

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE
SERGIPE**

ALAN CARDOSO SANTOS

**A FAMÍLIA MONOPARENTAL CONSTITUÍDA POR
MULHERES SOZINHAS POR OPÇÃO ATRAVÉS DA
UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE INSEMINAÇÃO
ARTIFICIAL A LUZ DO DIREITO BRASILEIRO**

ARACAJU
2014

ALAN CARDOSO SANTOS

A FAMÍLIA MONOPARENTAL CONSTITUÍDA POR
MULHERES SOZINHAS POR OPÇÃO ATRAVÉS DA
UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL
A LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada à FANESE –
Faculdade de Administração e Negócios
de Sergipe, como um dos pré-requisitos
para a obtenção do grau em bacharel em
Direito.

Orientador: Dr. Vitor Cdorelli

ARACAJU
2014

ALAN CARDOSO SANTOS

A FAMÍLIA MONOPARENTAL CONSTITUÍDA POR MULHERES SOZINHAS POR OPÇÃO ATRAVÉS DA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL A LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada à FANESE – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como um dos pré-requisitos para a obtenção do grau em bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____.

Banca Examinadora

Orientador Dr. Vitor Condorelli
FANESE – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Esp. Mateus Brito Meira
FANESE – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Me. Marcelo Macedo Schimmelpfeng
FANESE – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

RESUMO

Com a criação das famílias monoparentais consagradas pela constituição de 1988, e a crescente emancipação social e economia da mulher ocorreu um fato novo que foi a criação de famílias formadas por mãe e filhos excluindo a figura paterna. A criação desse novo tipo de família formada por mães sozinhas deveu-se em uma parte a criação de novas técnicas medicas que possibilitaram a essas mulheres terem seus filhos independente de uma relação sexual, através da inseminação artificial. Esta monografia teve o objetivo de analisar a luz do Direito como está ocorrendo na prática essas relações, e quais são suas implicações no Direito de família contemporâneo, principalmente pela omissão do novo código civil em relação ao tema. Para tanto foi realizada uma pesquisa bibliográfica na qual foram utilizados livros e artigos de revistas o quais tratam do tema proposto, a fim de observar como a doutrina o enxerga e quais são suas necessidades de regulação. Como principais conclusões observou-se que a legislação brasileira, até então, não disciplinou a matéria, não criando mecanismo de regulação destas inseminações e suas implicações principalmente para os filhos gerados, havendo, portanto, uma lacuna em relação a esse tema, o que faz com que a polêmica se mantenha, tendo vários doutrinadores se posicionado contra ou a favor desses novos métodos para a criação da família monoparental.

PALAVRAS-CHAVE: Direito, Família, Inseminação Artificial, Monoparental.

ABSTRACT

With the creation of single parent families enshrined in the constitution of 1988, and the growing social and economic emancipation of women was a new fact that was the creation of families consisting of mother and children other than their fathers. The creation of this new type of family consists of single mothers was due in part to a creation of new medical techniques that allowed these women to their children regardless of sexual intercourse, through artificial insemination. This thesis aimed to analyze the light of law, as is occurring in practice these relationships, and what are its implications for contemporary family law, particularly the omission of the new Civil Code in relation to the subject. To do a literature search was conducted which were used in books and magazines which deal with the theme, in order to observe how the doctrine sees it and what are their needs adjustment. The main findings showed that Brazilian law, until then, governs the matter, not creating these inseminations regulatory mechanism and its implications especially for the children generated, therefore there is a gap in relation to this theme, which makes with the controversy remains, and several scholars positioning themselves for or against these new methods for the creation of single-parent family.

KEYWORDS: Law, Family, Artificial Insemination, Single Parent.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
2 A EVOLUÇÃO E A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA	11
2.1 A família no Código Civil de 1916	11
2.2 O novo Código Civil	23
3 A FILIAÇÃO	25
3.1 Filiação Presumida	25
3.2 Inseminação Heteróloga, no Novo Código Civil	25
3.3 inseminação homóloga	28
3.4 Técnicas de Inseminação Artificial	28
3.4.1 Reprodução humana pela inseminação artificial	29
3.4.2 Reprodução humana por fertilização <i>in vitro</i> (FIV)	30
3.4.3 Reprodução humana pelos gametas (GIFT)	31
3.4.4 Reprodução humana com os zigotos (ZIFT)	31
3.4.5 Reprodução humana com embriões	31
3.4.6 Reprodução humana mediante gestação substituta	33
3.4.7 Reprodução humana pela clonagem	33
3.4.8 Reflexos Jurídicos e Sociais	35
4 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL EM MULHERES SOZINHAS	39
4.1 As mulheres Sozinhas e o Ordenamento Jurídico Brasileiro	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIA	49

INTRODUÇÃO

A concepção de família, com o passar do tempo foi sofrendo grandes alterações, como pode ser observada no decorrer do trabalho, ela teve que se adaptar as mudanças sociais e econômicas, sendo que a mulher teve papel preponderante para essas mudanças, principalmente quando a mesma entrou no mercado de trabalho e assim começou adquirir sua independência financeira.

Com a independência financeira veio às mudanças sociais já que a mesma já não mais dependia tanto ou nada do marido, e o casamento de necessidade passou a ser uma opção.

Dessa forma ocorreram grandes alterações sociais marcadas pelo crescente numero de divorcio e da formação das chamadas famílias monoparentais (formadas de apenas um dos pais e seus filhos).

Sendo assim a justificativa da presente monografia está no estudo da evolução da concepção de família frente a essa nova realidade da mulher que graças a inovações médicas pode nos últimos anos a ter sua prole recorrendo a técnicas de fecundação em laboratório.

Do ponto de vista do Direito, essa nova concepção de família no Brasil acabou por ser consagrada a partir da Constituição Federal de 1988. A Lei Fundamental de 1988, em seu artigo 226 §4º, que reconheceu expressamente novos modelos de família, os quais foram denominados de entidades familiares. Dentre essas, encontra-se a família constituída pela comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, o que recebeu, doutrinariamente, a nomenclatura de família monoparental.

Nossa carta magna acabou por estabelecer como princípio a reger as relações do Estado com os indivíduos baseada no princípio da liberdade do planejamento familiar, o que significa a impossibilidade de qualquer interferência do Poder Público na formação da família.

Porém essa liberdade deve seguir alguns preceitos que estão expressos tanto na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente que servem pra resguardar os direitos dessas crianças que começaram a ser geradas e cuidadas pelas mães, no caso da família monoparental formada por mulheres solteiras.

Sendo assim esta monografia teve o objetivo de analisar a luz do Direito como está ocorrendo na prática essas relações, e quais são suas implicações no Direito de família contemporâneo, principalmente pela omissão do novo código civil em relação ao tema.

Para tanto foi realizada uma pesquisa bibliográfica na qual foram utilizados livros e artigos de revistas o quais tratam do tema proposto, a fim de observar como a doutrina o enxerga e quais são suas necessidades de regulação.

2 A EVOLUÇÃO E A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA

2.1 A família no Código Civil de 1916

A lei 3.071 de 01 de janeiro de 1916, do Código Civil, só foi aprovada e passou a estar em vigor no ano de 1917. Este código reproduziu o modelo liberal do final do século XIX e início do século XX, principalmente ao excluir os efeitos jurídicos para relações fora do casamento, inclusive filiação, e manter o poder patriarcal na família. Ressalta ainda no Código Civil de 1916 a preocupação com a preservação do patrimônio da família.

O Código Civil de 1916 reconheceu o casamento como forma de constituição da família reconhecida pelo Direito, e de acordo com seu art. 229, só o casamento cria a família legítima e legitima os filhos.

De acordo com Carbonera (2004) no Código Civil de 1916 foram conservados os impedimentos quando ocorrer o casamento entre parentes e entre pessoas que cometeram adultério, além dos cônjuges desquitados. É válido salientar que as uniões fora do casamento não tinham proteção jurídica e no casamento o regime de bens era imutável, consolidando definitivamente a situação patrimonial como medida de segurança econômica para os cônjuges e terceiros que com eles contratassem.

