

**FACULDADES INTEGRADAS
"ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO"
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA:
SOLUÇÃO OU PROBLEMA!?**

Cíntia Kimiko Hori

Presidente Prudente / SP
2004

**FACULDADES INTEGRADAS
"ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO"
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA:
SOLUÇÃO OU PROBLEMA!?**

Cíntia Kimiko Hori

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof^a Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes.

Presidente Prudente / SP
2004

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA: SOLUÇÃO OU PROBLEMA!?

Trabalho de conclusão aprovado
como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Dra. Gilmara Pesquero Fernandes
Mohr Funes
Orientadora

Dra. Paula Pontalti M. Moreira
Examinadora

Dr. Andrei Mohr Funes
Examinador

Presidente Prudente, ____ de _____ de 2004.

**Ninguém tem o direito de
renunciar ao SUCESSO!**

Oswaldo Santos de Carvalho

Agradecimentos

Primeiramente agradeço a DEUS, pela vida que aloja dentro de mim, e por guiar os meus caminhos.

Aos meus pais, Paulo e Mitiko, pelo amor e dedicação, no qual não mediram esforços dirigidos à conclusão do meu curso universitário, como também pela constante presença em minha vida, sendo exemplo de caráter, honestidade e união.

As minhas irmãs, Cláudia e Clara, pelo carinho e companheirismo.

A minha prima, Karoline, pela colaboração durante essa jornada.

Aos meus amigos e companheiros Rodolfo e Regina, por ter compartilhado momentos inesquecíveis desta vida acadêmica.

Ao Marcio, uma pessoa excepcionalmente maravilhosa, que desde o início desta caminhada estendeu suas "mãos" que vieram me conduzindo a conclusão dessa etapa.

A todos os colegas do 5ºB, em especial a Alda e a Lívia que direta ou indiretamente colaboraram nesta jornada.

A professora, orientadora, amiga Gilmara, que me acolheu como "filha", obrigada pela dedicação, paciência e amizade. Que por toda a sua atitude demonstrou ser uma pessoa iluminada e abençoada por DEUS.

Resumo

Trata-se de um trabalho de conclusão de curso - monografia a respeito dos métodos de inseminação artificial, com foco na inseminação artificial heteróloga.

Tem a finalidade de demonstrar o avanço da medicina em relação à procriação, em paralelo ao direito. Como também as conseqüências reais àqueles que optam por esse método de reprodução assistida.

Em diversas etapas deste trabalho, a autora teceu considerações acerca do conflito entre a obrigatoriedade imposta ao anonimato do doador de sêmen e a possibilidade da pessoa (fruto do método de inseminação heteróloga) conhecer a identidade do seu "pai" - genitor biológico.

Confirmou-se a grande contribuição da medicina no que tange as técnicas de reprodução, mas em contrapartida as relações humanas familiares têm passado por inúmeros problemas psíquico emocional.

Conclui que os métodos de procriação assistida teriam melhores resultados se estivessem em harmonia com as normas jurídicas, principalmente com os direitos fundamentais posto em discussão. Pois desta forma não causariam prejuízos para nenhuma das partes envolvida.

ABSTRACT

It is a work of course conclusion - monograph regarding the methods of artificial insemination, with focus in the insemination artificial heteroecious (where the seen donor is unknown).

He/she has the purpose of demonstrating the progress of the medicine in relation to procreation, in parallel to the right. As well as the real consequences to those that opt for that method of attended reproduction.

In several stages of this work, the author wove considerations concerning the conflict among the obligation imposed to the semen donor's anonymity and the person's possibility (fruit of the method of insemination heteroecious) to know the identity of its " biological father".

The great contribution of the medicine was confirmed in what it plays the reproduction techniques, but in compensation the family human relationships have been going by emotional psychic countless problems.

It concludes that the methods of attended procreation would have better results if they were in harmony with the juridical norms, mainly with the rights fundamental position in discussion. Because this way they would not cause damages for none of the involved parts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE 1 - DO DIREITO DE FAMÍLIA	11
Cap. 1 - Da Família	11
Seção I - Conceito	11
Seção II - Evolução Histórica	12
Seção III - Da Família Moderna	13
Capítulo 2. Espécies de Família.	15
Seção I – Família Biparental	15
Seção II – Família Monoparental	16
Seção III – Outras entidades familiares	18
Subseção I – União Estável	18
Subseção II – Adoção Unilateral	19
Subseção III – Adoção por solteiros	20
Subseção IV – Inseminação artificial	21
Capítulo 3. Proteção a Pessoa Humana relativos aos direitos da criança e do adolescente.	23
Seção I – Evolução histórica	23
Seção II – Constituição Federal	23
Seção III – Estatuto da Criança e do Adolescente	27
Seção IV – Direito Civil	29
PARTE 2. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA	32
Capítulo 1. Inseminação artificial.	32
Seção I – Conceito	32
Seção II – Inseminação artificial homóloga	33
Subseção I – Conceitos	33
Subseção II – Técnicas	33
Seção III – Inseminação artificial heteróloga	35
Subseção I – Conceitos	35
Subseção II – Técnicas	35
Capítulo 2. Da inseminação artificial heteróloga	36
Seção I – a mãe	36
Seção II – o doador – o pai	37
Seção III – a criança	39
Capítulo 3. Do doador – pai	41
Seção I – Filiação	41
Seção II – Anonimato	42
Seção III – Ausência	45
Seção IV – Direitos e Deveres	48
Subseção I – Guarda	48
Subseção II – Visita	50
Subseção III – Responsabilidade Civil	52
Subseção IV – Alimentos	54
Subseção V – Direitos sucessórios	56
CONCLUSÃO	59

BIBLIOGRAFIA: _____	63
ANEXOS _____	67
RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/92 _____	67

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é dividido em duas partes, contando com seis capítulos, onde visou focar o direito de família, apresentando-se primeiramente, um histórico da família e em seguida a proteção da pessoa humana em desenvolvimento.

Na seqüência, o foco foi à técnica de procriação utilizada na inseminação artificial heteróloga, onde se explanou as técnicas de inseminação artificial e as pessoas envolvidas, principalmente a pessoa do doador de sêmen e a criança fruto dessa inseminação.

Em decorrência da vasta abrangência do tema, foi dado privilégio a alguns pontos que mais se salientam.

A polêmica surge no tocante a inseminação artificial heteróloga, pois esse método de reprodução necessita da utilização de sêmen de terceira pessoa desconhecida, ou seja, o doador fértil.

Será demonstrado que há três posicionamentos quanto a fixação da paternidade, filiação e o anonimato do doador de sêmen.

Alguns juristas se posicionam contra a fixação da paternidade do doador de sêmen em relação à criança, mantendo-se assim, o sigilo do doador. Pois se assim não fosse diminuiria-se, consideravelmente, o número de doadores. A paternidade, portanto, é fixada no marido ou companheiro da mulher inseminada, desde que, estes tenham consentido na utilização da técnica.

Outros são favoráveis ao vínculo de paternidade do doador com o "filho", pois neste caso prevalece o interesse da criança quanto à convivência familiar, direito esse assegurado pela Constituição Federal. Portanto, a paternidade é fixada na pessoa do doador de sêmen pelo vínculo biológico com a criança; sendo favorável à quebra do sigilo do doador.

Um outro posicionamento diferencia a paternidade, ou pai, do genitor ou procriador. A paternidade será fixada na pessoa do marido ou companheiro da mulher inseminada, fundada na filiação socioafetiva. E o genitor ou procriador é fixado na pessoa do doador de sêmen - o pai-biológico, fundado no direito de personalidade e no direito à dignidade da pessoa humana - a criança. Sendo

assim favorável a quebra do sigilo do doador, pois as conseqüências advindas da mentira ou da omissão têm como vítima maior a criança.

O trabalho evidencia a necessidade da sociedade exercer um controle efetivo e aos legisladores criar normas específicas e eficazes quanto à realidade oriunda das práticas abusivas das técnicas de reprodução assistida, salvaguardando-se as normas jurídicas elencadas na Carta Maior.

