinham embriões congelados e à legislação de países, como o caso do Brasil, (...), que impedem o descarte de embriões, o destino dos mesmos passou a ser a doação para outros casais ou para pesquisa.

Cumprе ressaltar que, tal como já afirmado anteriormente, a referida questão suscita inúmeros debates doutrinários, todos eles de extrema relevância. Contudo, como este não é o escopo principal da presente pesquisa, os mesmos não serão abordados com maior profundidade, estando o necessário para a compreensão e progresso do tema elencado nas linhas acima.

3.1.5. Inseminação Artificial e Fertilização *in vitro post mortem*

Em conceitos técnicos, a inseminação artificial intrauterina e a fertilização *in vitro post mortem* em nada se diferenciam das modalidades tradicionais, pois o procedimento, como um todo, é exatamente o mesmo.

A grande diferença reside no fato de que um dos genitores, no momento da concepção, já estará morto, e a realização da respectiva técnica de reprodução assistida só será possível com o congelamento prévio do material genético, sejam por meio dos gametas, seja por meio do próprio embrião já formado.

A realização de métodos de reprodução assistida *post mortem* aborda uma problemática extremamente controvertida em todo o mundo. Se alguns entendem nessa possibilidade a manutenção de um amor, de um projeto parental, mesmo após a morte de um de seus participantes,¹⁰⁸ outros entendem que tal técnica seria uma transgressão da natureza,

¹⁰⁶ BRASIL. *Lei nº 11.105*, de 24 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

¹⁰⁷ GOLDMAN, op. cit., p. 27.

¹⁰⁸ DIAS, op. cit., p. 402.

uma não aceitação da ideia da morte, que destinaria uma criança a já nascer sem um dos pais¹⁰⁹.

Há quem também questione se a realização de uma reprodução assistida *post mortem* não implicaria em uma violação da vontade do morto em assumir àquela paternidade, uma vez que ele não mais poderia expressar essa vontade.¹¹⁰

Quanto a esse aspecto, em que pese no Brasil não haver uma regulamentação específica sobre o tema, entende-se que, tal como assevera Ana de Moraes Salles Beraldo¹¹¹, como em toda a técnica de reprodução assistida, “é imprescindível o consentimento livre e esclarecido das partes, como maneira de salvaguardar e proteger a dignidade dos seres humanos envolvidos, inclusive a prole ao nascer.”

Nesse sentido, o consentimento no contexto *post mortem* toma uma relevância ímpar, tendo tido a sua necessidade expressamente determinada pela Resolução nº 2.168, de 2017, do Conselho Federal de Medicina¹¹², que afirma que será permitida a reprodução *post mortem* desde que haja prévia autorização específica do *de cujos* para o uso de seu material biológico. Logo, no momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros deverão expressar sua vontade quanto ao destino dos gametas e embriões, não só nas hipóteses de divórcios e doenças graves, mas também para os casos de falecimento.¹¹³

Nesse sentido, assevera Maria Berenice Dias¹¹⁴, como pode ser visto a seguir:

Cabe lembrar que a legislação não proíbe a inseminação *post mortem* e a Constituição consagra a igualdade entre os filhos. Não se pode, portanto, admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito do filho assim concebido. (...) Com isso, reconhece plenos efeitos à inseminação artificial homóloga *post mortem* e amplos direitos sucessórios, não se restringindo à sucessão testamentária. A possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial *post mortem*, pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno.

Do exposto acima, depreende-se que à criança nascida por meio da fecundação *post mortem* deverá ter assegurados todos os direitos inerentes à sua condição de filho, inclusive no que tange aos direitos sucessórios. Anna de Moraes Salles Beraldo¹¹⁵ sustenta que mesmo que não haja consentimento expresso da utilização de seu material biológico por parte do falecido, uma vez nascido o filho, a ele também deverão estar assegurados todos os direitos.

¹⁰⁹ BARBOZA apud BERALDO, op. cit., p. 90.

¹¹⁰ DINIZ, *O Estado Atual do Biodireito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 719.

¹¹¹ BERALDO, op. cit., 91.

¹¹² BRASIL, op. cit., nota 96.

¹¹³ BERALDO, op. cit., 89-96.

¹¹⁴ DIAS, op. cit., p. 402.

¹¹⁵ BERALDO, op. cit., p. 95-96.

3.1.6. Gestação por substituição

A gestação por substituição, também chamada de gestação por sub-rogação, são sinônimos da expressão popular “barriga de aluguel”, na qual uma terceira cessa, temporariamente, o seu útero, para que uma outra mulher possa gerar o seu filho.

Segundo Anna de Moraes Salles Beraldo¹¹⁶:

A cessão temporária do útero ou gestação de substituição ocorre quanto a mulher planeja ter um filho, mas não pode gestá-lo no seu próprio útero. Desse modo, ela se vale de uma terceira pessoa para levar a termo a gravidez, por meio das técnicas de reprodução assistida.

Essa modalidade de reprodução assistida traz certas mudanças em relação às presunções de maternidade e paternidade que vigem no Direito de Família, as quais serão devidamente analisadas no momento oportuno, ao se enumerar as repercussões dessas novas formas de relações parentais no ordenamento jurídico. Por enquanto, o objetivo deste tópico é apenas esclarecer como funciona a gestação por substituição.

Isto posto, cumpre esclarecer que na gestação por substituição, a mãe é aquela que apresentou o desejo de empreender um projeto parental, e não a mulher que leva à cabo a gestação. Logo, o registro civil de nascimento do infante deverá ocorrer em seu nome.¹¹⁷

De acordo com a Resolução nº 2.168, de 2017, do Conselho Federal de Medicina¹¹⁸, existe uma limitação de que a cedente temporária do útero deverá possuir laços de parentesco consanguíneo com um dos parceiros, até o quarto grau. Na prática, vem se admitindo que a cedente também seja parente por afinidade, o que amplia um pouco a previsão resolutiva.¹¹⁹ Nos demais casos, para que ocorra a gestação por substituição, é necessária uma autorização do Conselho Regional de Medicina.

Outro aspecto relevante em relação à gestação por sub-rogação é que a mesma não pode apresentar um caráter lucrativo ou comercial, devendo ser puramente altruística. Isso porque o próprio texto constitucional de 1988¹²⁰, em seu art. 199, §, 4º, veda a comercialização de qualquer tipo de órgão, tecidos e substâncias humanas.

¹¹⁶ BERALDO, op. cit., p. 16.

¹¹⁷ Ibidem, p. 17.

¹¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 96.

¹¹⁹ DIAS, op. cit., p. 404.

¹²⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

No entanto, há quem entenda que não existem justificativas suficientemente fortes para se negar a possibilidade de remuneração na gestação por substituição. Nesse sentido, Maria Berenice Dias¹²¹ afirma que:

Apesar deste verdadeiro arsenal de vedações, nada justifica negar a possibilidade de ser **remunerada** quem, ao fim e ao cabo, presta um serviço a outrem. Aliás, um serviço em tempo integral por longos novos meses e que acarreta dificuldades e limitações de toda ordem. E, como bem lembra Rodrigo da Cunha Pereira, se a gravidez ocorresse no corpo dos homens certamente a barriga de aluguel já seria um mercado regulamentado.

Por fim, cumpre esclarecer que, na hipótese da referida técnica de reprodução assistida ser utilizada por um casal homoafetivo de mulheres, na qual uma gesta o óvulo da sua companheira – gestação compartilhada – não há que se falar em gestação por substituição, mas sim dupla maternidade, uma vez que o projeto parental foi implementado pelo casal como um todo¹²².

3.2. O tratamento normativo dado às técnicas de reprodução assistida no Brasil

Em que pese a grande relevância, teórica e prática, que as técnicas de reprodução assistida acima enumeradas ganharam no último século, não há, no Direito Brasileiro, uma legislação específica para o tema, que até então, vem sendo regulamentado por dispositivos esparsos no ordenamento jurídico.

A Lei nº 9.263¹²³, de 1996, que trata do planejamento familiar, dispõe em seu art. 9º que “para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida das pessoas, garantida a liberdade de opção.”

Em que pese ser considerado uma técnica de concepção, os métodos de reprodução assistida ainda não foram devidamente regulados pelo legislador brasileiro. Nesse sentido, afirma o advogado Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas¹²⁴, ao sustentar que “nós não temos uma lei que possa, juridicamente, regulamentar a reprodução assistida no País”.

¹²¹ DIAS, op. cit., p. 404.

¹²² Ibidem, p. 405.

¹²³ BRASIL. *Lei nº 9.263*, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm>. Acesso em 31 jul. 2019.

¹²⁴ BIODIREITO, Avanços e retrocessos da reprodução assistida. *REVISTA IBDFAM*. Belo Horizonte, nº 37, fev./mar. 2018, p. 12.

Trazendo o assunto sob o ótica médica, o ginecologista Adelino Amaral Silva ¹²⁵ assevera que:

Existem mais de 20 projetos de lei que estão tramitando sobre a reprodução assistida. No entanto, ao decorrer dessas tramitações, as leis se tornam desatualizadas, já que o processo de promulgação é lento, não conseguindo acompanhar as necessidades da sociedade e nem o avanço da tecnologia. Assim, a resolução se torna mais fácil de se acompanhar, pois a lei é difícil de mudar, é engessada. Magistrados têm usado o CFM como norte em muitas decisões, e isso tem facilitado o entendimento dos juristas. No entanto, é bom ressaltar que a resolução do CFM é apenas ética, portanto não se sobrepõe uma decisão judicial, que é soberana.

Ainda no que diz respeito à ausência de legislação específica, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf ¹²⁶ afirma que “apesar do quadro legislativo nacional não contar com uma lei sobre reprodução assistida – que a seu turno necessita ser urgentemente regulada – diversos projetos de lei visaram regular o tema.”

Buscando exemplificar, de forma elucidativa, os referidos projetos de lei ¹²⁷, a autora destaca alguns deles, dentre os quais podem ser citados os de nº 1.184/03; nº 2.855/97; nº 120/03; nº 2.061/93; nº 90/99; e nº 3.638/93, que se posicionam de formas distintas, sobre inúmeros aspectos, tais como o destino dos embriões criopreservados, a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida, a vedação da redução embrionária, dentre outros.