Na visão do mesmo autor a alteração legislativa mais importante do código de 1916 foi a instituição da Lei do Divórcio, que embora bastante restrita quanto às condições de extinção do vínculo matrimonial, exigindo previa separação judicial por mais de três anos, ou cinco anos de separação de fato, e limitada a uma

única vez a possibilidade do divórcio, sem dúvida abriu novas possibilidades para regularização de vínculos existentes de fato.

Na redação desse código civil só era considerada a filiação legítima aquela que era originada no casamento civil; vedado o reconhecimento dos filhos nascidos fora do casamento, se incestuosos ou adúlteros (art. 358).

O artigo (223) demonstrava que as relações entre os cônjuges eram demarcadas pela existência do pátrio poder, na qual de acordo com a própria redação da lei "o marido é o chefe da sociedade conjugal" o que em tese dava o direito ao marido de estabelecer o domicílio conjugal, de autorizar a profissão da mulher e estabelecendo o papel de "companheira" da mulher e que esta deveria depender da assistência do marido para a prática dos atos jurídicos em geral.

Nesse período era costume e não era considerado como crime a utilização de práticas de violência por parte do marido para punir com violência a esposa quando este fosse desobedecido. Sendo assim a esposa se sujeitava ao chamado poder marital, essa situação de submissão só foi mudada com a Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962 que criou o denominado Estatuto da Mulher Casada, que deu maiores direitos a mulher, reconhecendo a capacidade civil e a possibilidade de exercer atividade remunerada além de constituir seu patrimônio próprio.

A mulher neste contexto desempenhava apenas o papel de mãe e esposa. Assim como os filhos sua vida era dirigida pelo homem. Tal domínio ocorria em função da submissão da mulher aos interesses da família, como se pode constatar nos casamentos por conveniência e carreiras escolhidas. assim, o gênero e a idade eram os fatores determinantes do papel que cada membro desempenharia no grupo, relegando a segundo plano interesses pessoais, de modo a perpetuar esta família transpessoal (CARBONERA, 2004).

O casamento apresentava-se como fonte única de constituição de uma família, que trazia o reconhecimento religioso e concedia o direito à prática do ato sexual, pretendendo que os cônjuges não tentassem satisfazer os seus desejos fora do casamento. Revela-se, assim, no modelo codificado, a regra da indissolubilidade do vínculo matrimonial (GOMES, 2002).

Neste período se ocorresse um envolvimento extraconjugal, não existiria nenhum amparo ou reconhecimento jurídico. Desta maneira, ainda pode-se constatar claramente o interesse à manutenção da entidade familiar mesmo que sacrificados conceitos como o do afeto. Segundo Gomes (2002) o matrimônio permanece nesse período como força determinante quanto à filiação, manifestado através da denominada presunção *pater is est*, na qual a prole é, por conta do casamento dos genitores, considerada legítima e digna de proteção legal.

A esse respeito, Carbonera (2004, p.281) afirma que:

Desta forma, a estrutura da família apresentada se dava pela observação tanto da necessidade de matrimonialização como no modelo de legitimidade da prole, pautado na proibição do reconhecimento dos extra matrimoniais e na atuação da presunção *pater is est*.

Logo, verifica-se a grande inquietação da lei no que dizia respeito ao amparo da entidade familiar, através do aspecto da legitimidade da união e dos filhos dela gerados.

Na análise das normas da época o casamento era considerado patrimonial e patriarcal, justificado essencialmente na transferência do nome paterno, de acordo com Gomes (2002) a família era tida como um conjunto de bens e pessoas, que seria um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico, herdado e transmitido. A família então era considerada um conjunto de propriedades que depende exclusivamente da lei para existir e ser considerada com tal.

Com a intensificação da Revolução Industrial, o aumento das cidades, e o aumento no ingresso da mulher no mercado de trabalho acabaram por provocar transformações nessa denominada “família”. Carbonera (2004) observa que a típica divisão de papéis e tarefas foi aos poucos perdendo força no momento em que o papel da mulher aumentava nas esferas social, jurídica e política, deixando, aos poucos, sua condição de inferioridade para trás na história da família brasileira. Para isso também foi muito importante a transição do modelo econômico agrário para industrial, que atingiu a antiga forma unidade familiar sob a autoridade de um chefe, pois a partir desse momento a família passou a ser um grupo com a divisão de funções definidas pelas capacidades individuais dos membros não apenas pelo sexo.

Pode-se observar grandes transformações ao longo do século XX, com sensíveis efeitos no meio familiar. Ainda devido ao processo de urbanização e êxodo rural e aumento do custo de vida para as pessoas, assim, a grande prole cede espaço a um número bem menor de filhos. Deste fator decorre uma considerável melhoria na relação afetiva entre filhos e pais, como observam Oliveira e Muniz (2008, p.11):

Acentuam-se as relações de sentimento entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais.

E notório observar que não se deve confundir essa noção de afeto com a que era presente no antigo modelo romano de família. Esta noção do antigo modelo patriarcal, era presumida e condicionada à existência de uma situação juridicamente adotada: o casamento trazia a *affectio maritalis*, que justificava a necessidade de se continuar a relação. Como afeto, no novo modelo se entende que é a vontade de

estar e permanecer junto a alguma pessoa. Atualmente, com esses novos valores, a *affectio maritalis* traduz-se como valor sócio-afetivo que está caracterizado em uma sociedade conjugal, matrimonializada ou não, já que para estar junto ou casado não é necessário que as pessoas estejam formalmente casadas, ou sejam de sexos diferentes.

Aos poucos as uniões sem o casamento formal foram aceitas pela sociedade, tanto que cada vez mais novas famílias estruturaram-se independentemente do casamento, dirigidas por um único membro, a mãe ou o pai. Diante disso, o modelo jurídico codificado tornou-se muito precário, dessa forma, cada vez mais distante da pluralidade social existente. Os fatos do cotidiano moderno das relações afetivas se opuseram ao Direito, demandando maior proteção.

Buscando-se cada vez mais a realização pessoal, a ordem jurídica foi posta aos poucos em um segundo plano e a vontade e as necessidades das pessoas se impuseram como prioridade. Diante disso, se formaram novas modalidades de famílias que antes eram consideradas marginais e excluídas de acordo com o ordenamento jurídico da época em quem foi criado o código civil de 1916. Dessa forma, a verdade social não se prendeu à verdade jurídica e os fatos afrontaram e transformaram o Direito (CARBONERA, 1988).

Resultado do grande aumento dessas situações, em 1977, através da Emenda Constitucional regulamentada pela Lei 6.515, surgiu o instrumento do divórcio, consentindo que as pessoas que desejassem reconstruir suas vidas através de uma nova família, fazendo isso com o acolhimento do ordenamento jurídico, colocando fim não só à comunhão de vida, mas também ao vínculo matrimonial. A ligação jurídica, dessa forma, não seria mais perpétua, eliminando do ordenamento o desquite.

Assim, deu-se a passagem do modelo patriarcal familiar a um novo modelo de família, em que são dominantes as relações de solidariedade e cooperação. A perda da característica de união de produção, pelo advento da industrialização, pôs fim ao papel econômico da estrutura familiar, modificando sua função social. Dessa forma, sua rígida concepção cedeu lugar à sensibilidade. Assim, a nova família, em oposição à antiga, valoriza um elemento abstrato, que até então estava à sombra: o sentimento, o amor a parceria entre seus membros.

O modelo familiar atual tem destacado o seu aspecto pessoal e igualitário, valorizando as necessidades individuais de cada cidadão, buscando a felicidade como mola propulsora de sua continuação. Para isso, a família e o casamento propõem-se ao desenvolvimento da pessoa.

A redução no tamanho da família, a mudança de papéis, a distância real entre o modelo legislado e a pluralidade social existente acabaram por gerar a proteção jurídica à figura da família nuclear, centrada na tríade pai-mãe-filho, da mesma forma, como a formada por apenas um dos pais e seu filho, através da Constituição Federal Brasileira de 1988 que recepcionou-as e reconheceu em seu art. 226, muito diferentes do modelo patriarcal da época do código civil de 1916 (DIAS, 2011).