PARTE 1 - DO DIREITO DE FAMÍLIA

Cap. 1 - Da Família

Seção I - Conceito

A conceituação de família¹ oferece, de plano, um paradoxo para sua compreensão. O Código Civil não a define. Por outro lado não existe identidade de conceitos para o Direito, bem como, para a Sociologia² e para a Antropologia.

Nos diversos direitos positivos dos povos e mesmo em diferentes ramos de Direito de um mesmo ordenamento, podem coexistir diversos significados de família.

A família por um conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge que se denominam parentes por afinidade.

Em um outro conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder. Nesse particular a Constituição Federal de 1988 definiu a família como uma entidade formada por pais e filhos inclusive, a formada por apenas um dos pais e seus descendentes.

A família pode ser considerada sob um conceito sociológico, integrado pelas pessoas que vivem sob o mesmo teto, sob a autoridade de um titular. Essa

¹ Família - s.f. (Lat. Familia) Dir. Civ. Conjunto de pessoas ligadas pelo parentesco; elemento natural e fundamental da sociedade, cm direito à proteção por parte dessa e do Estado. (org. SIDOU, J.M. Othon. Academia de Brasileira de Letras Jurídicas. Forense Universitária, p.252-1990)

² Família - s.f. Grupo de pessoas vinculadas por casamento; todas as pessoas pertencentes a um tronco original até certo grau; em nossos dias, em sentido restrito, compreende apenas o marido, a mulher e os filhos menores e solteiros, com seus fenômenos religiosos, éticos, jurídicos, políticos, intelectuais e estísticos, correlacionados entre si. (SANTOS, Washington dos. *Dicionário de sociologia*. Belo Horizonte: Del Rey, p.94 - 2001)

noção coincide com a clássica posição do *pater familias*³ do Direito Romano, descrito no Digesto por Ulpiano.

A noção atual de família, nas civilizações ocidentais afasta-se cada vez mais da idéia de poder e supremacia da vontade de um membro. É fato, porém, que persiste a noção de poder e supremacia do chefe familiar em várias civilizações atuais, mais ou menos primitivo, inclusive naquelas nas quais as mulheres sofrem restrições de direito e de fato.

Seção II - Evolução Histórica

No curso das primeiras civilizações tem importância, tais como a Assíria, Hindu, Egípcia, Grega e Romana, o conceito de família foi de uma entidade ampla e hierarquizada, retraindo-se hoje, fundamentalmente, para o âmbito quase exclusivo de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar.

Não tão diverso, Fustel de Coulanges, em sua obra "A Cidade Antiga", descreve que os povos antigos acreditavam que o vínculo dos membros da família era através da religião doméstica e do culto aos antepassados, ou seja, a família se formava pelas pessoas que habitavam o mesmo lar e invocavam os mesmos antepassados. Acreditavam que no período da vida terrena, a família era essencial no que se refere à perpetuação do culto, ou seja, na evocação dos mesmos ancestrais; tal evocação jamais poderia cessar, caso contrário, seus antepassados cairiam em desgraça. Por esse motivo era necessário que houvesse descendente para dar continuidade ao culto familiar dos antepassados. Este ritual era de tal importância, que, diante da impossibilidade de procriação, a adoção era um recurso utilizado para evitar a extinção da família.

Conforme descrição feita por Friedrich Engels, em sua obra sobre a origem da família, o grupo familiar não se assentava em relações individuais. As relações

³ "*Pater Familias*" - (Lat.) Dir. Rom. Homem não subordinado a dependência masculina, independentemente de idade ou estado civil. Pessoa *sui iuris*. Na formação da família, o ascendente vivo mais remoto, que a dirige como sujeito único de direitos e obrigações. (org. SIDOU, J.M. Othon. Academia de Brasileira de Letras Jurídicas. Forense Universitária, p.407-1990)

sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo (endogamia⁴). Disso decorria que sempre a mãe era conhecida, mas se desconhecia o pai, o que permite afirmar que a família teve de início um caráter matriarcal. Posteriormente, na vida primitiva, as guerras, a carência de mulheres e talvez uma inclinação natural levaram os homens a buscar relações com mulheres de outras tribos. Os historiadores fixam nesse fenômeno a primeira manifestação contra o incesto no meio social. Nesse diapasão, no curso da história, o homem caminha para relações individuais com caráter de exclusividade.

A monogamia desempenha um papel de impulso social em benefício da prole. A família monogâmica⁵ converteu-se em um fator econômico de produção, sendo que essa situação somente se reverteu com a Revolução Industrial, que faz surgir um novo modelo de família. Com a industrialização, a família perde sua característica de unidade de produção, passando-se a ser sua função primordial para o âmbito espiritual, fazendo se da família a instituição no qual mais se desenvolvem os valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre os seus membros.

Seção III - Da Família Moderna

A célula básica da família, formada por pais e filhos, não se alterou muito com a sociedade urbana. A família atual, com tudo difere das formas antigas no que concerne a suas finalidades, composição e papel de pais e mães.

Atualmente a educação e formação que originalmente eram de responsabilidade dos pais, passaram a ser divididas com outras instituições, inclusive o Estado.

⁴ Endogâmia - s.f. Sociol. Regime matrimonial de certos povos, em que os casamentos só são permitidos entre pessoas da mesma tribo, clã, raça ou família. Cognato: endógamo (adj.) qualidade do casamento da espécie. (org. SIDOU, J.M. Othon. Academia de Brasileira de Letras Jurídicas. Forense Universitária, p.223 - 1990) ⁴ Família Monogâmica - Sociol. A que se alicerça no casamento de um homem com uma mulher. (org. SIDOU, J.M. Othon. Academia de Brasileira de Letras Jurídicas. Forense Universitária, p.252 - 1990)

⁵ Família Monogâmica - Sociol. A que se alicerça no casamento de um homem com uma mulher. (org. SIDOU, J.M. Othon. Academia de Brasileira de Letras Jurídicas. Forense Universitária, p.252 - 1990)

A família deixa de ser uma unidade de produção na qual todos trabalhavam sob autoridade de um chefe. O papel da mulher transforma-se profundamente no séc. XX com sensíveis efeitos no seio familiar.

Os conflitos sociais gerados pela nova posição social dos cônjuges, as pressões econômicas, a desatenção e o desgaste das religiões tradicionais fazem aumentar o número de dissoluções conjugais. As uniões sem casamento passam a ser regularmente aceita pela sociedade e legislação. A unidade familiar sobre o prisma social e jurídico não mais tem com baluarte exclusivo o matrimônio. A nova família estrutura-se independentemente das núpcias.

Atualmente as espécies de família são divididas em dois aspectos. Quanto a causa de sua constituição que pode ser matrimonial, decorrente exclusivamente do casamento, ou não matrimonial, como os casos de união estável, adoção, e maternidade e paternidade voluntária ou involuntária. Quanto aos membros que a compõe que pode ser biparental, formada por cônjuges, conviventes com ou sem filhos, ou monoparental, formada por um dos pais e filho(s).

Capítulo 2. Espécies de Família.

Seção I – Família Biparental

A Constituição Federal de 1988 reconhece três tipos de entidade familiar: a família resultante do matrimônio; a família oriunda da união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes.

Depreende-se, portanto, que a família biparental se representa pelo modelo mais tradicional, através do casamento (formal), e pelo modelo mais atual, o da união estável (informal). A família biparental nas suas duas formas é contemplada pelo Código Civil atual, em vigor desde janeiro de 2003.

Devido à banalização da família biparental formal, há inúmeros encontros e movimentos sendo realizados no mundo, inclusive no Brasil, com o intuito de ressaltar a importância da família biparental - tradicional. Pois de acordo com o estudo, da responsabilidade do professor universitário João Carlos Espada, exposta em 1º de abril do presente ano, no Seminário "Famílias e Políticas Públicas", conclui que as crianças criadas em famílias biparentais casadas, em comparação com outras tipologias familiares, completam mais anos de escolaridade, conseguem níveis de rendimento mais elevado e aparentam ter uma maior probabilidade de não caírem na delinquência juvenil.