Apesar dos inúmeros projetos, nenhum deles logrou êxito em se tornar, razão pela qual a maior parte da regulamentação atual do tema se dá basicamente por Resoluções e Provimentos, tanto do Conselho Federal de Medicina quanto do Conselho Nacional de Justiça, que ostentam um certo caráter normativo.

Cumprir destacar que a Resolução do Conselho Federal de Medicina de maior relevância sobre a temática em comento é a de nº 2.168 ¹²⁸, de 2017, que adota as normas éticas para a utilização de cada uma das técnicas de reprodução assistida, levando em consideração a efetivação e o aperfeiçoamento das práticas em análise, bem como os princípios.

Já em relação ao Conselho Nacional de Justiça, o que merece destaque é o Provimento nº 63, de 2017 ¹²⁹, que trata, nos artigos 17 e seguintes, do assento de nascimento dos filhos havidos por reprodução assistida, o qual ocorrerá independente de autorização judicial.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ MALUF, op. cit., p. 207.

¹²⁷ Ibidem, p. 207-208.

¹²⁸ BRASIL, op. cit., nota 96.

¹²⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 63*, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>> Acesso em: 31 jul. 2019.

4. AS NOVAS RELAÇÕES PARENTAIS ADVINDAS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA E AS SUAS REPERCUSSÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Como pode ser visto no capítulo anterior, o advento das novas tecnologias e os avanços científicos ocorridos nas últimas décadas incorporaram grandes alterações na temática da reprodução humana, que com base nas técnicas de reprodução assistida acima apresentadas, passaram à permitir àqueles que encontravam entraves na procriação natural a possibilidade de formação da sua prole.

Nesse sentido, dispõe Maria Berenice Dias¹³⁰, ao afirmar que:

Até o século passado a paternidade era linear, natural, tinha origem em um ato sexual, seguido da concepção e posterior nascimento. A legislação ainda reproduz este modelo ao não prever as formas de reproduções medicamente assistidas (...). A enorme evolução – verdadeira revolução – ocorrida no campo da biotecnologia acabou produzindo reflexos nas estruturas familiares, especialmente em face do surgimento das variadas técnicas procriativas.”

Ainda seguindo os preceitos de Maria Berenice Dias, a autora¹³¹ afirma que “os avanços tecnológicos na área da reprodução humana emprestaram significativo relevo à vontade”. A essência desta afirmação, em outros termos, permite aos indivíduos que recorrem às referidas técnicas disporem das suas vontades como melhor lhes aprouver, em um claro privilégio à autonomia, no que concerne às modalidades de constituição e continuidade das suas respectivas famílias.

Assim, o contexto por ora apresentado trouxe modificações ao cenário do Direito de Família, principalmente no que diz respeito às novas relações parentais que surgiram a partir das técnicas de reprodução assistida. Levando em consideração as técnicas já apresentadas – coito programado, inseminação artificial, fertilização *in vitro*, inseminação artificial e fertilização *in vitro post mortem* e a gestação por substituição – buscar-se-á, no presente tópico, elucidar como seriam essas novas modalidades de entidades familiares, para em seguida, demonstrar os seus efeitos e repercussões no ordenamento jurídico.

4.1. As novas relações parentais provenientes das técnicas de reprodução assistida

Tal como explicita Adriana Maluf¹³², ao tratar das técnicas de reprodução assistida na formação da família, as mesmas surgiram visando o acesso à reprodução para os casais

¹³⁰ DIAS, op. cit., p. 400.

¹³¹ Ibidem.

¹³² MALUF, op. cit., p. 212.

tidos como inférteis. Nesse contexto, a autora afirma que “a vontade de se reproduzir vem ilustrando as novas modalidades de família, que a seu turno vêm observando um novo rosto com o passar do tempo, admitindo formas novas até então tidas por inconcebidas.”¹³³

Dando início ao estudo dessas novas relações parentais, cumpre esclarecer que as mesmas serão analisadas a partir das técnicas que levaram à sua origem – ou seja, a partir do estudo da respectiva técnica de reprodução assistida, parte-se para as novas modalidades de relações parentais provenientes da sua aplicação. Cumpre destacar que algumas delas pouco irão afetar a paternidade linear, tradicional à espécie humana. Entretanto, outras irão trazer profundas reformas não só aos tipos de famílias, mas também às suas próprias repercussões no ordenamento jurídico.

Posto isso, parte-se a análise individual de cada uma das técnicas, bem como das suas respectivas contribuições para a formação das novas entidades familiares.

4.1.1. Da irrelevância do coito programado para o desenvolvimento das novas formas de relação parental.

Tal como já explicitado acima, o coito programado é uma das mais simplórias técnicas de reprodução assistida que existem, uma vez que não passa de uma relação sexual programada, com a análise de determinados fatores que permitirão determinar qual seria o momento mais adequado para que ocorra a concepção.

Por tais motivos, o coito programado consiste em um auxílio dado pelas ciências médicas ao casal que encontra entraves na procriação natural, mas que em nenhum momento chega a afetar a paternidade linear, já que a concepção ainda se dará de forma natural, com o material genético dos respectivos pais que desejam a procriação.

Pelo exposto, percebe-se que a referida técnica não trouxe grandes inovações às relações parentais, pois apenas facilita a reprodução natural.

4.1.2. Da influência dos mecanismos de inseminação artificial e fertilização *in vitro* para o surgimento das novas relações parentais.

Em um primeiro momento, cumpre lembrar que, por ambas as técnicas acima enumeradas apresentarem modalidades homólogas e heterólogas – isto é – com material

¹³³ Ibidem.

genético do próprio casal, na primeira hipótese, ou com materiais provenientes de um terceiro doador, no segundo caso – as variações familiares delas decorrentes serão analisadas em conjunto, dados os inúmeros aspectos em comum que delas se originam.

No que tange à inseminação artificial, levando em consideração os aspectos estabelecidos no capítulo 3, tem-se que o referido procedimento também não exige um demasiado rigor técnico, uma vez que consiste na inserção, via cateter, de uma certa quantidade de espermatozoides no canal vaginal feminino, visando a fecundação natural, dentro do próprio útero.

Por sua vez, a fertilização *in vitro* exige uma maior complexidade, uma vez que, após a retirada do óvulo - seja da própria mulher a passar pelo procedimento, seja de uma terceira – este será fecundado com o sêmen de seu parceiro ou de terceiro, de forma extrauterina. Os embriões resultantes desse processo serão posteriormente implantados no corpo da mulher, dando origem ao tão sonhado filho.

Ao contrário do coito programado, tanto na inseminação artificial quanto na fertilização *in vitro*, a reprodução não se dá pelo ato sexual, pois exige-se a interferência de fatores externos – quais sejam seja, a obtenção do material genético e a inserção dos gametas ou dos próprios embriões já fecundados no corpo da mulher – que acabam por permitir um maior leque de possibilidades à constituição da entidade familiar.

Na técnicas de reprodução homólogas, tal como na técnica do coito programado, não há nenhuma afetação ao conceito da paternidade linear, pois tal como elucida Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹³⁴, em que pese não haver a relação sexual, há a transmissão da carga genética do casal para a criança que será seu filho. Logo, além do vínculo de filiação, também haverá o vínculo da consanguinidade.

Nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama: ¹³⁵

A despeito da falta de relação sexual, impende notar que a técnica empregada faz às vezes de cópula como forma de permitir a transmissão da carga genética de ambos os cônjuges ou companheiros para a criança que será filho – não apenas sob o prisma biológico – do homem e da mulher que se socorreram da técnica de reprodução assistida.

Noutro giro se encontram as chamadas técnicas de reprodução assistida heterólogas, na quais é utilizado o material genético de um terceiro, entranho àqueles que realizam o projeto parental.

¹³⁴ GAMA, op. cit., p. 726-727.

¹³⁵ Ibidem.

Novamente, Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹³⁶ elucida a questão com maestria, ao afirmar que:

Nas técnicas de reprodução assistida heteróloga – o que pressupõe a necessidade da utilização de material fecundante de terceiro estranho ao casal – os fundamentos relacionados à paternidade-filiação e à maternidade-filiação serão diferentes, levando em consideração os casos em que um dos cônjuges ou companheiros contribui com seu material fecundante e o outro não, por força de esterilidade.

O referido autor também afirma que também é possível a aplicação das técnicas de reprodução assistida heterólogas nos casos em que não é possível aos cônjuges ou companheiros contribuir com o material fecundante. Afirma que é possível que essas técnicas sejam utilizadas “nos casos em que ambos os cônjuges ou companheiros não tenham condições de contribuir com qualquer material fecundante e, nestas hipóteses, a técnica também será heteróloga (...)”¹³⁷

Diante de todo exposto, percebe-se que o cenário apresentado permite a formação de inúmeros núcleos familiares. Com base em exemplos práticos, percebe-se que as referidas técnicas permitem, por exemplo a constituição de famílias monoparentais, quando um indivíduo solteiro faz uso do material genético de um terceiro doador, e por meio das referidas técnicas, consegue constituir a sua própria família.

Mesmo nos modelos de família mais tradicionais, como a família matrimonializada ou nas uniões estáveis, é possível que a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* heterólogas auxiliem na continuação da estrutura familiar.

Imagina-se, por exemplo, que um cônjuge ou um companheiro – ou até mesmo ambos – tenha problemas de infertilidade ou esterilidade que o impeçam de gerar filhos de maneira natural. Por meio da doação de gametas, ou até mesmo de embriões já fecundados, provenientes de terceiros, é possível a realização da gravidez.

A mesma lógica se aplica aos casais homoafetivos, que necessitam do gameta do outro sexo para permitir a fecundação. Ocorrendo a doação desses gametas, é possível que ocorra a gravidez, que pode ser levada a cabo pelo casal ou por meio da gestação de substituição, como será visto a seguir.

Outra modalidade de família que se beneficia da inseminação artificial e da fertilização *in vitro* são as famílias coparentais, que se estabelecem entre pessoas dentre as quais não há uma relação conjugal. Para a concepção desta criança, os pais por vezes

¹³⁶ Ibidem, p. 734-735.