O objeto da proteção do estado exposta na C.F de 1988 é a pessoa humana e o desenvolvimento de sua personalidade. A realização individual inclui por objetivo a formação de uma família emocionalmente estruturada, a qual é a base da sociedade, promovendo seu equilíbrio. A Constituição, em seu artigo 1º, inciso III, consagra como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Os princípios constitucionais da dignidade e da igualdade

conduzem à construção de um novo modelo familiar, que valoriza mais o indivíduo como humano nas suas relações intersubjetivas (DIAS, 2011).

Algumas das características da família patriarcal, como a indissolubilidade do vínculo matrimonial e a proteção ao patrimônio da família foram a justificativa dos legisladores da época ao criar o sistema filiação estabelecido na início do século XX.

Destarte, o Código Civil de 1916 foi elaborado com base na família como grupo social, com origem apenas no casamento formal e na consangüinidade, garantindo proteção apenas aqueles membros da família legitimamente constituída, afastando, os filhos originados de uniões não matrimonia lizadas de qualquer proteção legal e, de qualquer eventual ameaça em termos jurídicos aos filhos oriundos do casamento.

Segundo Dias (2011) “o sistema foi criado de tal modo que atribuiu a si próprio o poder de dizer o direito, e assim o fazendo delimitou com uma tênue, mas eficaz lâmina o direito do não-direito”.

O Código de 1916 ajudou a prevalecer o conceito da proteção a propriedade e ao patrimônio, baseado na sociedade patriarcal ao direito das pessoas, aos laços afetivos e das uniões sem formalização; a filiação foi regulada com base na orientação advinda do direito romano, na qual, da união do homem com a mulher decorriam dois tipos de filho:

legítimo, se os pais eram casados entre si; e ilegítimo caso havido fora do casamento. Os ilegítimos compreendem dois grupos: naturais, oriundos do concubinato, haja vista a inexistência de impedimento para o casamento de seus pais, sendo esta uma terceira classe que surgiu no direito pós-clássico; e espúrios, assim considerados devido a impedimento de os pais casarem-se à época de sua concepção (FACHIN, 2004, p.37).

O sistema do parentesco do código civil de 1916 foi criado para amparar uma concepção matrimonial de família, que desconsidera a verdade dos fatos reais para o universo do não-direito, e quando estes não correspondem as suas regras,

acabam por marginalizar principalmente os filhos de uniões não regulamentadas. Diante do que foi observado a realidade jurídica da época se submeteu ao sentido clássico da família monolítica e autoritária, hierarquizada e transpessoal, na qual a norma jurídica resta servindo de instrumento para dedicar capítulos inferiores a sujeitos naturais que não passam ao estatuto de efetivo sujeito de direito.

A concepção contemporânea de família

A era de estabilidade retratada pelo Código Civil de 1916 começou a entrar em declínio já a partir dos anos 1920, motivada pelas lutas populares por mudanças sociais, além do crescente processo de industrialização crescentes, e as mudanças causadas pelas lutas trabalhistas.

Fachin (2004) observa que as mudanças sociais na década de 1920 acabaram por criar mudanças profundas no direito civil europeu e, em consequência, a política legislativa brasileira. Dessa forma surgiu a necessidade de se intervir na economia do país, o que forçou o legislador nacional a utilizar-se de leis extra codificadas, que foram chamadas de excepcionais por mostrarem um desacordo com princípios dominantes do Código de 1916, apesar de não desconsiderá-lo totalmente.

É válido ressaltar que a família apresentou, em sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais.

Essas transformações sociais, políticas e econômicas passaram a por desembocar no espírito da CF de 1988, e o texto constitucional inaugurou uma nova fase para o Código Civil brasileiro, de valoração e interpretação junto a inúmeros

diplomas setoriais, cada um com sua aptidão no seu campo de conhecimento, transformando a realidade do direito no que foi conhecida como a era de estatutos.

Dessa forma, a Constituição Federal reunificou o sistema, como demonstra Oliveira (2009, p.72), através de um rol de princípios constitucionais de Direito de Família que adverte não ser taxativo da seguinte forma:

Proteção de todas as espécies de família (art. 226, caput); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (art. 226, §§ 3º e 4º); igualdade entre os cônjuges (art. 5º, caput, I, e art. 226, §5º); dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226, § 6º); dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (art. 226, § 5º); assistência do Estado a todas as espécies de família (art. 226, § 8º); dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direitos inerentes à sua personalidade (art. 227, §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 7º); igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, § 6º); respeito recíproco entre pais e filhos; enquanto menores é dever daqueles assisti-los, criá-los e educá-los, e destes o de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229); dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenham uma velhice digna e integrada à comunidade (art. 230, CF).

A nova Constituição Federal de 1988 trouxe novos entendimentos nas relações de direito privado, produzindo os critérios de interpretação de cada uma das leis especiais e revelando princípios que antes eram relacionados a temas tratados exclusivamente pelo Código, como a própria organização familiar. Sendo assim, a carta magna, passou a tomar para si a responsabilidade e principal arcabouço de lei fundamental da família, que até então ocupado pelo Código de 1916 - que acaba por perder sua posição de centro das relações de direito privado - e pelas leis esparsas.

Segundo Tepedino, (2011) com relações as mudanças constitucionais sobre a família podem ser observado:

Acima das fontes formais em sentido estrito, há princípios: o da igualdade, da não discriminação e da neutralidade. Princípios que não são meros enunciados programáticos. O primeiro destaque é o art. 226, caput, da

Constituição que, ao prever que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, compromete-se pela sua integridade. Adota, ao longo de seus parágrafos, a concepção eudemonista, equiparando-a e reconhecendo efeitos jurídicos à união estável entre homem e mulher (§ 3º) e ao grupo monoparental, em que vive apenas um dos genitores e descendentes, filhos ou netos (§ 4º). Constitui uma Constituição de cunho marcadamente compromissário, mas que erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado democrático de Direito (TEPEDINO, 2011, p.73).

Dessa forma a Constituição Federal de 1988 ampliou o entendimento do alcance do conceito do que é definido como direito de família, que passou a abranger novos personagens, novas situações de união familiares, que até aquele momento eram desamparados perante o ordenamento jurídico. A entidade familiar, no âmbito do direito civil, e de acordo com os princípios constitucionais de 1988 acaba por receber uma proteção funcionalizada direcionada à realização da personalidade e da dignidade dos seus integrantes.

De acordo com os preceitos da dignidade da pessoa humana contidos na Constituição, embora de modo implícito - de um direito de livre desenvolvimento da personalidade e da família. Dessa forma, o artigo 227, § 6º, observa que:

os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Concebeu um novo direito fundamental que, em que pese esteja fora do catálogo, enquadra-se na definição por revelar nítida preocupação com a proteção da dignidade humana, tal como ocorreu com a infância e a igualdade entre os cônjuges.

A partir de então, foram suspensos todos os dispositivos do sistema jurídico brasileiro que fizessem distinções a, forma em que as pessoas tivessem seus filhos, sejam eles frutos de uma situação de casamento civil ou não, e dessa forma pondo-se fim à problemática referente à filiação. Garantindo o princípio da isonomia de todos os seres humanos, nascidos de qualquer forma de união, e que não poderiam ser submetidos a tratamento discriminatório, e que pela mesma razão

que garante a dignidade das pessoas, não se pode sobre qualquer forma ou argumento serem toleradas a discriminação de raça, credo, sexo, estado civil ou escravidão, e qualquer ofensa ao princípio constitucional isonômico nas dimensões formal e material.

Até 1988 a filiação era subdividida, de acordo com o arcabouço jurídico vigente, em diversas formas, porém a Carta Magna modifica radicalmente essa situação e retira dos textos jurídicos qualquer forma de discriminação de filhos como os antigos termos ilegítimos ou incestuosos, dessa forma Pereira, (1999, p.247) explana que:

O art. 227, § 6º, da Constituição Federal é magnífico pelo que representa de avanço no Direito de Família pátrio. Quebra uma das mais deploráveis hipocrisias naquele ramo do Direito, de efeitos perniciosíssimos, consistente em punir os filhos ilegítimos por eventos no tocante aos quais não têm eles qualquer responsabilidade.