Embora a família tenha sido o garante do sucesso civilizacional da humanidade, atualmente, nas sociedades do mundo ocidental industrializado, apesar da centralidade crescente dos tópicos relacionados com a família, é necessário explicitar e defender a tipologia de famílias biparentais fundadas no casamento em termos de sustentação empírica e científica. A família biparental heterossexual é fundamental para o bom desenvolvimento da criança. Concluem diversos estudiosos da área, entre eles Eugénio Gamboa e Margarida Neto.

Reconhece-se que, na maioria dos casos, o casamento é um instrumento de reforço da família, sendo falso que todas as tipologias familiares são idênticas no que se refere às crianças. A família constitui a primeira esfera de identidade do ser humano, é na família que a criança desenvolve a sua personalidade própria e é inserida nas regras da sociedade.

Eugénio Gamboa, no encontro "Família no fortalecimento do tecido social", em Évora, ressaltou a importância do exercício da cidadania como um direito na defesa dos valores da família como comunidade onde naturalmente se desenvolvem os laços afetivos, solidários e intergeracionais.

Para Margarida Neto, Coordenadora Nacional para os Assuntos da Família, por ocasião do Dia Internacional da Família, onde celebrou neste ano o "X Aniversário do Ano Internacional da Família" instituída pela ONU em 1994, ela acusa: "A sociedade também não ajuda: ao núcleo estável de pai, mãe e filhos chamamos família tradicional, com um teor pejorativo"; e complementa : "mais do que nunca temos de cuidar da família, o núcleo, a unidade onde a vida nasce, cresce, e se desenvolve", para ela a família biparental continua sendo a que dá melhores garantias para a criação e educação dos filhos.

Realizado no dia 14 de abril de 2004, o Seminário sobre família e política pública, organizada pela Comissão Parlamentar de Trabalho e Assuntos Sociais, o deputado Patinha Antão ressaltou: "É tempo de mudar, de olhar em relação a fiscalidade, considerando o investimento dos pais no futuro dos filhos. A família com dois progenitores casados deve ser a referência".

Seção II – Família Monoparental

A espécie de família monoparental ou unipessoal sempre existiu, mas esse fenômeno social se impôs com maior expressão nos últimos 20 anos.

Essa espécie de família é aquela constituída por um dos pais e filho(s).

É a primeira forma de família que não se baseia em condições naturais, mas econômicas e concretamente no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva, originada espontaneamente.

A família monoparental pode advir de uma família biparental que se desfez, ou originariamente já ter esta forma de uniparentalidade.

As causas dessa entidade familiar:

a) Celibatos, que é uma "opção" pela solidão, que se funde com o fator decorrente das dificuldades de ordem econômica *à priori* , mas levantamentos

estatísticos comprovam que tanto homens quanto mulheres economicamente mais favorecidas têm optado pelo celibato como modelo de vida sentimental. Apesar de morarem sozinhos, isso não implica em "viver só". A maioria dos celibatários tem parceira sexual com os quais vivem em união livres ou vivem "como pessoas casadas", mas não há compromisso, comprometimento e nem obrigações.

b) Separação e Divórcio, hoje, estes são os principais fatores do aumento da monoparentalidade. Na maioria das vezes de mães sozinhas, visto que, ainda costumeiramente na dissolução do matrimônio, quase sempre a guarda do filho é concedida à mãe.

c) Viuvez, que advém da morte de um dos cônjuges, onde o sobrevivente passa a morar sozinho ou com filho(s).

d) União Estável, União Livre ou Concubinato, estes foram reconhecidos como entidade familiar pela Lei 9278/96. Trata-se da união entre pessoas de sexos diferentes, que não estão ligadas entre si pelo casamento. Mas mantém uma convivência duradoura, pública e contínua, com o objeto de constituir uma família, estabelecendo direitos e deveres recíprocos, regime de bens feito através de um contrato de convivência, e assistência material em caso de dissolução da união.

e) Mães Solteiras: Eduardo de Oliveira Leite delimita dois itinerários que diferenciam tipos de situações familiares nesta categoria:

"1. As mães que já conheceram uma relação familiar tradicional (casamento e filhos) à qual colocaram um termo e que desejam novamente conceber uma criança sem se comprometer em uma relação de casal; 2. As mulheres (ou Homens) que vivenciaram, ou não, uma vida de casal e que atingem determinada idade sem ter filhos. Elas decidem, então, pela maternidade (ou paternidade) sabendo que ficarão sós, ou querendo ficar sozinhos para a assumir" (LEITE, 2004, p. 54).

No primeiro itinerário, há geralmente a ocorrência do nascimento de seus filhos em um ambiente de casamento fracassado, pois isso decidem ter outro filho a fim de excluir toda possibilidade de vida comum. Popularmente chamada de "produção independente".

No segundo itinerário, há ou não uma vida de casal antes do nascimento do filho. Geralmente as mulheres são profissionais liberais, ocupantes de altos cargos executivos, ou seja, bem sucedida profissionalmente e economicamente.

Nos dois casos, existe a ocorrência de uma maternidade desejada, voluntária; quase sempre não recebem ajuda por parte do pai da criança, e este não se considera "pai", pois dizem ser filho da mãe (genitora). Na maioria dos casos o pai não reconhece a criança, e, portanto este último não tem direito a usar o nome do pai.

Seção III – Outras entidades familiares

Subseção I – União Estável

A Constituição Federal de 1988, ao conservar a família, fundada no matrimônio, reconhece como entidade familiar à união estável, notória e prolongada de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convolação.

Para que se configure a união estável, é essencial a presença dos elementos abaixo enumerados:

- a) Diversidade de sexo; com convivência que haja afeição recíproca, comunhão de interesses, conjugação de esforços em benefício do casal e da prole, que haja, respeito e assistência moral e material, ou seja, companheirismo. E ainda, duradoura continuidade das relações sexuais.
- b) Ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial entre os conviventes, ou seja, homem e mulher livres e desimpedidos, não estando comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária. (C.C., art. 1723, § 1º)

- c) Notoriedade de afeições recíprocas - os companheiros devem tratar-se, socialmente, como marido e mulher, aplicando-se a teoria da aparência, revelando o *intentio* de constituir família.
- d) Honorabilidade, pois deve haver uma união respeitável entre homem e mulher, pautada na *affectio*.
- e) Fidelidade ou Lealdade é exigida porque nossa cultura baseia-se no princípio monogâmico.
- f) Coabitação, uma vez que o concubinato deve ter aparência de casamento, mas pode existir mesmo que os companheiros não residam sob o mesmo teto, desde que seja notório que sua vida se equipara à dos casados civilmente.

Assim, vivem em união estável: os solteiros, viúvos, separados judicialmente ou de fato e divorciados.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e seu artigo 226, parágrafo 3º, regulado pela lei 9.278/96, concede proteção pelo Estado o reconhecimento da União Estável como entidade familiar.

Subseção II – Adoção Unilateral

Adoção Unilateral é a aceitação voluntária e legal de uma criança como filho, e essa aceitação vem de um só lado.

Os casos mais comuns de adoção unilateral ocorrem quando o adotante é casado e seu cônjuge não aceita a adoção de uma criança, mas isto é perfeitamente possível, pois este instituto não importa em parentesco de afinidade com o cônjuge adotante.

O problema surge quanto à adoção unilateral pelo cônjuge ou concubina do progenitor natural, pois o adotado se desvincula totalmente dos parentes do pai ou mãe biológica, no qual está sendo "substituído" pelo adotante.

O artigo 41, parágrafo primeiro do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§1º. Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge do adotante e os respectivos parentes.

E ainda dispõe o parágrafo primeiro do Art. 42: "Não podem adotar os ascendentes e os descendentes e os irmãos do adotado".

O artigo supra citado veda expressamente a possível adoção por avós, por vezes, ao invés de acrescentar, acaba por retirar da criança e do adolescente, o vínculo com a anterior família, o que, sem dúvida, acarreta ao menor danos de grande monta.

Necessário se faz resguardar os direitos dos avós e até mesmo dos tios, no que tange o interesse de preservar o afeto e o parentesco do menor. Para tanto, a única forma de preservar eventuais direitos dos parentes próximos do adotante é permitindo que eles intervenham sempre no processo de adoção.