¹³⁷ Ibidem.

recorrem às técnicas de reprodução assistida, com o intuito de implementar o seu projeto parental sem que haja a necessidade da relação sexual.

Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira¹³⁸, as famílias coparentais:

(...) são aquelas que constituem entre pessoas que não necessariamente estabeleceram uma conjugalidade, ou nem mesmo uma relação sexual. Apenas se encontram movidos pelo interesse e desejo em fazer uma parceria de paternidade/maternidade. Na maioria das vezes o processo de geração de filhos se vale de técnicas de reprodução assistida.

Por fim, não se pode olvidar das famílias pluriparentais, as quais se estabelecem quando mais de duas pessoas exercem, concomitantemente, as funções parentais. Novamente, as técnicas de reprodução assistida surgem como um importante instrumento de auxílio, possibilitando que mais de uma pessoa faça parte do processo reprodutivo. Nesse sentido, afirma Maria Berenice Dias¹³⁹, ao dispor que:

Também se encaixam no conceito de pluriparentalidade os vínculos que se estabelecem com mais de duas pessoas desempenhando as funções parentais. Estas são novas realidades cada vez mais frequentes, principalmente quando são utilizadas as modernas técnicas de reprodução assistida, em que mais de uma pessoa faz parte do processo procriativo. Nada justifica alijar qualquer delas do vínculo de filiação. Nestas novas conformações é indispensável reconhecer que o filho tem mais de dois pais, o que lhe garante direitos com relação a todos e todos devem assumir os deveres decorrentes do vínculo parental.

Aqui, é importante destacar que as hipóteses acima enumeradas não pretendem ser exaustivas. A família, como entidade eudemonista¹⁴⁰ que pretende a realização pessoal de cada um de seus integrantes, não permite a limitação da sua formação à um rol taxativo de modalidades. Tem-se, então, que as técnicas de reprodução assistida surgem como um auxílio, um amparo à estas famílias que vêm nestes recursos a possibilidade de implementar a sua prole.

¹³⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Coparentalidade abre novas formas de estrutura familiar*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1229/Coparentalidade+abre+novas+formas+de+estrutura+familiar>> Acesso em: 31 jul. 2019.

¹³⁹ DIAS, Maria Berenice. *Família pluriparental, uma nova realidade*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/15__fam%EDlia_pluriparental,_uma_nova_realidade.pdf> Acesso em: 31 jul. 2019.

¹⁴⁰ DIAS, op. cit., 2015, p. 143

4.1.3. A possibilidade da constituição familiar *post mortem* por meio da inseminação artificial e fertilização *in vitro*.

Levando em consideração as premissas elencadas no capítulo anterior, tem-se que é possível que ocorra o emprego das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, isto é após a morte do detentor do material genético que será utilizado no emprego das referidas técnicas.

De acordo com o estabelecido na Resolução nº 2.168, de 2017, do Conselho Federal de Medicina ¹⁴¹, “é permitida a reprodução assistida *post-mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.”

Diante desse cenário. Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁴² afirma que o vínculo-paterno-filial pode ser reconhecido entre o fornecedor do material genético e a criança por ele gerada em duas hipóteses principais: com base na reprodução homóloga decorrente da utilização do material genético do falecido, ou com base na implantação do embrião formado com o referido material genético.

Nas palavras do autor:

Francisco José Cahali, ao tratar dos sujeitos da sucessão hereditária, observa que o legislador civil estabeleceu a condição de filho presumido às crianças nascidas *post mortem*, reconhecendo o vínculo paterno-filial entre o fornecedor do material genético e o ser nascido da utilização laboratorial em duas hipóteses: a) a reprodução assistida homóloga decorrente da utilização do material genético da pessoa falecida que havia armazenado gametas; b) a reprodução assistida decorrente da implantação uterina de embrião formado em laboratório com a utilização do material genético do autor da sucessão.

Seja qual for a hipótese a ser utilizada, tem-se a formação de um núcleo parental no qual um dos integrantes não está mais presente no plano terreno, sendo o projeto familiar levado à cabo pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente, o que, para Ana de Moraes Salles Beraldo, seria um desejo perfeitamente aceitável, “principalmente quando o projeto parental do casal estava em andamento e foi interrompido subitamente por uma doença ou um acidente fatal.”¹⁴³

Em que pesem os debates doutrinários, morais e filosóficos que permeiam a questão, que se prendem às consequências e aos prejuízos que podem surgir em razão do nascimento

¹⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 96.

¹⁴² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Herança legítima ad tempus*: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 38.

¹⁴³ BERALDO, op. cit., 98.

de uma criança que desde a sua concepção já não contaria com a presença e com o direito à convivência com um de seus pais¹⁴⁴, essa nova modalidade de relação parental vem ganhando espaço no ordenamento jurídico, e desde que preenchidos os devidos requisitos, não vem encontrando óbice à sua aplicação.

A grande questão surge quanto à utilização destas técnicas quando não há um projeto parental em curso, como nas hipóteses em que namorados, noivos e até os pais do *de cujos*, no intuito de manter a presença do ente querido falecido, buscam na reprodução assistida *post mortem* um meio de superar as decepções que a vida os trouxe.

Nesses casos, por mais compreensível que seja o desejo de preservar a memória do falecido, que estaria “imortalizado” na figura daquela criança, não é possível deixar de lado aspectos essenciais à reprodução assistida *post mortem*, como a prévia autorização do detentor do material biológico, já com a intenção de empreender um projeto parental, ou as ponderações relativas às consequências práticas de se gerar um filho sem um dos pais.

Feitas essas considerações, deve-se ter em mente, no que tange à inseminação artificial e fertilização *in vitro post mortem*, os ensinamentos trazidos por Anna de Moraes Salles Beraldo, que afirma:

Fica claro (...) que se faz imperiosa a determinação dos limites legislativos, para que não sejam concedidos pelo Judiciário pedidos cada vez mais abrangentes da reprodução *post mortem*. Isso porque, caso realmente esse procedimento continue permitido, que seja feito após cuidadosa análise interdisciplinar e somente em casos excepcionais. A reprodução assistida *post mortem* não pode se tornar corriqueira, visando à substituição da figura do falecido, pois a criança não é um mero instrumento para compensar as frustrações dos adultos.

Pelo exposto, percebe-se que a referida técnica deve ser utilizada com uma certa parcimônia, para que não traga mais complicações do que benefícios àqueles que já sofreram demasiadamente com a perda de um ente querido.

4.1.4. As novas vertentes trazidas às relações parentais pela gestação por substituição.

Por fim, cumpre analisar as possíveis modalidades de relações parentais resultantes da chamada gestação por substituição, também chamada de sessão temporária do útero, na qual uma mulher permite o uso de seu sistema reprodutivo no intuito de gerar uma criança para um terceiro, mas sem com ela estabelecer nenhum tipo de filiação ou parentalidade.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 97-100.

Seguindo os preceitos da Resolução nº 2.168/17¹⁴⁵, do Conselho Federal de Medicina, no Brasil, em regra, “a cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo, até o quarto grau”. Nas demais hipóteses, há uma análise casuística dos Conselhos Regionais de Medicina, que poderão autorizar ou não a gestação por substituição para àquele caso em específico.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que os estudiosos costumam elencar algumas hipóteses de cessão temporária do útero. Segundo os termos exatos do referido autor:¹⁴⁶

A doutrina costuma apontar algumas hipóteses de maternidade de substituição: a) aquela que envolve o embrião *in vitro* a partir do óvulo e do espermatozoide do casal que desenvolve o projeto parental, com sua implantação no corpo de outra mulher; b) aquela que se vincula ao óvulo e à gravidez da mulher gestante, que empresta gratuitamente seu corpo para gestar o embrião, e o sêmen empregado é o do marido da mulher que deseja ser a mãe jurídica; c) aquela que se relaciona ao embrião formado a partir do óvulo da mulher que engravida, fertilizado pelo espermatozoide de um doador, com o compromisso de entregar a criança ao casal que não contribuiu com o material fecundante.

Diante do exposto, percebe-se que esse contexto propicia um terreno fértil para a formação de novas relações parentais, por meio do emprego da referida técnica de reprodução assistida, que, segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama, dissocia o desejo da maternidade da gestação, que não se torna mais pressuposto necessário ao desejo de mãe.

Nas palavras de Nogueira da Gama¹⁴⁷:

Dissociam-se, nesse caso, o desejo da maternidade e a gravidez devido à circunstância da impossibilidade material de se desenvolver a gravidez na pessoa que exerce o direito à reprodução, seja por força da esterilidade da mulher que pretende ser mãe jurídica, seja em razão de o projeto parental ser desenvolvido pelo homem sozinho ou pelo casal do mesmo sexo masculino.

Logo, é possível imaginar que uma determinada mulher, estéril ou com severos problemas que possam afetar a sua fertilidade, empreenda um projeto parental com o auxílio de um terceira – como uma mãe, uma irmã, uma tia ou uma prima. Também é possível, como explicitado acima, que um casal homoafetivo, formado por dois homens, construa o seu núcleo familiar por meio do auxílio dessas pessoas, que de forma altruísta, cederão o seu corpo para ajudar na construção familiar de outrem.

¹⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 96.

¹⁴⁶ GAMA, op. cit., 2017, p. 36.

¹⁴⁷ Ibidem.

Independente da modalidade empregada, cumpre destacar que haverá a celebração de um termo de compromisso entre os pacientes e a cedente temporária do útero, no qual ficarão estabelecido os aspectos concernentes à filiação da criança que está por vir, nos termos da Resolução nº 2.168/17, do Conselho Federal de Medicina.¹⁴⁸

Além disso, ainda de acordo com a referida resolução, será celebrado um compromisso de registro civil dos pacientes submetidos à esta técnica, que deverá ser providenciado durante à gravidez, para que após o nascimento da criança, esta possa ser registrada pelos pais que empreenderam o projeto parental, levando em consideração os requisitos estabelecidos no Provimento nº 53 do Conselho Nacional de Justiça¹⁴⁹, de 2016, que dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

4.2. As repercussões das novas relações parentais no ordenamento jurídico

Com base no que foi estabelecido até o presente momento, e levando em consideração as técnicas de reprodução assistida já analisadas, bem como as relações parentais que delas podem provir, passa-se, então, à análise das principais repercussões que essas modalidades pode gerar no ordenamento jurídico pátrio, com as suas ressonâncias no Direito de Família, no Direito das Sucessões e no Direito Previdenciário em específico.