Cabe ressaltar, que o texto sobre a filiação foi muito alterado com relação às normas anteriores, principalmente quando elimina de vez o vínculo existente entre o casamento e legitimidade da família e dos filhos. resultou. Mais do que isso a Constituição de 1988 trouxe a baila a igualdade dos direitos entre homens e mulheres, consagrados pelo princípio da isonomia.

A isonomia foi trazida na esteira das revoluções culturais e sociais do século XX que ajudaram a modificar os costumes arraigados na sociedade, na qual a sociedade baseava o preceito de família na estrutura patriarcal, na qual a figura masculina era a mais importante e toda a família girava em torno do pai, a partir dessas mudanças novos tipos de uniões passaram a serem englobadas nas chamadas “entidades familiares”.

Aos poucos ocorre uma ruptura completa em relação aos antigos dogmas que permeavam a sociedade e em que se fundam os institutos do direito de família,

o que contribuiu decisivamente para que a igualdade entre os filhos oriundos ou não de famílias formalmente constituídas fosse aceita pela sociedade (TEPEDINO, 2011).

Com o reconhecimento dos direitos dos filhos como crianças e como integrantes do grupo familiar, sejam eles oriundos de uniões estáveis ou não. Acabou-se por igualar em termos jurídicos de direitos os chamados filhos incestuosos ou adotivos. A esse respeito Fachin (2004, p,26) observa que:

Marido e mulher, mesmos direitos e deveres. Filhos tidos dentro do casamento, mesmos direitos e deveres que os tidos fora do casamento. Assim opera a Constituição de 1988. Tendência de constitucionalização do Direito de Família, fruto recente.

De acordo com Pereira (1999) a Constituição de 1988, modifica radicalmente a situação do Direito de Família quando em seus princípios básicos, dá ênfase a um capítulo da família. Na incompatibilidade, não há recepção por inconstitucionalidade superveniente.

No ano de 1990, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, que disciplinava os interesses da criança. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, fundamento do nosso Estado democrático de Direito, elevado a status constitucional, é concretizado pelo Estatuto quando destaca disposto nos seus artigos 26 e 27 a proteção à família natural, a qual é entendida como a comunidade formada pelos pais ou qualquer um deles e seus descendentes e consagra a igualdade da filiação, bem como o direito de seu reconhecimento.

A C.F de 1988 traz três espécies familiares fundamentais que são equiparadas para fins de proteção estatal que são:

A família legítima, criada pelo casamento; união estável, decorrente da união de um homem com uma mulher ausente o vínculo matrimonial; a família natural, ou comunidade familiar, formada por ambos os genitores ou apenas um deles e seus descendentes uniu-se outra, introduzida no sistema jurídico pelo Estatuto da Criança e do Adolescente: a família substitutiva, na qual a criança é colocada, na falta ou em lugar daquela em que nasceu, para receber melhores condições de vida, e na qual assume integralmente o papel de filho.

Porém, esses três tipos de família têm os mesmos direitos garantidos pela Constituição, esta que não apenas os aborda, mas dá a eles os princípios norteadores das relações entre as famílias e o Poder Público, e as regras de interação inerentes à convivência humana nessas estruturas familiares.

2.1.4 O Novo Código Civil

O novo Código Civil, cuja vigência iniciou-se em 11 de janeiro de 2003, sofreu adaptações no que diz respeito ao direito de família. O caráter patrimonialista da legislação foi reduzido, com maior preocupação quanto ao indivíduo na sociedade e adequação às situações sociais existentes.

Embora mantenha o tratamento preferencial ao casamento como forma de constituição da família, não há referencia como fonte da família legítima.

Dias (2011) observa que no novo código civil foram excluídos os impedimentos de casamento entre o cônjuge adúltero e o seu corréu e ainda foi eliminada a possibilidade de anulação do casamento por defloramento da mulher ignorado pelo marido.

O Código Civil de 2003 também regulamenta a união estável reconhecendo como entidade familiar à convivência duradoura, de caráter público, contínuo e sem impedimentos legais para o casamento, entre homem e mulher. Qualquer dos nubentes pode adotar o sobrenome do outro quando do casamento.

Também são mantidos os critérios de parentesco, consangüíneo, civil ou por afinidade, mas também é reconhecida a filiação realizada por meio de técnicas de reprodução assistida e inseminação artificial heteróloga. Consolida-se o direito em obter-se a definição biológica da paternidade, fruto do aperfeiçoamento das técnicas investigatórias, especialmente o exame de DNA.

Nos termos já definidos pela Constituição Federal de 1988, a lei não impõe qualquer tipo de restrição quanto à filiação.

A igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges é a regra geral observada no (art.1511 cc). No qual observa que ambos os cônjuges devem juntos escolher o domicilio familiar e as regras de convivência familiar. A expressão "pátrio-poder" foi substituída por poder familiar. Nos casos de eventuais separações ou divórcio, pelo novo código, terá a guarda dos filhos "quem revelar melhores condições para exercê-la" (art. 1584, caput).

Em parte as mudanças foram detectadas e incorporadas na Constituição de 1988 e pelo nono Código Civil. A estrutura jurídica de regulamentação da família ainda é voltada para a solução de conflitos familiares de natureza patrimonial. No entanto, a via judicial para solução de conflitos oferece encaminhamento semelhante para conflitos familiares ou civis em geral.

3 A FILIAÇÃO

3.1 Filiação Presumida

Durante muito tempo apenas se presumia e a filiação através da semelhança física dos filhos com seu pai. Em um momento posterior a semelhança física somada às provas documental e testemunhal. Mais tarde, surgiram ainda os exames sangüíneos: tipagem sangüínea. Esse tipo de exame apontava a incompatibilidade entre os tipos sanguíneos, apontando a exclusão, mas não poderia provar que alguém era pai, apenas aventar uma probabilidade.

Em um momento posterior foi criado o exame HLA, que se configura no exame dos antígenos e leucócitos que também excludente, tinha que ser completada pela prova documental e testemunhal.

Atualmente a paternidade consangüínea pode ser provada através de Exames de DNA que tem um grau de 99,9 de certeza de uma paternidade ou maternidade.

3.2 Inseminação Heteróloga, no Novo Código Civil

Para Gama (2006) o conceito de Inseminação heteróloga é aquela na qual há impossibilidade, do marido ou da esposa, de utilizar o seu material genético, e nesse caso é necessária a utilização de gametas de terceiros, que devem ser por lei doadores, para que ocorra a reprodução.

Já Dias (2011) define a inseminação heteróloga; como aquela proveniente do sêmen de um estranho, por meio do banco de esperma, onde os doadores são desconhecidos e não identificáveis, sendo utilizado em casos de incompatibilidade

de fator RH, doenças grave para fecundação de modo natural. Torna-se necessário o consentimento do marido ou companheiro para sua realização, caso contrário, poderá ser impugnada sua paternidade.

É necessário observar que a inseminação artificial heteróloga gera algumas dúvidas no que tange à filiação, visto que a criança gerada através desse tipo de técnica possuirá um pai biológico diverso daquele que irá lhe registrar e lhe acolher.

Com relação à inseminação artificial heteróloga, a inclusão do inciso V do art. 1.597 do Novo Código Civil foi de extrema importância, porque reforça o entendimento de que ao dar o consentimento para a execução da técnica em sua esposa ou companheira, o marido assume automaticamente a paternidade, não podendo, após essa ação, impugnar a filiação.

A utilização dessa técnica traz um problema ético e jurídico, pois uma mulher casada pode fazer o uso da técnica, sem o conhecimento ou consentimento do marido. A partir desse fato surge a seguinte questão: Terá o cônjuge da mulher inseminada com sêmen de terceiro o dever de assumir a criança?

Para alguns doutrinadores como Silva (2008) a mulher, que se submete à inseminação heteróloga, sem o consentimento de seu marido ou companheiro, comete um ato atentatório ao casamento que pode ser caracterizado como (injúria grave, violação dos deveres do casamento, insuportabilidade da vida em comum, violação ao dever de lealdade, etc.), restando, dessa forma, a possibilidade de o marido contestar a paternidade do filho se já o houver registrado, tendo em vista que foi levado a erro ao registrá-lo.