Do ponto de vista psicossocial, a adoção somente pelo cônjuge ou concubina do progenitor natural será indicado em último caso, ou seja, nos casos em que não haja mais vínculos de qualquer natureza com a filiação natural anterior ou com parentes, como avós, tios etc, para preservar sempre o menor.

A boa relação afetiva com o padrasto ou madrasta não parece ser motivo suficiente para transformá-los em pai ou mãe adotiva. Por outra ótica, não justifica, o "corte" do vínculo legal, social e afetivo com os parentes (avós, tios, primos) da família do pai ou da mãe natural que por algum motivo não está mais presente de forma direta no cotidiano da criança.

Subseção III – Adoção por solteiros

O instituto da Adoção tem caráter humanitário, que tem por um lado, por escopo, dar filhos àqueles a quem a natureza negou e por outro lado uma

finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado.

Com este fundamento primordial, que o legislador permitiu também a adoção por solteiros, mostrando assim o respeito à opção daqueles que não pretendem contrair matrimônio, mas quer instituir uma entidade familiar monoparental.

Para Maria Helena Diniz, a família monoparental poderá ser formada por terceiros ou "se a adoção se der por pessoas solteiras ou que não viva em união estável, formar-se-á uma entidade familiar, ou seja, uma família monoparental".(DINIZ, 2002, p.419)

O legislador expressamente não codificou a adoção por casais homossexuais. Por isso que há uma faixa nebulosa quanto à permissão ou não desse tipo de adoção. Mas, sendo pacífico e codificado a permissão de adoção por solteiros, ocorre fraude de casais homossexuais que faz a adoção por um só dos indivíduos (que não deixa de ser solteiro) e trata o adotado como filho do casal.

Apesar desse tipo de fraude, os solteiros podem adotar, desde que respeite os limites de idade estabelecidos para a adoção. São eles: o adotante deve ter no mínimo 18 anos, e deve haver a diferença mínima de 16 anos entre o adotante e o adotado, ou seja, o adotante tem que ser no mínimo 16 anos mais velho que o adotado, esta previsão legal é para não haver confusão no desempenho do exercício do poder familiar.

Portanto desde que preenchidos esses requisitos cumulativamente, os solteiros podem tranquilamente adotar.

Subseção IV – Inseminação artificial

Em decorrência dos avanços no setor biotecnológico, a humanidade se beneficiou com o progresso do desenvolvimento da procriação artificial, que é uma das técnicas de Reprodução Assistida, que teve um desenvolvimento progressivo em 1932.

Esse desenvolvimento tem acarretado grandes mudanças no que se refere à família, maternidade, paternidade, entre outros.

O método da inseminação artificial é um recurso posto à disposição de mulheres e de casais que enfrentam problemas de esterilidade ou infertilidade, que realizam o desejo de procriar. Nos casos das mulheres celibatárias, a técnica da Inseminação Artificial enseja a família monoparental.

No contexto jurídico atual, a procriação é um direito de todos, consagrada na Declaração Universal dos direitos do homem, que junto com a igualdade e a dignidade da pessoa humana, disciplina o Direito de fundar uma família.

Capítulo 3. Proteção a Pessoa Humana relativos aos direitos da criança e do adolescente.

Seção I – Evolução histórica

Os infanto-juvenis são pessoas em desenvolvimento que não têm capacidade de se autodesenvolverem; tanto nos aspectos moral, social, intelectual e afetivo, como também não tem condições de se protegerem, seja quanto à integridade física, a saúde e a dignidade.

Devidas essas peculiares fragilidades da pessoa humana quando ainda criança (menor), a humanidade vem se mobilizado até os dias de hoje, na busca de regras de proteção para aqueles que integram tal grupo.

Assim é que a Declaração de Genebra, em 1924, impunha proteção especial para a criança e neste aspecto ela foi recepcionada pela Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, pelo Pacto de San José da Costa Rica de 1969 e, pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança aprovada em 1989 na Assembléia Geral das Nações Unidas, na qual foi adotada a "Doutrina da Proteção Integral" em relação a esse grupo de pessoas humanas.

Em âmbito Nacional, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227 já contemplava a "Doutrina da Proteção Integral", e em 1990 em perfeita harmonia com esta Constituição, surge a Lei nº 8.069 reafirmando a "Doutrina da Proteção Integral" aos menores, conferindo-lhes todos os direitos fundamentais universalmente reconhecidos inerentes à pessoa humana.

Seção II – Constituição Federal

A Constituição Federal é elaborada para exercer dupla função: garantia do existente, e programa ou linha de direção para o futuro. É lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de

governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, pela primeira vez, coloca a criança e o adolescente como prioridade absoluta e que é dever da família, da sociedade e do Estado a sua proteção.

No entanto, era necessário um texto infraconstitucional que pudesse melhor regulamentar as conquistas da Magna Carta, surge então, em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que é a síntese do pensamento de uma época, vislumbrando que os direitos destes menores são especiais e específicos pela condição de pessoas em desenvolvimento e que por isto devem ser universalmente reconhecidos.

No mesmo ano a Convenção Nacional sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710, em seus artigos 7º e 8º respectivamente assegura os seguintes direitos às crianças:

Artigo 7

1. A criança será registrada imediatamente após o seu nascimento e terá, desde o seu nascimento, direito a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, direito de conhecer seus pais e ser cuidada por eles.

Artigo 8

2. No caso de uma criança se vir ilegalmente privada de algum ou de todos os elementos constitutivos de sua identidade, os Estados - partes fornecer-lhe-ão assistência e proteção apropriadas, de modo que sua identidade seja prontamente restabelecida.

A Constituição Federal de 1988 e a Lei 8069/90 (ECA) adotam a doutrina da proteção integral ao menor, necessitando de um tratamento especial e sendo universalmente salvaguardados os seus direitos fundamentais. Reconhecem a família como um grupo social primário e necessário para o desenvolvimento e integração na comunidade.

O objeto de tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida.

Não há dúvida de que a maior vantagem apresentada pela Magna Carta promulgada em 1988 foi à adesão ao chamado constitucionalismo de valores, como fruto da filosofia democrática, ainda que de matrizes diferentes.

É nesse sentido que a dignidade da pessoa humana na ordem constitucional Brasileira, tem o caráter principiológico do artigo 1º, inciso III da CF:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de direitos e tem como fundamentos:

III. - a dignidade da pessoa humana.

A dignidade é compreendida enquanto inerente à pessoa humana, pelo fato de ser superior a tudo o que não é humano, em virtude de sua capacidade de transcendência, e sua conseqüência complexidade.

Goza, portanto, a pessoa humana de uma dignidade ontológica, ou seja, constitutiva do próprio ser do homem.

A dignidade, que representa o imensurável valor que possui a pessoa humana, é reconhecida pela luz natural da razão.

No que tange ao posicionamento da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio constitucional, deve ser observado duas conseqüências em relação ao posicionamento estatal diante do indivíduo. Já que, em primeiro plano, cabe ao Estado a abstenção, em busca de garantir os direitos -liberdades, e de outro lado, a prestação estatal, pois que cabe ao Estado, subsidiariamente, a proteção de condições que garantam aos indivíduos uma prosperidade pública condizente com o imenso valor que possui a pessoa humana.

O art. 5º, CF elenca inúmeras garantias fundamentais como também deveres. Destaca-se o inciso X, onde reza sobre a inviolabilidade da honra, trata-se do respeito devido a cada um pela comunidade. Assim, o direito da inviolabilidade da honra se traduz na proibição de manifestações ou alusões que tenham a privar o indivíduo desse valor. A honra veste a imagem de cada um. Esta (a imagem) é a visão social a respeito de um determinado indivíduo.

Reza o artigo 226 e §7º respectivamente:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

O princípio da paternidade responsável, consagrado no parágrafo e análise, deve ser compatibilizado com o princípio da dignidade humana durante a produção probatória, permitindo-se a realização compulsória do exame de DNA - por método não invasivos, como por exemplo, coleta de fios de cabelo.