4.2.1. No Direito de Família

As novas relações parentais – principalmente as advindas da reprodução humana assistida – trouxeram inúmeras consequências à formação das famílias como um todo, em especial no que diz respeito aos institutos da parentalidade e da filiação.

Nesse sentido, já sustentou Maria Berenice Dias¹⁵⁰, ao afirmar que a evolução tecnológica – ao conferir uma especial atenção aos desejos dos indivíduos – fez ruir todo o sistema de presunções que vigorava, em relação à maternidade, paternidade e filiação.

Diante desse cenário de transformação no sistema de presunções, e das revoluções que sofreram os referidos institutos, questiona-se se haveriam distinções entre os filhos concebidos pelo método natural e os provenientes de tratamentos assistidos, principalmente no que diz respeito às consequências jurídicas.

¹⁴⁸ BRASIL, op. cit., nota 96.

¹⁴⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 52*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3109>> Acesso em: 05 mai. 2019.

¹⁵⁰ DIAS, op. cit., 2015, 400.

De plano, é possível afirmar que não é admissível a existência de distinções entre os filhos, sejam eles biológicos ou adotivos, havidos ou não da relação matrimonial. Tal conclusão se extrai do art. 226, da Constituição da República¹⁵¹ e do art. 1.596, do Código Civil de 2002¹⁵², que dispõem que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Tem-se, então, uma vedação absoluta a qualquer prática que possa levar a uma distinção entre os filhos, dentre os quais se incluem os havidos por meio das técnicas de reprodução assistida, sejam elas homólogas ou heterólogas.

No que tange às técnicas homólogas – mais precisamente a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* – realizadas com o material biológico do próprio casal que deseja empreender o plano familiar, não existem maiores questionamentos acerca das presunções de maternidade e paternidade, ou mesmo dos efeitos jurídicos decorrentes dessa modalidade reprodutiva, uma vez que são os mesmos dos filhos concebidos pelo método natural.

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁵³, o fundamento biológico, associado à vida em família do casal, já estabelece os vínculos jurídicos necessários de maternidade, paternidade e filiação, não havendo alterações significativas em relação à concepção natural. Nas palavras do autor:

Nos casos de reprodução assistida homóloga, o parentesco que se estabelece entre os pais e a criança gerada se fundamenta no critério biológico. Apesar da ausência de relação sexual do casal, a técnica empregada a substitui como modo de transmitir a carga genética dos cônjuges ou companheiros para a criança que será filha do casal. A origem dos vínculos jurídicos é a consanguinidade, e o critério jurídico de estabelecimento de parentalidade-filiação é a presunção contida nos art. 1.597, incisos I e II do Código Civil, devido à observância dos prazos ali previstos quanto ao momento da concepção e do nascimento da criança.¹⁵⁴

Noutro giro, em relação às demais técnicas de reprodução assistida, é importante uma análise mais detida dos seus efeitos frente às presunções de parentalidade e filiação, já que essas não se limitam aos fatores biológicos.

Em relação à inseminação artificial e a fertilização *in vitro* heterólogas, realizadas com material genético de outrem, surgem as figuras de terceiros que originalmente não compõem a entidade familiar, que contribuem com a doação de um ou ambos os gametas necessários para a concepção.

¹⁵¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁵² BRASIL, op. cit., nota 38.

¹⁵³ GAMA, op. cit., 2017, p. 31.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 30-31.

Nesse sentido, elucida Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁵⁵, ao dispor que:

A princípio, poder-se-ia cogitar que, com base no art. 226, §6º, da Constituição Federal, não haveria sentido em cuidar, de maneira peculiar, dos efeitos relacionados à filiação resultante de procriação assistida heteróloga. Contudo, o exame mais aprofundado da matéria revela que é importante a abordagem acerca de tais efeitos, pois, à semelhança do que se verifica nos vínculos parentais fruto da adoção, há a presença da pessoa do terceto que deve ser considerado na esfera jurídica da pessoa do filho.

Neste ponto, é importante destacar que as técnicas de reprodução heteróloga podem ser unilaterais – a *patre* ou a *matre*, com a doação do gameta masculino e feminino, respectivamente – ou bilaterais, hipótese na qual ocorre a doação de ambos os gametas.

Na hipótese da reprodução heteróloga *a patre*, a presunção de paternidade é tida como absoluta, desde que haja o consentimento prévio do marido ou do companheiro, tal como dispõe o art. 1.597, V, do Código Civil. É importante lembrar que, embora não haja disposição legal regulando a reprodução heteróloga *a matre*, a lógica aplicada à presunção de maternidade é a mesma, pois leva em consideração a manifestação da mulher em empreender no projeto parental.¹⁵⁶

Questiona-se, então, como ficam as presunções de parentalidade e filiação técnicas heterólogas bilaterais, já que nessa hipótese, não haverá o vínculo biológico por parte de nenhum dos pais, competindo à esposa ou a companheira receber o embrião doado para dar início à gestação.

Novamente, Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁵⁷ elucida a questão, ao dispor que:

Em se tratando de pessoas casadas, se a técnica da transferência dos embriões foi exitosa durante a constância da sociedade conjugal, a maternidade jurídica se define quanto à mulher casada quanto à mulher casada devido à gravidez, ao parto e, especialmente, à manifestação de sua vontade em procriar, dando efetividade ao projeto parental do casal. E quanto ao marido, a paternidade jurídica será estabelecida com fundamento no seu expresso consentimento, manifestado no bojo do projeto parental que vinha desenvolvendo com sua esposa (CC, art. 1.597, V). Nesse particular, o mesmo raciocínio se aplica aos companheiros, apenas com a ressalva de que o homem companheiro terá que reconhecer voluntariamente a paternidade, ou se não o fizer, poderá ter reconhecido judicialmente tal vínculo (...).

Aqui, afirma-se que a vínculo de parentesco não será consanguíneo, como nas técnicas homólogas, mas sim civil, tal como na adoção¹⁵⁸, dando ensejo a todos os efeitos pessoais e patrimoniais que dele possam decorrer, tais como o direito ao nome, aos alimentos, à sucessão

¹⁵⁵ GAMA, op. cit., 2003, p. 865.

¹⁵⁶ GAMA, op. cit., 2017, p. 34-35.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 35-36.

¹⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1360-1363.

hereditária, dentre outros. Contudo, cumpre destacar que os institutos não se confundem, já que na adoção há a desconstituição do vínculo paterno-filial prévio, enquanto na reprodução assistida heteróloga, o vínculo de filiação não chega a ser estabelecido com o genitor, mas sim diretamente com aqueles que anuíram com a realização da técnica de reprodução assistida.

Assim dispõem Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald¹⁵⁹, ao afirmarem que:

Não se confunde, contudo, a fertilização assistida heteróloga com uma adoção. É que nesta (adoção), há uma desconstituição do vínculo paterno-filial, estabelecendo uma nova relação filiatória; naquela (fertilização assistida heteróloga), sequer o vínculo filiatório é estabelecido com o genitor, sendo estabelecido diretamente com o pai (aquele que autorizou a realização da fertilização). A propósito, essa é a única hipótese de presunção absoluta de paternidade inserida no art. 1.597, não comportando contraprova.

Já no que diz respeito à presunção paterno-filial nas técnicas de reprodução assistida empregadas *post mortem*, tem-se que para que seja presumida a paternidade do marido falecido, é impositivo que a mulher, na condição de viúva, tenha a autorização do marido para que utilize o seu material genético mesmo após a sua morte. Nesse sentido, já se manifestou o Conselho Nacional de Justiça, no Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil¹⁶⁰, que dispõe que:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após a sua morte.

Por fim, no que tange à gestação por substituição, Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁶¹ analisa as presunções paterno-materno-filial a partir das hipóteses que se apresentam por esta técnica de reprodução assistida.

Segundo o autor, se a gestação é levada à cabo com o material biológico do próprio casal, a filiação será baseada no critério biológico, “ainda que não se possa ignorar o fato da gravidez da mulher gestante, que também poderia embasar possível maternidade jurídica relativamente a ela.”¹⁶²

Por outro lado, se a gestação se vincula ao óvulo e à gravidez da mulher gestante, óvulo este que foi fertilizado pelo espermatozoide do cônjuge/companheiro da mulher que

¹⁵⁹FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, op. cit., p. 1847.

¹⁶⁰ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>. Acesso em: 10 nov.2019.

¹⁶¹ GAMA, op. cit., 2017, p. 36-37.

¹⁶² Ibidem.

deseja ser mãe, os critérios biológicos e jurídicos se dissociam em relação àquela que está concretizando o projeto parental, que será baseado no critério jurídico, enquanto a paternidade do homem será baseada no critério biológico.

Por último, se o embrião é formado pelo óvulo da mulher gestante com o emprego do esperma de um doador, a presunção paterno-materno-filial será puramente jurídica e estará atrelada ao projeto parental que o casal visa desenvolver.

Em sentido semelhante, já se manifestou o Conselho Nacional de Justiça, ao editar o Enunciado nº 129 da I Jornada de Direito Civil¹⁶³, que traz uma proposta de inclusão de um novo artigo, que presume a maternidade pela gestação, mas entende que no caso das técnicas de reprodução assistida, esta “será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga”

Quanto ao vínculo de parentesco, este seguirá a mesma lógica apresentada para as demais técnicas de reprodução assistida, podendo ser consanguíneo, se o material biológico empregado na técnica de reprodução assistida for o do próprio casal, ou jurídico, dando ensejo à todos os efeitos que deles possam decorrer.