Gama (2006) tem uma visão aprofundada sobre este tema, fazendo uma análise sobre a inseminação artificial heteróloga, onde existe a possibilidade do

casal ter filhos mesmo que o homem seja considerado infértil de maneira irreversível, pois neste caso o espermatozóide pertence a um estranho, sendo utilizado para fecundar com o óvulo da mulher a qual pretende realizar a gestação. De modo que antes, não existia a possibilidade desse casal engravidar, logo recorria para o instituto da adoção, que tem uma visão social acerca de sempre visar o interesse da criança, porém essa questão já foi solucionada a alguns anos por meio da inseminação, portanto o critério eminentemente social de hoje em dia tem sua natureza diferenciada, sendo procurada com única e finalidade específica de adoção.

Questiona o mesmo autor sobre a inseminação artificial post- morte, não tendo uma visão favorável, pois acredita que esta criança já nasce condenada a viver com ausência do pai, e com isso envolve outras questões de ordem social, como sua má formação psicológica trazendo conseqüências de imperfeição na sua personalidade e dificuldade na sua inclusão social.

Ainda em relação ao art. 1.597 do Novo Código Civil, é importante ressaltar que a presunção não se aplica aos filhos oriundos da União Estável, visto que o referido artigo trata especificamente do casamento. Entretanto, sobre essa questão, entende-se que o consentimento também irá gerar o reconhecimento incontestável da paternidade por parte do companheiro, pois ao consentir, o companheiro reconhece a paternidade da criança, tendo consciência que ele não será o pai biológico da criança. Uma situação semelhante a que ocorre na chamada "adoção à brasileira". Ainda é importante observar que visando à proteção dos direitos do menor, seria inadmissível por lei que o companheiro pudesse rever sua decisão, e conseqüentemente contestar na justiça a paternidade da criança.

3.3 inseminação homóloga

No caso da inseminação homóloga entende-se que a mulher seja casada ou mantenha algum tipo de união estável e que o sêmen seja coletado do próprio marido ou companheiro. Esse tipo de inseminação é realizado em situações nas quais, apesar de ambos os cônjuges sejam férteis, a fecundação não seria possível por meio do ato sexual por várias questões de saúde como: problemas endócrinos, impotência, vaginismo etc. (GAMA, 2006).

Neste caso podem ser analisadas duas situações: a primeira que o pai biológico é também o pai jurídico: e em segundo lugar o doador do sêmen e ex-marido que anuiu para que acontecesse a inseminação artificial, de acordo com a lei, devido à presunção de filiação decorrente do casamento. E conseqüentemente pai socioafetivo: atual companheiro da genitora.

3.4 Técnicas de Inseminação Artificial

O homem atingiu um ponto em que ele tem o poder não só de tocar como também manipular a natureza, o entanto deve-se obedecer a chamada bioética. Para Diniz (2008), o conceito atual de bioética é um tanto modificado, devendo ser interpretado como o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais. A bioética seria, assim, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde e da vida.

Dentro desta perspectiva de avanços biológicos nasce o biodireito, que tem como preocupação principal a apresentação dos indicativos teóricos e os subsídios da experiência prática para a elaboração da melhor legislação possível

sobre as novas técnicas científicas, com o intuito maior de salvaguardar a dignidade humana (SÁ, 2014).

Diante de um tema atual e controverso, existe muita discussão no que diz respeito da possibilidade de recorrer-se às técnicas de reprodução humana medicamente assistida. Apesar de proibida em alguns países, a utilização da biotecnologia é uma realidade, visto que os operadores do Direito devem manifestar-se sobre a bioética e o biodireito, pois deve-se “considerar que muitos casais têm sua esterilidade como um defeito físico e também, como causa de alienação ou exclusão social”, ofendendo gravemente o princípio da dignidade humana. A infecundidade é um sofrimento psicológico, porque todo ser humano tem o sonho do filho (SÁ, 2014).

Esta discussão sobre bioética e biodireito nasce com a primeira experiência de reprodução humana medicamente assistida, que ocorreu em 1799, realizada pelo médico e biólogo inglês John Hunter (SILVA, 2008). Porém só nos últimos trinta anos com os avanços das técnicas de inseminação artificial essas discussões foram aprofundadas e em muitos países seriamente regulamentadas.

Silva (2008) observa que material genético que recebemos dos nossos pais, é o responsável pela chamada herança biológica. Essa herança é transmitida no momento da concepção da união dos gametas do homem (pai) e mulher (mãe).

3.4.1 Reprodução humana pela inseminação artificial

A inseminação artificial é uma técnica de reprodução humana que é medicamente assistida, na qual o material genético do homem (sêmem) é depositado diretamente na cavidade uterina da mulher, sem a realização do ato

sexual, e, sim através de um procedimento assexual (artificial), essa técnica é dirigida geralmente ao casal fértil com dificuldade de fecundar naturalmente, em vista de deficiências físicas, ou orgânicas (SILVA, 2008).

Como já foi visto a inseminação artificial se caracteriza como homologa, quando a inseminação é realizada com sêmem proveniente do marido ou convivente, e heteróloga quando feita com sêmem originário de terceira pessoa, em mulher casada, convivente, solteira, viúva, separada judicialmente ou divorciada.

A seguir serão observadas como são as principais técnicas utilizadas para a realização da inseminação artificial atualmente.

3.4.2 Reprodução humana por fertilização *in vitro* (FIV)

A reprodução humana *in vitro* é conhecida mundialmente como bebê de proveta. *In vitro* é a definição científica, pois é feita em tubos de ensaio em laboratórios de reprodução humana, ela é composta por três passos fundamentais, afirma Welter (2009) que primeiro se dá a coleta dos gametas, que são os óvulos que a mulher produz; o segundo é a coleta dos espermatozóides do marido, através de masturbação, em seguida retira-se a quantidade necessária de espermatozóides e faz-se com que esses dois gametas se unam, natural ou artificialmente.

Ainda nos ensina o mesmo autor que vinte e quatro horas depois da inseminação, normalmente, tem-se o espermatozóide entrando no óvulo, e de 12 a 24 horas após ele expulsa metade de sua parte de cromossomos, ficando, então, o novo ser constituído, o ovo constituído. Esse conjunto se chama de ovo ou pré-embrião, que vai se dividindo até trinta e duas células, chamando isso de pré-embrião ou embrião. Quando atinge de cinco a seis dias coloca-se no útero. Assim tem-se a realização da fertilização *in vitro* ou bebê de proveta.

3.4.3 Reprodução humana pelos gametas (GIFT)

A reprodução humana pelos gametas é aquela na qual é captado os óvulos da mulher através da laparoscopia e o esperma do homem, colocando-se ambos os gametas em uma cânula especial, devidamente preparados, introduzindo-os em cada uma das Trompas de Falópio, lugar o qual se produz naturalmente a fertilização. Se tudo transcorrer normalmente os espermatozóides penetram em um ou mais óvulos, formando o embrião. Esse descerá dentro das trompas até o útero de forma tal que a concepção se produzirá integralmente no corpo da mulher (WELTER, 2009).

3.4.4 Reprodução humana com os zigotos (ZIFT)

Ao contrario do que ocorre na GIFT em relação à ZIFT é que na primeira a fecundação se realiza fora do corpo da mulher, enquanto, na segunda, o encontro do óvulo com o espermatozóide, formando o embrião, ocorre nas trompas.

Essa técnica consiste na retirada de vários óvulos da mulher, fecundá-los artificialmente fora do corp (*in vitro*) e voltar a introduzir um ou mais e apenas nas trompas, e o óvulo fecundado denomina-se zigoto, e daí o nome do método *Zibot Intra Fallopin Transfer* (WELTER, 2009).

3.4.5 Reprodução humana com embriões

Independente do estágio em que esteja o embrião, ele pode ser introduzido no processo total de formação de um novo ser humano, sendo que em

vários países já vigoram normas que disciplinam os procedimentos e fixam limites para a manipulação (MELO, 2006).