Alexandre de Moraes corrobora com a decisão do Tribunal constitucional Espanhol:

"que proclama a possibilidade, em face do interesse social e ordem pública existente na declaração de paternidade, de submeter o possível pai a exames sangüíneos, pois os direitos constitucionais à intimidade e à integridade física não podem converter-se em previsão que consagre a impunidade, com desconhecimento das obrigações e deveres resultantes de uma conduta que teve uma íntima relação com o respeito a possíveis vínculos familiares" (MORAES, 2003, p. 2049).

Entretanto, esse não é o entendimento de nossos tribunais; entendem inadmissível submeter o possível pai à realização do exame de DNA.

Dentre os direitos fundamentais da criança, o artigo 227, da CF/88 trata da proteção ampla, do direito à convivência familiar e comunitária, aduzido que:

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

A Constituição Federal vigente em seu artigo 229, repete normas tradicionais no direito civil pátrio, prevendo que os pais têm o dever de assistência, criação e educação dos filhos menores; e, conseqüentemente, têm o direito, na velhice, carência ou enfermidade, de serem ajudados e amparados pelos filhos maiores, ou seja, a constituição assegura igualmente a assistência

mútua entre pai e filho. Por isso a importância de se conhecer a origem, ou seja, a história, biológica e/ou afetiva, de cada ser humano.

Seção III – Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do adolescente (ECA) de 1990, veio para proteger as crianças e os adolescentes, independentemente de categorização. Tem sua estrutura solidificada nos Direitos fundamentais, na Política de Atendimento e nas Questões de Direito Penal.

De acordo com o artigo 6º, da lei 8069/90, o ECA deve ser interpretado em consonância com: os fins sociais a que se destina, o bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento; tudo visto sob o prisma da absoluta prioridade do bem estar da criança e do adolescente, pois o ECA adota a Política Descentralizada e a Doutrina da Proteção integral.

Os artigos 3º, 4º e 6º do ECA, são a base da proteção integral da criança e do adolescente, que se fundamenta no art.227 da Carta Magna. O art.3º estende os direitos antes reservados aos adultos também as crianças e aos adolescentes, tratando-os como sujeitos de direitos; vejamos:

“Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

Os direitos concedidos na lei supra citada não se exercem contrariamente ao de outras pessoas, pois, as crianças e os adolescentes fazem parte da humanidade, o princípio não está formulado em termos absolutos, mas que o interesse superior da criança e do adolescente é considerado como uma condição primordial. O princípio é de prioridade e não de exclusão de outros direitos ou interesses.

A Lei 8069/90 ressalta uma preocupação quanto à vida em família da criança, para tanto transcreve o dispositivo constitucional 227 em seu artigo 4º, onde os menores são destinatários de absoluta prioridade: “... assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos...”.

O art. 6º do ECA, traz o respeito á condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; como também a forma de interpretação da lei.

Dentro do Título II que trata sobre Dos Direitos Fundamentais, o Capítulo III -Do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, vale ressaltar o art. 15 e 17:

“Art. 15.... sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.” , garantias estas descrita na CF/88 nos seus art. 5º ao 11.

O artigo 17 vai mais além especificando no que consiste o direito ao respeito:

“Art.17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.”

O artigo 20 do ECA é a cópia literal do parágrafo 6º do artigo 227 da CF/88. Giságlio Cerqueira Filho comentando o artigo supra citado ressalta:

“Podemos dizer que a constituição plena da subjetivação humana está diretamente relacionada ao (re)conhecimento e pronúncia do nome do pai; o que só pode ser feito a partir do lugar de filho. Lugar singular de filho conferido pela significância paterna”(2000, p.88).

O dispositivo 22 da lei em análise, elenca os deveres dos pais para com os filhos menores, trata-se de “pátrio dever”, amparado pela Constituição Federal no artigo 226 e 227. Esses deveres estão inseridos no contexto dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, especificamente no âmbito do direito à convivência familiar e comunitária, sendo de se concluir que tais deveres são instrumento de asseguramento daquele.

O art. 26 dispõe que os filhos poderão ser reconhecidos pelos pais, “... qualquer que seja a origem da filiação”; esse “qualquer” deve ser interpretado em

sentido amplo, pois a intenção do legislador era não impor limite algum no que se refere ao reconhecimento da filiação para com os filhos.

“Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Elenca neste artigo acima, as três normas essenciais do estado de filiação: direito personalíssimo direito indisponível e direito imprescritível. É direito personalíssimo porque é inerente ao estado de filho, não comporta sub-rogado, nem se trata de direito suscetível de ser exercitado por outrem; é direito indisponível, pois não é possível nenhuma negociação, inclusive transação; e é igualmente imprescritível, pois enquanto vivo assiste ao filho o direito de reclamar o reconhecimento de seu *status familiae*, assim como ao genitor o dever de responder pelo seu dever.

Seção IV – Direito Civil

O Direito civil é o ramo do direito privado destinado a reger as relações familiares, patrimoniais e obrigacionais que se formam entre indivíduos encarados como tais, ou seja, enquanto membro da sociedade.

Trata-se de um direito comum a todos os seres humanos, por disciplinar o seu modo de ser e agir, sem nenhuma referência a condições social ou cultural.

O direito primordial de toda pessoa humana está assegurado pelo Código Civil consagrado no artigo 11, segue:

"Art. 11... os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Goffredo Telles Jr., explica que "os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a vida, a integridade, a liberdade, a socioabilidade, a reputação ou honra, a imagem, a privacidade, a autoria etc." (2004, p.29)

Estão asseguradas aos filhos (descendentes) as relações de parentesco com seus pais especificamente nos artigos 1591 e 1593 do Código Civil, onde

parentesco é o liame existente entre: pessoas que descendem umas das outras, pessoas de um mesmo tronco, cônjuges ou companheiros e os parentes do outro, e entre adotante e adotado.

Define-se como parentesco natural àquelas pessoas ligado uma às outras pelo mesmo sangue. Já o parentesco civil ou socioafetivo não há essa ligação consangüínea. O Enunciado n. 103 esclarece:

"O Código Civil reconhece, no art. 1593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no veículo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai institucional que não contribui com seu material fecundado (CC, 1597, V), quer da paternidade socioafetiva, fecundada na posse do estado de filho."

Quanto ao estado de filiação o Código Civil é bem claro no que dispõe sobre o assunto:

"Art. 1596. 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".

Esse artigo elucida o Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, não se faz distinção entre filho matrimonial, não matrimonial ou adotivo, no que se refere ao poder familiar, direitos, nome e sucessão.

Segundo Maria Helena Diniz, a única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio de reconhecimento; logo, só se poderia falar didaticamente em filho matrimonial ou não matrimonial reconhecido ou não reconhecido, uma vez que, tais termos seriam axiologicamente indiferente. (2004, p.1178)

O Art. 1597 traz um rol dos filhos que se presumem concebidos na constância do matrimônio.

Trata-se de presunção "*juris tantum*" da paternidade, pois admite-se prova em contrário. A paternidade na hipótese do inc. V - "havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido" é a única que não tem fundamento genético/biológico, e sim moral, privilegiando-se a relação socioafetiva. A esse respeito esclarece o seguinte enunciado:

"Enunciado n. 104, a) no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) de vontade no curso do casamento."

O poder familiar engloba normas atinentes aos direitos e deveres dos pais quanto à pessoa dos filhos menores, para assegurar esses direitos e deveres o Código Civil em seu art. 1634 dispõe os pais deverão dirigir a criação e educação dos filhos menores, proporcionando-lhes meios materiais para sua subsistência e instrução, de acordo com suas posses econômicas e condição social, amoldando sua personalidade e dando-lhes boa formação moral e intelectual.

"Os pais têm o poder-dever de ter os filhos menores em sua companhia e guarda para poder dirigir-lhes a formação, regendo seu comportamento, vigiando-os, uma vez que são civilmente responsáveis pelos atos lesivos por eles praticados" (DINIZ, 2004, p. 1214).

PARTE 2. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

Capítulo 1. Inseminação artificial.