Percebe-se, então, que o emprego de técnicas de reprodução assistida na formação das relações parentais gerou diversas consequências às presunções de maternidade, paternidade e filiação, que sofreram alterações estruturais para a construção dessas novas formas de família, que não mais se baseiam unicamente no conceito biológico, mas passam a privilegiar a vontade e o afeto na constituição familiar.

Nesse sentido, alertam Nelson e Rosa Maria Neri¹⁶⁴, ao afirmarem que:

(...) além das vertentes jurídica e biológica, a afetividade apresenta um outro critério para a análise nas ações de investigação de paternidade, ou negatória de paternidade/maternidade. O CC não contempla todas as técnicas de reprodução assistida, mas as relações decorrentes de tais técnicas devem ser norteadas pelo princípio da lealdade, e é com base nele que eventuais conflitos devem ser pacificados.

Percebe-se, então, que as presunções elencadas no art. 1.597, do Código Civil de 2002¹⁶⁵ não possuem a eficácia devida, já que não se mostram suficientes para abarcar a realidade que hoje permeia as novas formas de constituição da entidade familiar, as quais

¹⁶³ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 129 da I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadascej/JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%201%20A%20137.pdf/at_download/file> Acesso em: 23 jul.2019.

¹⁶⁴ NERY; NERY, op. cit., p. 1364.

¹⁶⁵ BRASIL, op. cit., nota 38.

deverão ser reguladas pelos princípios que norteiam o Direito de Família, tais como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da afetividade e do pluralismo da entidade familiar.

166

Com base nessa nova realidade, é necessário analisar como a jurisprudência dos Tribunais – Estaduais e Superiores – passou a se manifestar sobre a temática, de modo geral, frente às ocorrências fáticas que começaram a chegar às suas portas.

Por se tratar de uma questão relativamente recente – que ainda constrói as suas bases jurídicas na doutrina – os primeiros casos concretos que foram levados à análise do Poder Judiciário vacilaram quanto ao reconhecimento das novas formas de entidade familiar.

A princípio, vigia o entendimento de que as técnicas de reprodução assistida só deveriam ser utilizadas “de forma subsidiária, com o objetivo tão somente de auxiliar na solução de problemas de infertilidade humana”¹⁶⁷, e não para a realização da finalidade eudomonista da família, como instituição por meio da qual o indivíduo busca a sua felicidade, independente do modo de sua constituição.

Contudo, atento à evolução, social e científica, bem como aos seus reflexos no conceito contemporâneo de família, o ordenamento jurídico brasileiro passou a consagrar uma concepção pluralista, “que abrigue os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade”¹⁶⁸, independente da sua formação.

De modo a seguir essa evolução conceitual - que já permeava a doutrina – a jurisprudência pátria – que engloba os Tribunais Estaduais e Superiores – passou a legitimar a existência dessas novas formas de família.

Seguindo essa orientação, o Superior Tribunal de Justiça, no recente Recurso Especial nº 1.608.005¹⁶⁹, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, reconheceu a possibilidade da “dupla paternidade” em uma união homoafetiva, em relação à uma criança concebida por meio de técnicas de reprodução assistida. Nos exatos termos do julgado, o Ministro Relator afirma que:

¹⁶⁶ DIAS, op. cit., 2015, p. 43-54.

¹⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0048701-38.2010.8.19.0001*. Relator: Des. Paulo Maurício Pereira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=1119206&PageSeq=0>> Acesso em 30 jul.2019.

¹⁶⁸ DIAS, op. cit., 2015, p. 153.

¹⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.608.005*. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/711899837/recurso-especial-resp-1608005-sc-2016-0160766-4?ref=serp>>. Acesso em: 30 jul. 2019.

A reprodução assistida e a paternidade socioafetiva constituem nova base fática para a incidência do preceito “outra origem” do art. 1.593 do Código Civil. Os conceitos legais de parentesco e filiação exigem uma nova interpretação, atualizada à nova dinâmica social, para atendimento do princípio fundamental de preservação do melhor interesse da criança

No mesmo sentido, já existiam manifestações semelhantes nos Tribunais Estaduais, que permitiram o reconhecimento de “dupla maternidade” ou “dupla paternidade” em relações homoafetivas, tal como pode ser visto na Apelação Cível nº 2014.079066-9 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina¹⁷⁰, a qual dispõe que:

O conceito de família independe do gênero e da sexualidade das pessoas que a compõem, conforme reconheceu a Suprema Corte no julgamento da ADPF nº 132: (...). O fato de a doadora do óvulo, que também gestou a criança, não ser anônima, não representa óbice para o reconhecimento da parentalidade sócio-afetiva e consequente registro da criança em nome de ambos os pais, notadamente porque decorre de um projeto amplamente idealizado pelo casal e que - a toda evidência, diante da impossibilidade de os gametas de ambos os interessados serem utilizados na fecundação - só pôde ser concretizado mediante a utilização de método de reprodução heteróloga assistida.

E continua:

Formalidades não essenciais, aparências e preconceitos não podem preponderar sobre o melhor interesse da criança, impedindo-lhe de obter o reconhecimento jurídico daquilo que já é fato: o status de filha e integrante legítima do núcleo familiar formado pelos pares homoafetivos. Imperioso reconhecer o progresso para o qual é encaminhada a sociedade e acompanhar suas transformações, de modo a preencher as lacunas que se abrem em decorrência de tais modificações. O julgador há de auxiliar no progresso do Direito, fazendo que as relações de família se adequem à vontade da sociedade, que há de ser a da obtenção da felicidade mais ampla e geral dos envolvidos, pela realização dos sentimentos mais caros e não se constituir de obstáculo a isto (...).

Posicionamento semelhante pode ser percebido no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que na Apelação Cível nº 0017795-52.2012.8.19.0209¹⁷¹, também se baseou no elemento afetivo da parentalidade, com o reconhecimento do estado de filho, sempre visando o melhor interesse das crianças geradas. Nesse sentido, encontra-se a ementa do acórdão, na qual o Des. Luciano Silva Barreto afirmou que:

¹⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 2014.079066-9*. Relator Des. Domingos Paludo. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=a%E7%E3o%20declarat%F3ria%20de%20dupla%20paternidade%20&only_ementa=&frase=&id=AAAAbmQAACAALLfZAAH&categoria=acordao> Acesso em: 30 de jul. 2019..

¹⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0017795-52.2012.8.19.0209*. Relator: Des. Luciano Silva Barreto. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=2453456&PageSeq=1>> Acesso em: 30 jul.2019.

(..) o elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento do menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga (...) Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no artigo 100, inciso IV, da Lei nº. 8.069/90, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filho das apelantes, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. (..).

Posto isso, o que pode ser percebido através dos posicionamentos em destaque é a tendência do Poder Judiciário ao estudo e ao reconhecimento dessas novas formas de relações familiares, que são auxiliadas pelas inovações biotecnológicas.

Novamente, é importante destacar que não se tem a pretensão de exaurir a análise jurisprudencial de todas as dinâmicas familiares que possam provir de tais inovações. Primeiro porque se tratam de relações mutáveis, variáveis, que se ajustam à necessidade de cada indivíduo na formação da sua própria entidade familiar, e segundo, porque tais temáticas são recém chegadas aos Tribunais, exigindo a espera pela consolidação dos seus posicionamentos. De toda forma, a perspectiva mostra-se animadora, uma vez que de plano é possível reconhecer, na maior parte dos julgados, a adoção da perspectiva plural que hoje vigora no Direito de Família.

A partir dessa perspectiva pluralística, mostra-se interessante analisar alguns dos efeitos decorrentes do reconhecimento do vínculo paterno-materno-filial nas relações parentais advindas das técnicas de reprodução assistida, e como estes iriam incidir sobre essas novas modalidades de família.

O primeiro aspecto – e talvez o de maior relevância prática – a ser analisado diz respeito ao direito a percepção de alimentos. Segundo Orlando Gomes¹⁷², os alimentos consistem “em prestações para a satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si.”

Cumprido destacar, contudo, que esse vocábulo apresenta uma perspectiva muito mais ampla do que a que fornece o senso comum, pois vai além da necessidade de sustento. Tal como elucida Carlos Roberto Gonçalves¹⁷³, a expressão compreende não só o indispensável ao sustento, mais também o necessário à manutenção da condição social daquele que necessita da sua prestação.

¹⁷² GOMES apud FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, op. cit., p. 1876.

¹⁷³ GONÇALVES, op. cit., 2014, p. 503

Nesse sentido, determina o art. 1.694 do Código Civil,¹⁷⁴ que dispõe que “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Em outras palavras, os alimentos abarcam tanto a obrigação de sustento quanto o conteúdo dessa obrigação, prestando-se à manutenção da dignidade da pessoa humana, razão pela qual ostentariam a natureza jurídica de direito da personalidade.¹⁷⁵

Estabelecidas essas premissas básicas, questiona-se como seria a aplicação do referido instituto à essas novas modalidades de família – em especial no que diz respeito à prestação alimentícia entre pais e filhos – que muitas vezes podem apresentar configurações distintas das relações parentais tradicionais.

Novamente tomando por base o princípio da igualdade entre os filhos, elencado no art. 227, §6º, da CRFB de 1988¹⁷⁶, Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁷⁷ sustenta que:

As relações pessoais e patrimoniais que se estabelecem entre pais e filhos, independentemente da origem e do tipo de vínculo (...), são absolutamente iguais diante da normativa constitucional que foi repetida no artigo 20, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e também do art. 1.596 do Código Civil de 2002. (...) No estágio atual da evolução do Direito de Família no Brasil, essencialmente atrelado aos valores, princípios e regras constitucionais – no pleno desenvolvimento do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil – se afigura inadmissível e inconstitucional excluir qualquer tipo de filho – ainda que havido por técnica conceptiva não admitida (...) – do conjunto de relações pessoais e patrimoniais que a Constituição lhe reserva em igualdade de condições com outros filhos de seus pais.

Por esse princípio, não seria admissível qualquer tipo de distinção entre os filhos – inclusive em relação aos direitos inerentes à essa condição – independente do modo como se deu a formação da estrutura familiar.