O embrião é um ser humano com absoluta dependência dos outros e sobretudo esta última hipótese compreende a técnica de fecundação laboratorial *in vitro*, observa Melo (2006). O mesmo autor avaliza a idéia de que a total dependência não impede a subjetividade de direito e, segundo alguns, não impede nem mesmo a personalidade.

Portando, “sujeito de direito, o embrião é uma unidade com principio genético próprio, a partir da concepção, ou da fecundação em laboratório”. O autor salienta também a distinção entre a inseminação artificial e a fecundação *in vitro*: “do primeiro artifício resulta concepção em sentido próprio, ao passo que, da fecundação em laboratório, melhor se diz que se faz, após algum tempo desse artifício, um transplante a do embrião do *vidro* para o útero”.

Melo (2006, p.63) defende a idéia de que:

sobre qualquer dessas técnicas, existe um consenso quanto ao respeito pela vida e pela identidade própria do embrião, como ser humano, cuja movimentação é restrita ao provimento da sua própria ovulação, condicionado, ademais, à origem semenovular e à clausura”.

Segundo observações de Melo (2006), baseado em relatórios do Ministério da Saúde da Inglaterra, e do Relatório Palácios da Espanha, observa-se que após quatorze dias de existência, o embrião já formou o sulco ou cinta neurológica, “estando, então totalmente conformada sua estrutura humana, não devendo mais, desde aí, ser objeto de experimentos ou de abordamento.

3.4.6 Reprodução humana mediante gestação substituta

Melo (2006) entende que deve haver um consenso na comunidade Jurídica no sentido de que “só é jurídica e eticamente aceitável o útero de aluguel quando a mulher não pode gestar o filho”, não sendo uma técnica biológica, mas, sim, a utilização de mulheres férteis, que se dispõem a carregar o embrião durante o período de gestação, pela impossibilidade física da mulher que recorreu aos Centros de Reprodução de suportar o período gestacional”.

Na gestação substituta, o diagnóstico de pré-implantação é feito quando o embrião já está com oito, dez quinze ou dezesseis células, quando é destacada uma célula para análise, defende Melo (2006). O autor ainda afirma, que uma mulher sem ovários pode gestar, bastando, para tanto que ela tenha útero, já que os gametas podem ser doados. Porém, “se ela não tiver útero, não tem jeito. Para ter filhos com sua carga genética precisamos pegar seus gametas, fertilizá-los *in vitro* com o espermatozoide do marido, e colocá-los em uma mãe de aluguel”.

3.4.7 Reprodução humana pela clonagem

São duas as formas de clonagem humana: a primeira, a natural, decorre da separação das células de um embrião, em seu estágio vestibular de multiplicação de células de um embrião, em seu estágio vestibular de multiplicação de células, reproduzindo novos indivíduos exatamente iguais quanto ao patrimônio biológico (gêmeos univitelinos); a segunda, a artificial, que consiste na substituição do núcleo de um óvulo por outro proveniente de uma célula de um indivíduo já existente. Esse último sistema foi utilizado por Ian Wilmut para clonar a ovelha Dolly (CLOTET, 2010).

Cada ser humano tem a sua própria identidade genética, o genoma humano, o que significa dizer que existem bilhões de genomas na terra, tornando a matéria de fundamental importância, classificando pela maioria da doutrina como *patrimônio comum da humanidade*, pelo que “os problemas éticos apresentados pelo grande desenvolvimento da genética molecular e da geneterapia estão apenas começando”, analisa o mesmo autor.

Clotet (2010, p.109) ainda acrescenta que:

o estudo, o tratamento e a solução ética dessa engenharia genética “é uma existência que desafia a humanidade e que deve ser garantida desde os seus primórdios. Os princípios da autonomia e da beneficência deveriam pautar toda decisão e operação nessas áreas.

Já na concepção de Junges (2007) o eugenismo é um tipo de crença secular no progresso contínuo da humanidade e na possibilidade hipotética de se criar o ser humano em sua perfeição tanto física quanto mental, e quem não corresponde-se a esse ideal de perfeição era afastado e discriminado na sociedade, porque a pessoa defeituosa não teria lugar na sociedade dita perfeita.

Junges (2007, p.37) observa: *é uma tendência permanente que se pensava rompida com a experiência nazista, mas continua presente sob outras formas mais sofisticadas. A pseudociência nazista desapareceu, mas a ideologia da superioridade do homem permanece.*

3.4.8 Reflexos Jurídicos e Sociais

Podem ser citadas algumas Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas em seres humanos, formadas pelo Conselho para Organizações Internacionais de Ciências médicas (CIOMS), juntamente com a Organização Mundial da Saúde (OMS), no ano de 1993. 1. o consentimento dos participantes das pesquisas; 2. a entrega de informações aos participantes das pesquisas; 3. as obrigações dos investigadores relativas ao consentimento pós-informação; 4. a indução a participação será aceita se a compensação econômica for modesta; 5. a excepcionalidade das pesquisas envolvendo crianças, pessoas com distúrbios mentais ou comportamentais, presidiários, participantes de comunidades subdesenvolvidas e na seleção de gestantes ou nutrízes; 6. o consentimento pós-informação em estudos epidemiológicos; 7. a distribuição igualitária dos ônus e dos benefícios; 8. o resguardo do sigilo da pesquisa; 9. a fixação de responsabilidade dos comitês de revisão ética; 10. a responsabilidade dos países hospedeiro e patrocinador (WELTER, 2009).

De acordo com Welter (2009, p.56) a bioética teve origem e se desenvolveu a contar de vários fatores, como:

a) dos adiantamentos da biologia molecular e da biotecnologia aplicada no campo da medicina; b) dos registros de ocorrência dos abusos efetuados pela experiência biomédica nas pessoas; c) o pluralismo moral reinante nas nações de cultura ocidental; d) da maior aglomeração dos filósofos da moral aos problemas relacionados com os seres humanos; e) das manifestações das instituições religiosas; f) das idéias lançadas pelos poderes legislativo e executivo; g) da ingerência de organismo e entidades internacionais.

O Mesmo autor entende que a realidade global que o ser humano vive pede uma ética também global, motivo por que seria necessário transnacionalizar a ética universal na reprodução humana medicamente assistida, que reclama o

cumprimento de alguns princípios para garantir o bem-estar das pessoas que são os destinatários ou os participantes das pesquisas genéticas: o princípio da beneficência, da autonomia da justiça e da dignidade da pessoa humana. Ao princípio da autonomia estão vinculados os demais princípios, tendo a sua expressão no assim chamado *consentimento informado*. O princípio da beneficência é conjugado com o princípio da não-maleficência, que aborda a questão do “risco/benefício na utilização de determinado procedimento médico, em cada caso particular”. O princípio da justiça significa o amor para com os outros, é dizer, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196 da CF).

Houve uma época em que se dizia que mãe era aquela que gerou o ser enquanto pai era aquele que teria fecundado essa mãe, mediante uma relação sexual. Isso foi, realmente, um paradigma, a ponto dos romanos pregarem que “*mater certa est*”, reconhecendo, contudo, que “*pater semper incertus est*” (WELTER, 2009).

Nesse período se concebia a paternidade apenas do ponto de vista estritamente biológico. Pai e mãe seriam aqueles que contribuíssem com o material genético para a fecundação do filho. Nessa comunidade de sangue, o “pai de sangue” explica o sentido a paternidade.

Neste sentido Welter (2009, p.65) e citando outros autores, declara:

Comungamos com o mais moderno e recente pensamento jurisprudencial, isto é, de que é viável o ingresso de ação de investigação de paternidade (e não de adoção), para o reconhecimento da perfilhação sócio-afetiva. Com efeito, de acordo com o artigo 349 do Código Civil, “na falta, ou defeito do termo de nascimento, provar-se-á a filiação legítima por qualquer modo admissível em direito: I – quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”.

Diniz (2008) entende que um exemplo que se encaixa perfeitamente no inciso II do artigo 349, que versa sobre o reconhecimento da filiação sociológica: “Se em companhia do casal, há muito tempo, vive um filho, ter-se-á, então, a posse do estado do filho e, nela baseada. a pessoa criada pelo casal poderá, apoiada em prova testemunhal. Indicar em juízo o reconhecimento de sua filiação”.