Seção I – Conceito

A palavra inseminação vem de *inseminare*, que significa a introdução ou do sêmen ou já do óvulo fecundado no útero da mulher.

A origem da palavra inseminação é de expressão latina - *inseminare*, onde "in" significa dentro, e "sêmen", compreende semente⁶.

Usa-se também o termo "Fecundação Artificial", embora seja pouco correto, pois esta só ocorre depois na inseminação. Também não é correto falar de "artificial", pois o que é artificial é o modo como a inseminação, e não o processo biológico que é inteiramente natural.

Em termos genéricos designa-se assim, os vários procedimentos mediante os quais se procura facilitar o encontro entre o esperma, previamente recolhidos e tratados, com o óvulo para tornar possível a fecundação, ou seja, é a transferência mecânica de espermatozóides para ser implantado no interior do aparelho genital feminino.

No âmbito da Bioética e do Biodireito, essa mediação da reprodução humana é um tema que suscita a discussão, haja vista que as modernas e avançadas técnicas de inseminação podem oferecer a maternidade a todas as mulheres sem exceção e ainda, possibilita a intervenção nas características genéticas e na escolha do sexo da criança.

Levando em conta as diversas possibilidades oferecidas atualmente pela medicina, à mulher e o homem fértil ou infértil para gerar, se deve buscar orientação médica, pois este definirá qual melhor técnica a ser empregada.

⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.p.106.

Seção II – Inseminação artificial homóloga

Subseção I – Conceitos

Diz-se que a inseminação artificial homóloga ou auto-inseminação, quando realizada com sêmen originário do marido ou companheiro da paciente (mulher receptora). Pode esta inseminação ser, ainda, *post mortem*, quando feita com o sêmen ou embrião congelado, após a morte do marido ou companheiro.

A inseminação artificial com espermatozóides do cônjuge (IAC) é um método antigo proposto diante da infertilidade do casal.

Subseção II – Técnicas

IAC se coloca entre as técnicas de reprodução assistida como uma técnica que permite otimizar as chances de gravidez, em casos com indicações bem definidas (distúrbios ovulatórios; alterações no muco cervical, determinadas alterações na qualidade do sêmen).

A Inseminação Artificial consiste em depositar os espermatozóides a diferentes níveis do trato genital feminino.

Dra. Maria Cristina Santoro Biazotti⁷, explica:

Esquemáticamente ela pode ser realizada segundo duas modalidades:

- Inseminação Artificial Intra-cervical (IC)
- Inseminação Artificial Intra-uterina (IU)

A Inseminação Cervical é um método simples que permite reproduzir as condições fisiológicas da relação sexual, porém, não apresenta, teoricamente, nenhum elemento de superioridade em relação ao ato sexual. Suas indicações são bastante limitadas se restringindo aos casos de impossibilidade de uma relação sexual normal ou de uma ejaculação intra-vaginal (malformação sexual; distúrbios sexuais; distúrbios na ejaculação).

⁷ Ginecologista especialista em Reprodução Humana assistida pela Maternité Port Royal (Paris) e Clinique Saint Antoine (Rouen)-França – Responsável pelo Sêmion – Centro de Medicina Reprodutiva do Centro Médico de Campinas.

A Inseminação Artificial Intra-Uterina consiste em depositar espermatozóides móveis capacitados (aptos a fertilizar pós tratamento do sêmen em laboratório) no fundo da cavidade uterina no momento da ovulação. Este método, mais complexo que o precedente, representa uma alternativa de tratamento menos agressiva que outras técnicas de Reprodução Assistida” (BIAZZOTI, 2004).

As principais técnicas de inseminação artificial são o método ZIFT, também chamado de fecundação *in vitro*⁸, ou seja, fora do corpo da mulher, e o método GIFT, onde o gameta é introduzido artificialmente no corpo da mulher, dentro do qual ocorre a fecundação, ou seja, pela transferência intra-tubária de gametas.

A técnica consiste na obtenção dos espermatozóides do marido ou companheiro, através da masturbação. Depois de submetidos por diversos processos de seleção, os espermatozóides são tratados até que estejam prontos para serem implantados no interior do aparelho genital da mulher (receptora).

Essa técnica não apresenta grandes problemas, visto que, não altera a estrutura jurídica existente, pois a paternidade biológica coincide com a legal e jurídica.

Há um pequeno índice de contestação à essa técnica quando ocorre na modalidade *post mortem*, ou seja, após a morte; e sem prévio consentimento do marido ou companheiro na utilização do sêmen congelado.

A controvérsia surge no momento que a criança será concebida e gerada em uma situação de orfandade, a maioria das legislações veda esta possibilidade, pelos possíveis problemas psicológicos e jurídicos que a situação pode ensejar.

⁸ “IN VITRO”: O óvulo é retirado da mulher e o sêmen do homem é coletado, colocando-os em um tubo de proveta. Após a fecundação, que é provocada artificialmente, o óvulo fecundado, já embrião, é transportado para a mulher. (SEMIÃO, 1998, p.172)

“Fecundação Artificial *in vitro* com a participação genética do cônjuge ou de um doador (FIV), pela transferência de embriões (FIVETE), que consiste na obtenção de óvulos que são fertilizados em laboratórios, sendo os embriões posteriormente transferidos diretamente para a cavidade uterina. (BRAUNER, 2004)

Seção III – Inseminação artificial heteróloga

Subseção I – Conceitos

Diz-se heteróloga quando feita em mulher casada ou não, utilizando-se de sêmen não originário do cônjuge ou companheiro, ou seja, de terceira pessoa desconhecida. Pode a inseminação artificial ser, ainda, *post mortem*, quando feito com sêmen ou embrião congelado, após a morte do doador.

A inseminação artificial heteróloga prevista no Código Civil em vigor, no seu art. 1597, inciso V, dispõe:

"Art. 1597 – Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

(...)

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido."

A luz do Código Civil, a Inseminação Artificial Heteróloga, dá-se quando é utilizado sêmen de outro homem, normalmente doador anônimo, e não o do marido, para a fecundação do óvulo da mulher. A lei não exige que o marido seja estéril ou que, por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar. A única exigência é que tenha o marido previamente autorizado a utilização de sêmen estranho ao seu. A lei não exige que haja autorização escrita, apenas que seja "prévia", razão porque pode ser verbal e comprovada em juízo como tal.

Subseção II – Técnicas

A técnica da inseminação é a mesma da inseminação artificial homóloga, ou seja, o procedimento é o mesmo, ressalvada a condição do doador do sêmen que deve ser um terceiro desconhecido. Por isso, esse tipo de inseminação apresenta inúmeros problemas e contestações (que oportunamente serão explanados), já que altera a estrutura jurídica existente, ou melhor, a paternidade biológica se diferencia com a legal e jurídica.

Capítulo 2. Da inseminação artificial heteróloga

Seção I – a mãe

A reprodução humana suscita discussão no âmbito da Bioética e do Biodireito, visto que as modernas técnicas, oferecem a maternidade tanto às mulheres estéreis, quanto àquelas que já atingiram a menopausa, mulheres lésbicas (homossexuais) e, mesmo, a chance de maternidade às mulheres virgens.

Atualmente há a quebra da tradição da maternidade ao se separar a reprodução da sexualidade e ainda, a nenhuma vinculação da maternidade dos limites e imposições traçados pela tradição e biologia humana.

Hoje a ciência possibilita intervir até mesmo nas características genéticas e na escolha do sexo dos filhos, fato esse que põe em primeira ordem a preferência da futura mãe.

Segundo Maria Claudia Brauner:

"Vigora a idéia de que a mulher torna-se feliz e realizada quando engravida e dá a luz e, que as *nulíparas*⁹ são mulheres amargas, egoístas e desequilibradas psicologicamente porque não querem ser mães, não conseguiram engravidar ou ainda, não puderam levar uma gravidez a termo." (BRAUNER, 2004)

Mas estes não são argumentos suficientes para que a genitora decida a vida de um outro ser humano que esta por vir, só porque é a genitora. E também para suprir um "capricho" egoísta; mais acentuado nos casos da utilização de técnica de inseminação artificial heteróloga, onde o marido ou companheiro são estéreis ou nos casos de procriação independente.