Sendo assim, seja lá qual for a modalidade parental empregada na construção da entidade familiar - monoparental, pluriparental, coparental, ou ainda, hétero ou homoafetiva – entende-se que, se o indivíduo, durante o planejamento familiar, assume a condição de pai ou mãe daquela criança, à ele caberá a prestação de alimentos, que engloba não só o dever de sustento, mas também o “vestuário, habitação, medicamentos, enfim o necessário e suficiente para permitir o resguardo à vida e à integridade físico-psíquica das crianças e dos demais filhos incapazes.”¹⁷⁸

¹⁷⁴ BRASIL, op. cit., nota 38.

¹⁷⁵ FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, op. cit., p. 1876.

¹⁷⁶ BRASIL, op. cit., nota 1

¹⁷⁷ GAMA, op. cit., 2003, p. 930-931.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 933.

Corroborando com essa afirmativa – por ora, propositiva, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio ainda não regulamentou de forma efetiva essa questão – Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁷⁹ traz como exemplo o direito à alimentos na maternidade de substituição, em relação à qual aduz que “deve ser reconhecido e resguardado o interesse do nascituro relacionado à plena existência do feto (nascituro), permitindo seu crescimento e nascimento harmonioso”, mesmo diante de uma eventual dissolução da união estável ou da sociedade conjugal, hipótese na qual os futuros pais deverão tutelar o desenvolvimento sadio de seu futuro filho por meio da prestação de alimentos.

Raciocínio semelhante deve ser implementado no estudo da Responsabilidade Civil nas relações parentais, decorrentes de abandono afetivo.

Tal como já foi explicado anteriormente, o afeto tornou-se o elemento norteador da entidade familiar, de modo que o conceito atual de família encontra nesse elemento um ponto de agregação, “que exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena da personalidade.”¹⁸⁰

Nesse contexto, a ausência desse componente, essencial ao desenvolvimento da prole, pode gerar abalos na psique dos filhos, especialmente em relação às crianças e aos adolescentes, em razão da sua peculiar condição de ser em desenvolvimento.

Elucidando essa questão, Maria Berenice Dias¹⁸¹ afirma que:

Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor.

Tem-se, então, que o instituto da reparação civil por abandono afetivo ganhou cada vez mais notoriedade, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, de modo a possibilitar a reparação pelos eventuais danos causados.

Neste ponto, é importante observar que tais ponderações se aplicam, de forma irrestrita, à essas novas modalidades de relações parentais que surgem por meio das técnicas de reprodução assistida. Tal proposição se mostra razoável porque o indivíduo, ao tomar para si a responsabilidade de constituir uma família – independente do modo pelo qual ela se constitua – deve ter em mente que dela irão surgir não só direitos, mas também

¹⁷⁹ Ibidem, p. 935.

¹⁸⁰ DIAS, op. cit., 2015, p. 97.

¹⁸¹ Ibidem, p. 98.

responsabilidades e deveres¹⁸², que poderão ensejar, se desrespeitados, uma reparação que possa compensar os danos psicológicos sofridos.

4.2.2. No Direito das Sucessões

Superada a análise dos reflexos da reprodução assistida no Direito de Família – em especial no que tange ao instituto da filiação – cumpre agora examinar os efeitos do emprego dessas técnicas no Direito Sucessório.

O Direito das Sucessões, em explicação sintética, “regulamenta a substituição do sujeito (ativo ou passivo) de uma relação jurídica em razão do óbito do seu titular.”¹⁸³ Em outras palavras, o estudo sucessório explana como ocorrerá a transmissão da herança, do patrimônio do falecido, com seus direitos e obrigações, aos herdeiros legítimos e testamentários.¹⁸⁴

Tal como determina o art. 1.784 do Código Civil de 2002¹⁸⁵, uma vez aberta a sucessão, a herança é transmitida, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, por força do princípio da *saisine*.

Nesse sentido, elucida Carlos Roberto Gonçalves¹⁸⁶, ao dispor que:

Uma vez aberta a sucessão, Civil (...) a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros. Nisso consiste o princípio da *saisine*, segundo o qual o próprio defunto transmite ao sucessor a propriedade e a posse da herança.

Embora não se confundam a morte com a transmissão da herança, sendo aquela pressuposto e causa desta, a lei, por uma ficção, torna-as coincidentes em termos cronológicos, presumindo que o próprio *de cujos* investiu seus herdeiros no domínio e na posse direta de seu patrimônio, porque este não pode restar acéfalo.

Para que a transmissão tenha lugar é necessário, porém: a) que o herdeiro exista ao tempo da delação; e b) que a esse tempo não seja incapaz de herdar.

Estabelecidas essas premissas basilares sobre o tema das sucessões, entende-se que a correlação entre a referida temática e o presente trabalho reside na legitimação conferida aos filhos para ocupar a condição de herdeiros.

Pelo disposto na legislação civil, os filhos, como se encontram na posição de descendentes, se enquadram na categoria dos herdeiros necessários, razão pela qual fazem jus a metade da herança do falecido, pelo instituto da legítima, que veda a disposição, por parte

¹⁸² Ibidem, p. 97.

¹⁸³ FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, op. cit., p. 1950.

¹⁸⁴ DINIZ, op. cit., 2011, p. 302-303.

¹⁸⁵ BRASIL, op.cit., nota 38.

¹⁸⁶ GONÇALVES, *Direito Civil brasileiro*. 9. ed. V. 7. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 37-38.

do testador, de metade dos bens que constituem a herança. Nesse sentido, dispõem os arts. 1.845 e 1.846, ambos da Lei nº 10.406, de 2002.¹⁸⁷

Diante desse cenário, questiona-se, então, como ficaria a questão sucessória dos filhos concebidos por meio das técnicas de reprodução assistida. A princípio, acredita-se que não existem maiores dificuldades em entendê-los como herdeiros necessários. Apesar de não haver regulamentação específica sobre o tema, em se tratando do emprego das técnicas homólogas, a existência do vínculo biológico os enquadra no conceito jurídico de filhos, e conseqüentemente, na categoria dos herdeiros necessários. Logo, não existem questionamentos acerca do seu posicionamento no Direito Sucessório.

Já nas técnicas heterólogas, entende-se que a presunção de filiação é dada por lei, no momento em que o indivíduo anui com a sua submissão a um tratamento de reprodução assistida. Isso porque, se a pessoa toma para si a missão de construir e planejar uma família, e deseja estabelecer uma relação parental, ainda que a mesma não se estabeleça pelo critério biológico, devem ser conferidas todos os direitos e prerrogativas à ela inerentes.

Assim elucidam Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald¹⁸⁸, ao sustentarem que a “a criança concebida por reprodução assistida heteróloga, pressuposta a anuência do marido ou companheiro, é, por presunção de lei, filha de quem autorizou o ato”.

A grande problemática que surge no Direito Sucessório se dá em relação ao emprego das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, uma vez que surgiria a figura de um novo herdeiro após a abertura da sucessão, a qual se deu no momento do falecimento do *de cujos*.

Questiona-se, então, se seria possível a vocação hereditária dessas crianças que foram geradas após a morte de seus genitores, já que o art. 1.798 do Código Civil de 2002¹⁸⁹ entende como legítimas à sucessão apenas as pessoas já nascidas ou concebidas no momento em que ocorre a abertura da sucessão.

Segundo os estudos de Anna de Moraes Salles Beraldo:

(...) a questão dos direitos sucessórios para o filho gerado por meio da reprodução humana assistida após a morte do genitor ainda é muito polêmica. No entanto, tendo em vista o direito fundamental à herança, disposto no artigo 5º, XXX, bem como o direito constitucional de igualdade entre filhos, assentado no art. 227, §6º; uma vez que o filho póstumo venha a nascer, seus direitos hereditários devem ser garantidos. Isso pode ocorrer tanto por meio da sucessão testamentária, como da legítima.

¹⁸⁷ BRASIL, op. cit., nota 38.

¹⁸⁸ FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, op. cit., p. 1844.

¹⁸⁹ BRASIL, op. cit., nota 38.

Nesse contexto, é necessário esclarecer que parte da doutrina já reconhece a condição de filho aos indivíduos que são concebidos em momento posterior à morte do autor da sucessão. Nesse sentido, elucida Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁹⁰, ao dispor que:

Reconhece-se a condição de filho à pessoa que vem a ser concebida e nascer em momento posterior à morte do autor da sucessão, abrangendo as duas hipóteses quanto à sua origem: i) a reprodução assistida homóloga, ainda que depois da morte do fornecedor de sêmen (ou da fornecedora do óvulo); ii) a gestação (...) de embrião excedentário obtido de material genético do falecido.

Para solucionar o conflito normativo, conciliando a paternidade póstuma aos ditames legais do Direito Sucessório, deve-se realizar uma interpretação conjunta dos artigos 1.597 e 1.798 do Código Civil,¹⁹¹ já que o primeiro determina que os filhos havidos por fecundação homóloga, mesmo que já falecido o cônjuge, são presumidos concebidos na constância do casamento.

Com base nessa interpretação conjunta, Anna de Moras Salles Beraldo¹⁹² afirma que mesmo que o embrião tenha sido concebido apenas após a morte de um dos consortes, haverá a presunção de que este foi concebido na constância do matrimônio, antes da extinção do vínculo conjugal pelo seu falecimento.

Nas palavras da autora:

(...) a inseminação *post mortem*, aquela em que a concepção ocorre após a abertura da sucessão, se presume anterior, ou seja, durante o casamento. Em outras palavras, de acordo com o artigo 1.597 do ordenamento civil e conforme ressaltado anteriormente, mesmo que o embrião tenha sido concebido após a morte do marido, presume-se que foi concebido durante o matrimônio. Portanto, o art. 1.798 do Código Civil deve ser analisado em conjunto com o art. 1.597 do mesmo diploma, e dessa forma, deverá haver o direito à sucessão, já que são presumidos como concebidos na constância do casamento.¹⁹³

Reconhecendo a vocação hereditária a esses indivíduos, o Conselho Nacional de Justiça editou o Enunciado nº 267 da III Jornada de Direito Civil¹⁹⁴, cuja redação determina que:

A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

¹⁹⁰ GAMA, op. cit., 2017, p. 195-196.

¹⁹¹ BRASIL, op. cit., nota 38.