Já Fachin (2004) sobre o tema declara que:

Ressente-se o Brasil de um necessário movimento de reforma legislativa que, partindo de um novo texto constitucional, possa organizar, no plano da legislação ordinária, um novo sistema de estabelecimento da filiação. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação sócio-afetiva, aquele, enfim, que, além de emprestar o nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social. E no fundamento da posse de estado de filho é possível encontrar a verdadeira paternidade, que reside no serviço e no amor que na procriação. Esse sentido da paternidade faz eco no estabelecimento da filiação e, por isso, reproduzindo a modelar frase do Professor João Batista Villela, é possível dizer que, nesse contexto, há um nascimento fisiológico e, por assim dizer, um nascimento emocional.

Notadamente não se pode diferenciar juridicamente entre o filho biológico de direito e o filho de criação de fato, já que nos dois casos, são reconhecidos como filhos, vivendo em ambiente familiar que os acolheu gerando a posse de estado e constituindo, de acordo Villela, um nascimento emocional entre pais e filho. Não há diferença de criação, educação, destinação de carinho e amor entre os filhos sociológicos e biológicos, não se podendo arquitetar conceitos jurídicos desiguais em relação a quem vive em igualdade de condições, sob pena de revisitar a odiosa discriminação entre os filhos, o que seria, sem dúvida, inconstitucional.

No entanto, surgiu uma postura nova em que se passou a pregar a paternidade como sendo aquela construída por intermédio de uma relação paterno-filial, “uma verdade sócio-afetiva” aquela que não é biológica. Os traços estritamente

biológicos perderam, assim, o arauto de suma importância. Para muitos, inclusive, a paternidade sócio-afetiva é mais importante que a biológica.

Portanto, a filiação não pode mais ser concebida do ponto de vista estritamente biológico, mas sim também por razões sociais e afetivas.

Contudo, além dessa paternidade biológica e da paternidade sócio-afetiva, existe uma terceira modalidade, denominada de paternidade jurídica ou presumida.

4 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL EM MULHERES SOZINHAS

A modernidade apresenta não apenas um, mas vários modelos de família, modelos os quais se vêm modificando em virtude das novas perspectivas e realidades para realizar o sonho da maternidade e paternidade, surge a possibilidade de pessoa sozinha, no caso do presente trabalho uma mulher, a ser mãe, sem que para tanto esteja vinculada a um relacionamento afetivo de fato ou de direito.

Essa possibilidade surge graças principalmente aos avanços científicos no campo da reprodução humana assistida, a qual dispõe de técnicas que propiciam a efetivação da procriação humana às pessoas que não consigam, por motivos de esterilidade ou infertilidade, formarem sua família, mesmo que unilateralmente.

Dessa forma, considerando que, para beneficiar-se da adoção dessas técnicas de reprodução assistida, torna-se mais visível e fácil em mulheres, pelas condições físicas de procriação da mulher como gestação e parto. Contudo, a doutrina cogita a hipótese de um homem utilizar-se das técnicas de reprodução humana assistida, principalmente da prática da maternidade de substituição, conforme assinala Gama (2006), que permitiria a constituição da monoparentalidade apenas em relação ao pai, não servindo a mulher que emprestou seu útero como mãe da criança concebida e nascida.

A Resolução 1358 do CFM estabeleceu quem seriam os usuários das técnicas de RA; quanto às mulheres, assim dispôs:

Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

Essa disposição permite que mulheres sozinhas, sejam viúvas, solteiras ou separadas, possam se utilizar das técnicas de reprodução humana assistida que estão de acordo com princípios assegurados pela atual Constituição, como o princípio da paternidade responsável e da dignidade humana.

De acordo com Gama (2006) na maioria das vezes, o motivo que leva a busca feminina em concretizar o sonho da maternidade unilateral está no insucesso e de frustrações em relacionamentos ao longo da vida; em muitos casos, essas mulheres deparam-se com fatores impeditivos à procriação natural como os riscos de uma gravidez tardia, a descoberta da esterilidade e a ausência de um companheiro que perfilhe também desse sonho familiar.

Dessa forma, considerando o que dispõe a Resolução 1358 do CFM, toda mulher que desejar ser receptora das técnicas de reprodução humana assistida deve concordar com o uso da prática de maneira livre e consciente, estando demonstrado em documento de consentimento informado.

Tendo a vontade manifesta da mulher em beneficiar-se das técnicas de reprodução humana assistida, é indispensável a realização de um pré-processo de avaliação exitosa nas esferas psicológica, social e econômica, uma vez que os interesses da criança futuramente gerada devem estar em primeiro lugar, como medida de cumprimento ao disposto e assegurado constitucionalmente e, para que a ocorrência dessa maternidade não aconteça de forma desmedida, ou seja, como um incentivo deturpado de maternidade em larga escala.

Assim, deve, no entanto, ser devidamente analisado o requerimento da mulher interessada pelos profissionais de saúde – inclusive e, principalmente, psicólogos que com ela tenham contato antes e durante o procedimento médico da procriação assistida, com o intuito de constatar se realmente foram observados os limites impostos pela Constituição da República, sendo perfeitamente legítima a negativa do profissional, caso se verifique que não há preenchimento de tais requisitos. (GAMA, 2006, p. 787).

Tal negativa, por sua vez, se for desarrazoada ou arbitrária, poderá ser objeto de demanda judicial, ocasião em que o magistrado avaliará o caso concreto, decidindo quanto à solução mais adequada, a qual deverá se apresentar em perfeita consonância com as cláusulas gerais previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente

Porém, tal matéria, ante a inexistência de legislação específica, é conduzida analogicamente por normas correlacionadas em vigência. Isso porque, a Lei nº 8069/90, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, permite a adoção por pessoas maiores e capazes, independente do estado civil, bem como do fato de manterem ou não uma relação de casal. É nesse instituto observado na referida Constituição que pode ser reconhecido tanto o Direito Brasileiro, da paternidade e maternidade socioafetiva, a qual já foi mencionado anteriormente e em que se vê mais objetivamente que a paternidade e a maternidade não são fatos biológicos ou jurídicos, mas fatos culturais.

Gama (2006) analisa que é na adoção que se consagra que os vínculos biológicos nada interferem para efeito do vínculo de filiação, o qual se estabelece através da opção e do exercício das funções de pai e/ou mãe com o filho, o qual é desligado, salvo para efeitos de impedimento matrimonial, dos laços com a família natural.

A maternidade, portanto, pode ser constituída por meio da adoção, enquadrando-se na denominada maternidade socioafetiva, podendo realizar-se por mulheres solteiras, separadas, divorciadas ou viúvas, independentemente de uma relação de homem e mulher casados, fato que em nenhum momento interferirá para o reconhecimento desta comunidade formada por mãe e filho como uma família digna de proteção (MELO, 2006).

Sendo assim é direito líquido e certo que as mães sozinhas por opção também possam realizar seu desejo de maternidade sem se vincularem a um marido ou companheiro, através do simples fato de manterem relacionamento sexual com um homem determinado, que tem ou não um vínculo afetivo com as mesmas, mas que não pretende exercer a paternidade, nem deseja nem lhe pode ser imposto a obrigação da mesma.

Segundo Melo (2006), as “mulheres planejadoras”, que optam por ter um filho e planejam tudo mesmo antes do nascimento deste, podendo, inclusive, escolher o “parceiro ideal”; e as “mulheres idealistas”, que têm a maternidade como uma opção, mas ela é algo que decorre de um relacionamento amoroso vivenciado pela mulher com determinado homem, sendo que este jamais será um pai para o filho e, mesmo assim, ela assume esse filho como algo desejado, nessas situações, a única previsão do Direito brasileiro refere-se à preservação do direito do filho de buscar a sua paternidade biológica por meio da Investigação de Paternidade, e, posteriormente, os efeitos e direitos inerentes a esse reconhecimento.