Neste último mais ainda está acentuado o "capricho" feminino, que ao submeter esse tipo de técnica, concorda e "contrata" além da utilização do

⁹ Nulíparas: fêmea que nunca pariu. Dicionário Aurélio, 1986, p.1204.

método, a "renúncia" ao conhecimento do doador, ou seja, o anonimato do doador-fértil. Tirando e negando à criança, desde logo, o direito ao conhecimento da sua origem genética de seu pai biológico.

O direito de gerar não é absoluto. Portanto o direito em gerar um filho não pode servir de argumento para que abram as portas a todas as possibilidades de reprodução artificial, passando por cima de tudo e de todos, até mesmo por cima de uma outra pessoa humana - a criança.

Não se deve tratar esta criança como "um objeto-devido", negando-lhe irresponsavelmente a sua dignidade como pessoa humana e ainda, ferindo a Carta Maior que dispõe da primazia à proteção integral ao menor.

Ressalta que não se trata de incompatibilidade entre direitos, nesse sentido:

“Não há necessariamente, uma incompatibilidade entre os direitos da criança e o direito da mãe que opta pela utilização de contribuição genética de doador para gerar e que, portanto, em virtude do critério do anonimato e segredo da identidade do doador, esta não poderá desvendar jamais à criança o nome de seu genitor, embora deva lhe informar das condições em que foi desejada e nascida.” (BRAUNER, 2004)

Seção II – o doador – o pai

As figuras do doador-pai são das mais variadas possíveis. Quando da habilitação para doar os espermatozóides, estes são submetidos a diversos exames biológicos. As condições econômicas, sociais e civis não são de muita relevância, desde que sejam férteis e saudáveis podem fazer a doação. Deixam na clínica, além do sêmen, várias características de sua personalidade.

Senão vejamos:

Cena real de uma clínica de reprodução artificial no Brasil: um casal recebe um cardápio de "doadores" do banco de sêmen e nele encontra ofertas variadas. Por exemplo: um professor de origem libanesa que adora surfar e é católico ou um escrivão de ascendência espanhola cujo hobby é estudar filosofia e é

mulçumano, além de descrever seus tipos sanguíneos, peso, altura, cor de pele, dos olhos, do cabelo etc.

Como também poderá ser um homossexual que se torna doador apenas para a perpetuação da espécie. Já que lhe é bem conveniente, pois aos doadores brasileiros ainda não é atribuída nenhuma responsabilidade de qualquer natureza.

Luiz Roldão de Freitas Gomes se posiciona no sentido que esses filhos (fruto da inseminação heteróloga), terão dois pais, um biológico e outro legal, excluídas as obrigações, responsabilidades e direitos do pai biológico, conquanto conhecido, pois não poderão negar à criança o direito de ser informada a respeito para sempre.

Os doadores estão protegidos pelo Conselho Federal de Medicina, na Seção IV - Doação de gametas ou embriões que preleciona:

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

No Brasil não tem se estabelecido vínculo legal entre doador e a criança. Mas segundo reportagem do GLOBONEWS,¹⁰ nos Estados Unidos, uma moça de 18 anos está prestes a se tornar a primeira criança gerada com esperma de doador-anônimo a conhecer o seu pai biológico. Portanto a tendência é assegurar o direito da criança no conhecimento da sua origem genética.

Atualmente o avanço da tecnologia possibilita uma imagem prévia da futura criança, com características do doador e da genitora. "Em clínicas americanas, os "clientes" podem até mesmo visualizar por computador como seriam os seus filhos caso optassem por este ou aquele doador de sêmen".¹¹

¹⁰ O GLOBO. Disponível em: <http://www.globonews.globo.com/GloboNews/article/0,6993A220388.57,00.html>. Acesso em 16 ago. 2002.

¹¹ Trecho extraído de reportagem intitulada "Em busca do bebê perfeito", da revista VEJA de 3 de novembro de 1999, p. 122.

Seção III – a criança

A criança, fruto da utilização da inseminação artificial heteróloga, tem a sua "origem" advinda do único e exclusivo desejo de uma mulher gerar um filho.

Para satisfazer esse desejo, ela vai até um banco de sêmen e inicia-se uma nova etapa, a escolha do pai-doador; esse de suma "importância" para a genitora, ela não quer qualquer um, a escolha é a dedo, já que o Banco de sêmen lhes proporciona essa escolha, informam-nas inúmeras características dos doadores, como altura, peso, cor, descendência, religião, temperamento, hábitos e etc. Ela tem todo esse interesse com razão, pois as características do doador influenciarão no tipo genético de "seu" filho, em quais proporções ela ainda não sabe. Para tanto já é possível escolher o biotipo físico da criança através de uma tela de computador, ainda não tão utilizada pelo custo do aparelho.

Depois de toda essa pré-seleção, a genitora escolhe quem será o pai - doador de sêmen, de seu filho. Então paga para ser submetida a esse método de reprodução assistida.

Porém, deve se atentar que os *Spes hominis*¹², pessoa em formação, futuro sujeito de direitos civis e públicos, não se concebe que, antes de nascido, decaia à condição de mercadoria e objeto de manipulações genéticas e de estudo científico. Não se compadece com sua origem, natureza e fim, resguardados pela Magna Carta.

No momento da contratação do serviço da clínica, pensando apenas que terá condições de suprir todas as necessidades (em sentido amplo) da criança, a mãe já renunciou o direito de conhecer a identidade do doador para todo o sempre.

Dessa maneira o estado civil do ser humano, por se tratar de expressão de sua personalidade, portanto indisponível, irrenunciável, de ordem pública, assente em fatos permanentes, passa a depender da vontade, mutável e por vezes caprichosa, de partes envolvidas nos contratos celebrados em torno da filiação, sem garantias de sua irretratabilidade, irrevogabilidade ou de perfeição, por ausência de vícios.

Após indagações do filho, a mãe explicará o método que foi utilizado para a sua concepção, mas nunca saberá informá-lo a identidade de seu genitor - pai - doador. Ou então, o que é pior, viver em cima de uma mentira, de uma fantasia que a qualquer momento poderá vir à tona a verdade, prejudicando e decepcionando apenas a criança - vítima.

A obrigatoriedade quanto ao anonimato do doador, advém da Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina.

Contudo, pondera Álvaro Vilaça de Azevedo, no que tange ao referido dispositivo:

"... tais normas violam o direito da personalidade do futuro filho, que não tendo participado dessa relação jurídica, de que resultou seu nascimento, fica inibido de saber sobre a sua filiação. É-lhe negado o direito à identidade.

O estado de filiação, como direito da personalidade, está vinculado à própria natureza de homem, que, descendendo, *ex iure sanguinis*, existe, nesse estado, desde sua concepção até sua morte, como um fato natural, independentemente de lei, que há de respeitá-lo, por inserir-se no âmbito de Direito Natural.

Ora, o respeito à situação natural da paternidade, da maternidade e da filiação é inerente ao Direito natural, devendo preservar-se, como a própria natureza, prevalecendo sobre situações artificiais, *humani iuris*.

Desse modo, pode, a qualquer tempo, por exemplo, o filho investigar, por via judicial, sobre sua paternidade, devendo os responsáveis, em segredo de justiça fornecer os dados indispensáveis a tanto" (AZEVEDO, 1996, p. 48-49).

¹² "Spes hominis" - assim chamado por alguns doutrinadores quando se referem a criança.

Capítulo 3. Do doador – pai

Seção I – Filiação

Conceituado pelo respeitável dicionário Aurélio (1986, p.778):

"Filiação - vínculo que a geração cria entre os filhos e seus genitores; relação de parentesco entre os pais e seus filhos, considerada na pessoa dos últimos".