¹⁹² BERALDO, op.cit., p. 122-127.

¹⁹³ Ibidem, p. 123.

¹⁹⁴ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 267 da III Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>> Acesso em: 11 nov .2019.

Com a devida vênia à orientação disposta pelo enunciado – que se refere ao embrião já concebido no momento da abertura da sucessão – acredita-se que o direito à vocação hereditária deve ser estendido não apenas aos embriões já formados no momento da morte do *de cujos*, mas à todos aqueles indivíduos que, por meio do emprego das técnicas de reprodução assistida, viessem a ser gerados com o seu material genético.

Em que pese ainda não existir um posicionamento consolidado na jurisprudência sobre o tema, acredita-se, de forma propositiva, que deve prevalecer a ótica constitucional sob os preceitos do Direito Civil, pois em privilégio ao princípio da igualdade entre os filhos – que veda qualquer tipo de distinção entre eles – deve o ordenamento pátrio tender ao reconhecimento da legitimação sucessória aos filhos concebidos por meio das técnicas de reprodução assistida *post mortem*.¹⁹⁵

4.2.3. No Direito Previdenciário

Analisados os principais efeitos jurídicos do emprego das técnicas de reprodução assistida na seara do Direito de Família e do Direito Sucessório, passa-se, finalmente, ao estudo dos seus reflexos no Direito Previdenciário.

O Direito Previdenciário corresponde ao conjunto de normas e princípios que “amparam o trabalhador, garantindo-lhe” benefícios da previdência e assistência social”.¹⁹⁶

A Lei nº 8.213/93¹⁹⁷, que trata dos benefícios previdenciários, determina em seu art. 1º que a Previdência Social visa assegurar aos beneficiários meios indispensáveis para a sua manutenção, “por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.”

Os destinatários desses benefícios são os beneficiários, que nas palavras de Marcelo Leonardo Tavares¹⁹⁸, é o “gênero das espécies segurados (os que mantêm vínculo em nome próprio) e dependentes (aqueles que dependem economicamente dos segurados, nos termos da lei)”, as quais recebem da Previdência Social benefícios como aposentadorias, pensões, auxílios, dentre outros.

¹⁹⁵ Ibidem.

¹⁹⁶ DINIZ, op. cit., 2011, p. 204.

¹⁹⁷ BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm> Acesso em: 29. jul. 2019.

¹⁹⁸ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário: regime geral da previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social*. 14.ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 72.

O ponto de convergência que relaciona o Direito de Família ao Direito Previdenciário reside na questão dos dependentes, os quais detêm o direito de receber os benefícios da pensão por morte e do auxílio-reclusão, nos termos do art. 18, II, “a”, do referido diploma legal.

São tidos como dependentes o cônjuge, o companheiro, os pais e os irmãos, que irão receber os benefícios de acordo com as circunstâncias do caso concreto. No que tange ao presente trabalho, cumpre elucidar a possibilidade dos filhos gerados por meio das técnicas de reprodução assistida se enquadrarem na qualidade de dependentes de seus pais, para que possam fazer jus aos respectivos direitos de ordem previdenciária, em especial a pensão por morte.

Tomando por base o princípio da igualdade entre os filhos, elencado na Constituição Federal¹⁹⁹, Marcelo Leonardo Tavares²⁰⁰ afirma que “filho é o descendente direto de primeiro grau de qualquer condição: legítimo, legitimado, adulterino, adotivo, etc., iguais em direitos pelo §6º do art. 227 da CRFB.”

Assim como ocorre em relação aos Direitos Sucessórios, nas técnicas homólogas, a existência do laço biológico já é suficiente para determinar o vínculo de filiação. Nas técnicas heterólogas, a presunção se dá por lei, a partir do consentimento dos pais para a realização dos referidos procedimentos.

Novamente, a questão de maior relevância surge no âmbito das técnicas de reprodução *post mortem*. Em que pese a existência de entendimentos em sentido contrário, o posicionamento que melhor adequa os preceitos normativos à evolução biotecnológica é o que estende os benefícios previdenciários aos filhos gerados mesmo após a morte de seus pais. Nesse sentido, afirma Diego Ramos²⁰¹, que ao tratar do nascituro concebido *post mortem*, sustenta que:

Diante da evolução legislativa, em paralelo à evolução da ciência, ampliando a proteção de direitos fundamentais do nascituro, não deve o Direito Previdenciário deixar de aplicar tais preceitos, sob pena de retrocesso. A garantia constitucional à dignidade, à vida e à saúde devem ser aperfeiçoadas pela legislação e pela hermenêutica jurídica.

Existe assim a necessidade de haver a interpretação sistemática entre o Direito Previdenciário e o Direito Constitucional e Civil, sobretudo no tocante à filiação, independente do momento da concepção (...).

¹⁹⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰⁰ TAVARES, op. cit., p. 89.

²⁰¹ RAMOS, Diego. *O nascituro concebido in vitro post mortem e seu direito ao benefício de pensão por morte*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.966.09.PDF> Acesso em 29 jul. 2019.

Deste modo, entende-se que não há que se falar em prejuízos ao reconhecimento como dependentes dos filhos gerados por meio das técnicas de reprodução assistida, sejam elas homólogas ou heterólogas, *in vivo* ou *post mortem*, pois qualquer posicionamento em sentido contrário acabaria por talhar o reconhecimento dessas novas modalidades de relações parentais.

Acompanhando esse entendimento, a jurisprudência pátria já aponta alguns expoentes em que se reconhece a concessão dos benefícios previdenciários à essas novas relações parentais, como pode ser visto na Apelação Cível nº 0015901-31.2014.4.03.6100/SP²⁰², de relatoria do Des. Federal Souza Ribeiro, na qual se reconheceu o direito de extensão do benefício “salário-maternidade” a um pai solteiro que concebeu a sua prole via fertilização *in vitro* e gestação por substituição. Nesse sentido, dispõe a ementa, que afirma que:

(...) A inexistência de disposições legais expressas não impede que o magistrado supra lacunas por meio da analogia. (...) Tendência do direito moderno de proteger as variadas formas de famílias e os interesses das crianças e adolescentes. (...) Ao pai solteiro, cuja prole foi concebida por meio de técnicas modernas de fertilização *in vitro* e gestação por substituição, deve ser estendido o direito ao salário-maternidade. (...) A presença do genitor na primeira infância é essencial ao desenvolvimento do recém-nascido. Negar a este o direito da presença de seu pai neste crucial momento da vida é violar o princípio da isonomia material, tendo em vista que outras crianças, concebidas pelos meios naturais, tê-lo-ão. (...).

Também pugnando pelo reconhecimento da dimensão das novas entidades familiares, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região se manifestou pela possibilidade de concessão do benefício “salário-maternidade” para a mãe não gestante de um casal homoafetivo, reconhecendo, assim, a existência da dupla maternidade. Nesse sentido, encontra-se a Apelação Cível nº 0143171-21.2015.4.02.0101, de 2015²⁰³, de relatoria do Des. Federal Messod Azulay Neto, cuja ementa segue abaixo:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO. REMESSA EX OFFICIO SALÁRIO MATERNIDADE. PARTO E MÃE NÃO GESTANTE. DUPLA MATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. DIMENSÃO DE

²⁰² BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Apelação Cível nº 0015901-31.2014.4.03.6100/SP*. Relator Des. Federal Souza Ribeiro. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/7478723>> Acesso em: 03 set. 2019.

²⁰³ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Apelação Cível nº 0143171-21.2015.4.02.0101, de 2015*. Relator Des. Federal Messod Azulay Neto Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/consultas?movimento=cache&q=cache:0lcGkG93tvYJ:acordaos.trf2.jus.br/apolo/databucket/idx%3Fprocesso%3D201551011431715%26coddoc%3D644739%26datapublic%3D2017-03-08%26pagdj%3D109-131+DUPLA+MATERNIDADE+DIREITO+AO+BENEFICIO+POR+UMA+DAS+MÃES.&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8> Acesso em: 03 set. 2019.

NOVAS ENTIDADES FAMILIARES. DIREITO AO BENEFÍCIO POR UMA DAS MÃES. PROTEÇÃO DA CRIANÇA. RECURSO E REMESSA IMPROVIDOS.SENTENÇA MANTIDA.

Em sua fundamentação, o Desembargador Relator sustentou que qualquer das mães, sendo ambas seguradas do INSS, “tem direito a gozar da licença maternidade, desde que não onere a previdência para além do que seria devido caso se tratasse de uma família constituída por pai e mãe.”

Pelo exposto – em que pese ainda não haver uma jurisprudência consolidada sobre o tema – entende-se que o caminho mais equânime é o que prega o princípio da isonomia material entre as diferentes modalidades de família. Independentemente do modo de sua constituição, todas deverão ser igualmente tuteladas e protegidas, por serem consideradas o pilar mais essencial que estrutura a sociedade.

CONCLUSÃO

O objetivo principal do trabalho que por hora se conclui consiste em apresentar um panorama geral das intersecções entre os preceitos da Bioética e do Biodireito – delimitado ao contexto da reprodução humana assistida – e os conceitos provenientes do Direito de Família.

A família, considerada pela Constituição da República Federativa do Brasil como a base da sociedade, merecedora de especial proteção do Estado, não mais se limita à formação tradicional, baseada em um casamento entre um homem e uma mulher, do qual eventualmente pode resultar uma prole.

Por tal motivo, foi necessário traçar uma perspectiva histórica dessa instituição, com a evolução da entidade familiar até os dias atuais, nos quais vigora um conceito pluralístico do que é considerado “família”.

Nesse contexto dinâmico e mutável, as técnicas de reprodução assistida se apresentam como um instrumento hábil e eficaz à auxiliar os indivíduos na execução de seus projetos parentais, já que são aptas a ajudar na superação das dificuldades que podem surgir no processo reprodutivo.

Independente do motivo que leva os indivíduos à recorrer a esses procedimentos – que vão desde problemas de fertilidade, passando por impedimentos de caráter biológico, chegando até mesmo à ausência de um parceiro – percebe-se em todas as circunstâncias um único objetivo: o planejamento familiar, com o desejo de constituir a sua própria linhagem, baseada no amor e no afeto.