Existe, porém, outra possibilidade de mulheres sozinhas formarem famílias monoparentais por sua própria opção, que consiste na utilização de técnicas de inseminação artificial, sendo essa uma questão que gera muita polêmica quanto a sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 As mulheres Sozinhas e o Ordenamento Jurídico Brasileiro

Com o aumento da utilização das técnicas de inseminação artificial em mulheres sozinhas, ocorre um maior destaque ao interesse por temas que instigam

as discussões e reflexões de médicos, psicólogos e, principalmente, juristas com o intuito de se buscar solução moralmente aceita, útil e efetiva para a polêmica envolvendo os interesses da mulher e da futura criança.

Observa-se que tanto no Projeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional que pretende tratar de reprodução assistida, como na Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, não há oposição à inseminação artificial em mulheres casadas ou que vivem em união estável.

Meirelles (2009) observa que com base na autorização do marido, o Código Civil Brasileiro, mediante a previsão da determinação da paternidade jurídica em hipóteses de utilização de inseminação artificial em mulheres casadas e viúvas, demonstrou a tendência no esvaziamento do conteúdo biológico da paternidade, valorizando muito mais o critério do consenso, da manifestação de vontade do marido em ser pai.

Mesmo com alguns projetos lei em tramitação, assim, que não há, ainda, consenso sobre a possibilidade ou não da mulher sozinha ter acesso à inseminação artificial.

Com relação a Doutrina, a questão mostra-se igualmente divergente, havendo nítida divisão entre os que estudam a matéria.

Melo (2006) e Soares (2005) são alguns dos doutrinadores com argumentação contrária à possibilidade de se realizar técnicas de inseminação artificial em mulheres sozinhas.

Um dos argumentos usados por Melo (2006) encontra-se no fato de que, com a inseminação artificial realizada em mulher sozinha, se estaria impondo a ausência da posição paterna à criança desde o início de sua vida, o que não seria nada benéfico ao seu desenvolvimento.

Dessa forma de acordo com o pensamento do autor com a paternidade ignorada representaria um grande prejuízo psicológico, ético e social para a criança fruto da inseminação artificial no que tange à sua formação e desenvolvimento, afirmando-se que nenhuma mulher seria capaz de suprir a ausência do pai para o filho, por mais bem intencionada que esteja ao decidir ser mãe.

Soares (2005) observa que ao admitir a possibilidade de inseminação artificial em mulheres sozinhas se estaria conferindo muito poder à mulher, a qual poderia determinar a posição da criança como uma posse materna e não como uma pessoa, pois a mãe estaria deixando a ascendência de seu filho pela metade, já que o iria privar do direito de investigar qual seria sua paternidade já que se exige dos doadores de sêmen o anonimato.

Com relação aos que defendem a proibição da inseminação em “mulheres solteiras”, há o entendimento também de que o princípio da dignidade da pessoa humana em relação no que tange ao direito da futura criança estaria sendo ofendido, pois poderia ocorrer repercussões negativas sobre o seu equilíbrio, notadamente o psíquico, já que a criança não teria uma figura masculina para também se espelhar, sendo assim devem ser analisados de forma a se dar prioridade absoluta aos interesses do menor quando em confronto com os interesses e anseios da mulher sozinha que almeja ser mãe pela inseminação artificial.

Porém esses argumentos vão de encontro ao direito da mulher em efetivar os seus “direitos reprodutivos” ou mesmo exercer a liberdade do planejamento familiar assegurado constitucionalmente e regulamentado por lei infraconstitucional, em face do prejuízo ao desenvolvimento psicológico da criança.

E mais ainda, quando se trata da inseminação artificial heteróloga realizada pela mulher sozinha, esta situação será, permitida pela resolução nº 1354/92 do Conselho Federal de Medicina.

Alguns autores como Gama (2006), Viana (2003) e Sá (2003), defendem a possibilidade da realização de inseminação artificial em “mulheres solteiras”, utilizando os argumentos de que a própria Constituição Federal o permite realizar.

Para tanto esse autores argumentam que no art. 226, § 7º, da Magna Carta, foi estabelecido o princípio do livre planejamento familiar, que consagra o direito de todo indivíduo de vivenciar sua vida sexual e reprodutiva de forma livre e sem intromissão do Estado nesta, podendo, até recorrer aos meios deste tipo de inseminação não terá pai juridicamente determinável, ainda que possa investigar sua identidade.

Outro argumento bastante consistente é de que não pode fazer diferenciação entre mulheres solteiras sozinhas e casadas, caso isso ocorra estaria se configurando a discriminação, o que não pode ocorrer de acordo com o do artigo 226, §7º da Constituição Federal.

Sobre a argumentação de acontecer um potencial conflito entre os interesses da mulher em utilizar a inseminação artificial para gerar um filho e os interesses e possíveis prejuízos que isso geraria à futura criança, há autores como Soares (2000) que sustentam que o interesse da criança, que deve ser preponderante, não estaria, a priori, sendo desrespeitado pela monoparentalidade formada através da inseminação artificial em “mulheres solteiras.

Porém esse argumento cai por terra, já que a justiça autoriza a adoção de crianças por mulheres sozinhas e também pelo fato de que milhares de mulheres

são chefes de família no país, geralmente depois que são abandonadas por seus maridos e continuam a criar seus filhos, mesmo sem a presença paterna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Constituição de 1988 foi reconhecida a criação da chamada família monoparental como entidade familiar, dando a ela legitimidade, direitos e deveres.

Com esse reconhecimento muitas mulheres que queria ter filhos, mas não queriam casar passaram a recorrer as técnicas modernas de reprodução artificial humana, essa possibilidade e depois sua efetiva utilização acabou por causar possibilitaram uma revolução tanto do ponto de vista social quanto legal, já que alguns doutrinadores não aceitaram pacificamente o tema, o qual ainda não é bem definido no tocante a sua regulação legal.

Com a criação dos chamados bancos de esperma, a mulher começou a engravidar sem auxílio de companheiros e tendo a paternidade do doador ocultada pelo sigilo médico o que impediria no futuro a criança a tentar conhecer seus pais genéticos o que acabou por acarretar mais problemas jurídicos.

A fertilização da mulher em bancos de esperma acaba por excluir definitivamente o homem da sua relação com o filho. Sendo assim a criança não tem sua ascendência completa, não tem ao menos, um pai juridicamente determinável.

A celeuma é causada justamente por ter o seu ponto de partida apenas na regra que dispõe sobre a matéria que é a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.

Diante do exposto então se mostra extremamente urgente a previsão legal seja instituída com rapidez as autoridades competentes que venham a regular as técnicas de reprodução assistida, o direito das crianças a terem o conhecimento

se desejarem do pai biológico, além de uma assistência social e psicológica completa pelas crianças que são geradas a partir dessas técnicas.

Já que só com uma legislação adequada, será possível estabelecer os limites éticos aos avanços da medicina, para assim, garantir o exercício pacífico dos direitos de todos os cidadãos, que seja a mãe, a criança ou o pai biológico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de out. de 1988. Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal, 5.ed. CAHALI, Yussef Said (org), São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2003

CARBONERA, Silvana Maria. **O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família**. In: FACHIN, Luiz Edson. (coord.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CLOTET, Joaquim. **Bioética como ética aplicada e genética**. In: GARRAFA, Volnei & COSTA, Sérgio F. C. (org.) A Bioética no século XXI. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Aprova as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos**. Resolução n. 1.358, de 11 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em: 2 Fev. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson; LIRA, Ricardo Pereira (coord.). **Elementos Críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 2004.

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, 2006.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2002

JUNGES, *José Roque*. **Bioética. perspectivas e desafios**. 4. ed. São Leopoldo :Unisinos, 2007.

MELO, Albertino Daniel de. **Filiação Biológica: Tentando Diálogo Direito-Ciências**. In LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova de filiação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Filhos da reprodução assistida*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Cidadania – o novo CCB e avacatio legis**. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2009.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família: Direito Matrimonial**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Algumas questões de direito de família na nova constituição**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 639, 1999.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Monoparentalidade e Biodireito**. In: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família Visto em www.jusnavegandi.com.br acesso em 15 de Mar. 2014.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2008.

SOARES, Sônia Barroso Brandão. **Famílias monoparentais: aspectos polêmicos**. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renova, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 8.d. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.