Realizada a análise das mais relevantes técnicas de reprodução assistida, buscou-se demonstrar as principais conjunturas familiares que delas podem derivar, tais como a família monoparental, a família pluriparental, a família coparental e a família homoafetiva. Também se deu destaque às possibilidades ofertadas àqueles que desejam procriar, mas que, para tanto, necessitam do auxílio da ciência, o que pode ser percebido nos casos que envolvem a gestação por substituição e a fertilização *post mortem*.

Diante da grande relevância que a temática alçou nas últimas décadas, era de se esperar que o ordenamento jurídico brasileiro fosse mais diligente ao acompanhar tais inovações, que apresentam efeitos não só no Direito Civil (em específico no Direito de Família), mas também no Direito das Sucessões, no Direito Previdenciário e na jurisprudência como um todo, já que cada vez mais chegam aos Tribunais demandas originadas nesse contexto.

Apesar da indubitável existência fática dessas novas modalidades de relações parentais – que a cada dia apresentam mais e mais consequências práticas – o que pode ser percebido é que a legislação pátria é omissa em sua regulamentação, o que acaba por gerar uma zona cinzenta indesejável (até com uma certa dose de insegurança jurídica) na proteção dessa entidade, o que leva o Judiciário a construir uma orientação mais consistente por meio da jurisprudência.

Em que pese a ausência de um posicionamento consolidado dos Tribunais pátrios – já que ainda são as poucas decisões proferidas pelo Poder Judiciário no que se refere à esta temática – o que vem se percebendo é o reconhecimento dessas novas modalidades de entidade familiar, em prestígio ao conceito plural de família.

Tal reconhecimento se mostra necessário porque a família é a esfera mais íntima do indivíduo. É nela que se estabelecem as primeiras relações sociais, bem como o início do desenvolvimento emocional e afetivo. Cercear a sua constituição violaria o direito subjetivo à autonomia familiar, e o próprio princípio da isonomia, uma vez todos são iguais perante à lei.

Nesse contexto, entende-se pela necessidade de uma maior proteção, por parte do ente estatal, dessas novas relações parentais que a cada dia se apresentam frente à sociedade, razão pela qual se propõe se uma maior regulamentação dessas modalidades, de forma abrangente, que trabalhe pelo seu reconhecimento, a fim de que a insegurança jurídica que hoje as permeia não atue como um limitador na obtenção de direitos e garantias.

Contudo, cumpre destacar que o que se deseja não é um agir onipresente do Estado, categórico e taxativo. Na verdade, o que se busca é a manutenção da autonomia do indivíduo, no momento em que este deseja formar a sua própria família, onde não deve ser engessado aos ditames de regras estatais intransigentes.

Tem-se, então, que caberá ao Estado uma intervenção mínima, mas positiva, no sentido de não talhar a constituição dessas novas relações parentais, mas sim anuir com a sua existência, dando-lhes o amparo necessário para o seu reconhecimento, posto que são uma expressão do princípio da dignidade da pessoa humana que pode assumir inúmeras facetas, mas tem como ponto em comum o reconhecimento do afeto como elemento norteador na busca da felicidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves. *Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem: um estudo sobre as consequências no direito de família e sucessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BIODIREITO, Avanços e retrocessos da reprodução assistida. *Revista IBDFAM*. Belo Horizonte, nº 37, fev./mar. 2018.

BOTTEGA, Clarissa. *Reflexos do Biodireito no Direito das Famílias*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/reflexos_do_biodireito.pdf> Acesso em: 16 dez. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 2.168*. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 52*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3109>> Acesso em: 05 mai. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 63*, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>> Acesso em 31 jul. 2019.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciado nº 129 da I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas_cej/JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20ONS.%201%20A%20137.pdf/at_download/file> Acesso em: 23 jul. 2019.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 267 da III Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>> Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. *Lei nº 3.071*, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 16 dez. 2018.

_____. *Lei nº 6.015/77*, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm>. Acesso em: 16 dez. 2018.

_____ *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm> Acesso em: 29 jul. 2019.

_____ *Lei nº 9.263*, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm>. Acesso em 31 jul. 2019.

_____ *Lei nº 10.046*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 16 dez. 2018.

_____ Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *Recurso Especial nº 1.608.005*. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/711899837/recurso-especial-resp-1608005-sc-2016-0160766-4?ref=serp>. Acesso em: 30 jul. 2019.

_____ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0048701-38.2010.8.19.0001*. Relator: Des. Paulo Maurício Pereira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=1119206&PageSeq=0>> Acesso em 30 jul. 2019.

_____ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0017795-52.2012.8.19.0209*. Relator: Des. Luciano Silva Barreto. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=2453456&PageSeq=1>> Acesso em: 30 jul.2019.

_____ Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 2014.079066-9*. Relator Des. Domingos Paludo. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=a%E7%E3o%20declarat%F3ria%20de%20dupla%20paternidade%20&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAALLfZAAH&categoria=acordao> Acesso em: 30 de jul. 2019..

_____ Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Apelação Cível nº 0143171-21.2015.4.02.0101*, de 2015. Relator Des. Federal Messod Azulay Neto Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/consultas?movimento=cache&q=cache:0lcGkG93tvYJ:acordaos.trf2.jus.br/apolo/databucket/idx%3Fprocesso%3D201551011431715%26coddoc%3D644739%26datapublic%3D2017-03-08%26pagdj%3D109-131+DUPLA+MATERNIDADE+DIREITO+AO+BENEFICIO+POR+UMA+DAS+MÃES.&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8> Acesso em: 03 set. 2019.

_____ Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Apelação Cível nº 0015901-31.2014.4.03.6100/SP*. Relator Des. Federal Souza Ribeiro. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/7478723>> Acesso em: 03 set. 2019.

CENTRO DE FERTILIDADE VIDA. *Tratamentos de Reprodução Assistida*. Disponível em: <<http://vidafertil.com.br/tratamentos/>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

COTRIM, Gilberto. *História Global: Brasil e Geral*. 6.ed. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 148.

DIAS, Maria Berenice.. *Família pluriparental, uma nova realidade*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/15__fam%EDlia_pluriparental,_uma_nova_realidade.pdf> Acesso em: 31 jul. 2019.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Debora; GUILHEM, Dirce. *O que é a Bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico Universitário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O Estado Atual do Biodireito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo, Boitempo, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FIGUEIREDO, Elizabeth Giesta. *A Consolidação da Multiparentalidade como entidade familiar e as consequências jurídicas de seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal*. 2008. 120 f. Trabalho monográfico (pós-graduação em *latu sensu* em Direito Público e Privado) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2018/Elizabeth_GiestaFigueiredo_Monografia.pdf> Acesso em: 01 ago. 2019.

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

_____. *Herança legítima ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GIMENES, Antônio Cantero; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; BATISTA, Juliana dos Santos; ROCHA, Renata da. *Dilemas acerca da vida humana: interfaces entre a bioética e o biodireito* (Série Hospital do Coração - HCor). São Paulo: Atheneu, 2015.

GOLDMAN, Claudia Waymberg. *Bioética e reprodução assistida: o que pensam os médicos em formação*. 2017. 152f. Dissertação (Mestrado em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva) – Associação da IES FIOCRUZ, UFRJ, UFF e UERJ. Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Rio de Janeiro, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 11. ed. V. 6. São Paulo, Saraiva, 2014.

_____. *Direito Civil brasileiro*. 9. ed. V. 7. São Paulo, Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Vania Mara Nascimento *Da Família Moderna*. 10 Anos do Código Civil: aplicação, acertos desacertos e novos rumos. Série Aperfeiçoamento de Magistrados nº 13, V. 2. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Rio de Janeiro, 2013, p.242-248. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serie_aperfeicoamentode>

magistrados/paginas/series/13/volumeII/ 10anoscodigocivil_volIII_ 242 .pdf> Acesso em: 24 set. 2018.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (organizadores). *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HEUSCHKEL, Marina Augusto. *Aspectos Epidemiológicos da Reprodução Humana Assistida no Brasil*. 2015. 58f. Trabalho monográfico (Graduação em Biomedicina) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40228/TCC%20Marina%20Augusto%20Heuschekel.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01 ago. 2019

LINS, Regina Navarro. *O livro do amor*. 3 ed. V. 1. Rio de Janeiro, Best Seller, 2013.

_____ *O livro do amor*. V. 2. Rio de Janeiro, Best Seller, 2012.

MAIA, Thais; MUNHOZ, Luciana; SILVA, Beatriz de Mattos. *Reprodução Assistida: um guia fácil e descomplicado de Saúde e Direito*. Disponível em: < <https://sbra.com.br/wp-content/uploads/2018/09/Ebook-Reprodu%C3%A7%C3%A3o-Assistida.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2019.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. *Inseminação post mortem e seus reflexos no Direito de Família e Sucessões*. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/48/49>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Coparentalidade abre novas formas de estrutura familiar*. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/artigos/1229/Coparentalidade+ abre+novas+ formas +de+estrutura+familiar](http://www.ibdfam.org.br/artigos/1229/Coparentalidade+abre+novas+formas+de+estrutura+familiar)> Acesso em: 31 jul. 2019.

_____ *Dicionário de Direito de Família e Sucessões ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____ *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RAMOS, Diego. *O nascituro concebido in vitro post mortem e seu direito ao benefício de pensão por morte*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.966.09.PDF> Acesso em 29 jul. 2019.

REALE, Reale. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. Biodireito: uma disciplina autônoma? *Revista Bioética*. Brasília. V. 25, nº 2, p. 282-289, Mai/Ago, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Pedro Eurico. *Eras Históricas*. Disponível em: <https://www.infoescola.com/historia/eras-historicas/>. Acesso em: 16 jul. 2019.

SILVEIRA, Claudia da Silveira. *A origem da família, da propriedade e do estado*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.39926&seo=1>>. Acesso em: 24 set. 2018.

SOARES, André Marcelo M; PIÑERO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito: uma introdução*. Coleção gestão em saúde, V. I. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário: regime geral da previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social*. 14.ed. Niterói: Impetus, 2012.