Juridicamente, conceituado de diversas maneiras por inúmeros e respeitáveis doutrinadores, a saber:

"Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consangüíneo em linha reata de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida".(DINIZ, 2000, p.34)

"Filiação é a relação de parentesco consangüíneo, em primeiro grau e linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram".(RODRIGUES, 2000, p.281)

"O vocábulo filiação exprime a relação que existe entre o filho e as pessoas que geraram."(MONTEIRO, 1997, p.242)

"Filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais".(PEREIRA, 1998, p.173)

Devido ao avanço científico no campo da reprodução assistida, atualmente, há uma dissociação de sexualidade e reprodução, pois a inseminação artificial heteróloga utiliza-se de sêmen de outro homem, normalmente de doador anônimo, e não do marido ou companheiro, na concepção da criança.

Portanto, a filiação não pode mais ser estabelecida tão somente pelo vínculo sangüíneo (paternidade biológica), mas também deverá Ter como base o vínculo afetivo (paternidade afetiva), pois assim tutelaria o interesse do menor.

Há divergência quanto à filiação advinda da inseminação artificial heteróloga, são os posicionamentos:

- a) tem como pressuposto o "inato", ou seja, defendem que a filiação paterna deve ser dada ao doador do sêmen (terceiro "desconhecido"), pois foi através da participação deste que foi possível a origem à pessoa humana (criança); e todo material genético do doador faz parte na formação genética da criança;

- b) acreditam que a tutela legal desse tipo de concepção vem fortalecer a natureza fundamentalmente socioafetiva e adquirida, e não biológica, da filiação e da paternidade. Pois se houver a autorização do marido ou do companheiro para a utilização desta técnica de reprodução, não poderá negar a paternidade, em razão da origem genética, nem poderá ser admitida investigação de paternidade; com idêntico fundamento, máxime em se tratando de doador anônimo.

MARIA HELENA DINIZ acrescenta que, se fosse admitida a impugnação da paternidade, haveria uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional médico e ao anonimato do doador do sêmen inoculado na mulher.

A real filiação surge na dimensão cultural, social e afetiva, de onde surge o estado de filiação efetivamente constituído. Tanto o estado de filiação *ope legis* quanto a posse de estado de filiação podem ter origem biológica ou não.

O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética.

Tratam-se de situações distintas; a primeira tem natureza de direito de família, e a segunda de direito de personalidade. Portanto, as normas de regência e seus efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram.

Seção II – Anonimato

O anonimato do doador tem fundamento "legal" na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1358/92. Estabelece na Seção IV - Doação de gametas ou pré-embriões que:

2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
3. Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem

ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

Fundado nesta norma supra citado, alegam que o anonimato do doador, trata-se de uma medida de proteção ao doador e a criança; como também para assegurar o regular desenvolvimento da estrutura familiar argumentam que:

a) evita que a criança tenha dois pais, um biológico e outro afetivo, que poderia ocasionar perturbações psicológicas à criança;

b) protege o doador de qualquer tentativa de investigação do vínculo de filiação.

E ainda, alegam que não haveria utilidade social alguma na quebra do anonimato do doador, pelo contrário, diminuiriam o número de doadores em razão das responsabilidades dela advinda.

Aos que defendem a quebra do sigilo, fundamentam nos benefícios como:

a) a possibilidade de se evitar doenças decorrentes da consangüinidade;

b) evita as relações incestuosas;

c) a maior aproximação entre genitores e a criança;

d) o acesso ao histórico genético;

e) a proteção aos direitos do menor; entre outros.

Não há dúvida que o papel de mãe e de pai extrapola o vínculo genético com a criança. O vínculo socioafetivo é que realmente atende aos interesses da criança; que necessita para sua formação de amparo, amor, educação, atenção, ou seja, a presença e a participação no dia-a-dia do menor. Esta é de suma importância na formação do caráter e personalidade da pessoa humana.

Contudo, a Constituição Federal em seu artigo 227, §6º, estabelece a igualdade entre os filhos, vedando-se toda forma de discriminação no que tange à filiação. Portanto é assegurado à criança o direito de postular uma ação investigatória de paternidade. Ainda que o pai ou a mãe tenha renunciado ao reconhecimento do doador do sêmen quando da utilização da técnica de reprodução artificial heteróloga, tal ato não vincula o menor, pois à ele é atribuído o direito à identidade genética.

Nesse sentido, José Roberto Moreira Filho, quanto à identidade genética da criança gerada através de inseminação artificial heteróloga dispõe que:

"... a escolha do casal pelas técnicas de inseminação heteróloga ou pela adoção não tem o condão de impedir que o filho gerado possa investigar e ter acesso à sua origem genética, tendo em vista ser este um direito personalíssimo, indisponível e intransferível" (MOREIRA FILHO, 2004).

No mesmo entendimento do autor supra citado, Álvaro Villaça Azevedo, Walter Ceneviva, Silmara de Abreu Juny Chinelato e Roldão Lopes de Barros Neto sustentam respectivamente que:... o filho concebido através de técnicas de reprodução assistida poderá, a qualquer tempo, investigar sua paternidade. (AZEVEDO, 2004)

Walter Ceneviva assevera que:... o "contrato" assinado pela genitora-mãe não vincula o filho, e este ao atingir a maioridade poderá ingressar com ação investigatória para a identificação da pessoa que, mesmo involuntariamente é seu pai biológico.(MOREIRA, 2004)

Silmara Chinelato:... o direito à identidade não significa a desconstituição de paternidade dos pais socioafetivos... O filho só conhecerá o pai biológico se quisesse. O que não pode é negar. Direito de personalidade à identidade e fazê-lo crescer sob uma mentira, como alertam os psicólogos. Pois um simples exame de tipo sanguíneo pode destruir toda a fantasia de que a criança é filho biológico de um casal.(MOREIRA, 2004)

Roldão Lopes de Barros Neto acrescenta:... nossa sociedade, intimamente, outorga o direito ao filho havido fora do casamento de, se o quiser, obter o reconhecimento judicial da paternidade que lhe foi negada pelo pai biológico, mesmo que em decorrência de ser mero doador de sêmen...(BARROS NETO, 2004)

A evolução do direito conduz à distinção, que já se impõe, entre pai e genitor ou procriador. Pai é o que cria. Genitor é o que gera. Esses conceitos estiveram reunidos, enquanto houve primazia da função biológica da família. Ao ser humano, concebido fora da comunhão familiar dos pais socioafetivos, e que já

desfruta do estado de filiação, deve ser assegurado o conhecimento de sua origem genética, ou da própria ascendência, como direito geral da personalidade.

Portanto, é inadmissível que o sigilo obrigatório do doador de sêmen, trazido pela Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina prevaleça sobre a constituição Federal que assegura o direito à identidade e, como tal personalíssimo, indisponível e imprescritível.

O Projeto de Lei do Senado nº 90/99, ainda em trâmite abre a possibilidade da criança advinda dessa técnica de inseminação vir a ter acesso ao seu histórico genético.

Assim conclui um dos maiores especialistas em Direito Civil, Silvio de Salvo Venozza:

"Está em tramitação o Projeto de Lei do Senado nº 90/99, que dispõe sobre a matéria. De acordo com esse projeto, os estabelecimentos que praticarem a reprodução assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e usuários venham a conhecer reciprocamente as suas identidades, zelando, da mesma forma, pelo sigilo absoluto das informações sobre a criança nascida a partir de material doado. Nesse projeto abre-se, porém, a possibilidade de a pessoa gerada ter acesso às informações sobre sua geração em casos específicos em lei e quando houver razões médicas que tornem necessário o conhecimento genético" (VENOZA. 2004).

Dessa forma o projeto em análise abre a possibilidade da quebra do sigilo do doador de sêmen.

Seção III – Ausência

Estudos recentes realizados pela Associação de Pais e Mães Separados de Estado de São Paulo (APASE), sobre a importância da presença paterna no desenvolvimento dos filhos mostram que esta é fundamental para o bom desenvolvimento das crianças.

A ausência da figura paterna traz inúmeros reflexos no que se refere ao filho, como carência, desorganização, desequilíbrio emocional, insegurança,

indecisão, fragilidade da identidade masculina; apresentam também receio em assumir responsabilidade, dificuldade em traçar um objetivo, não sabe reconhecer o que é bom para si, não dão importância a valores morais, entre outros.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, a ausência paterna, tendo como consequência o abandono material e/ou psicológico, resulta em profundas alterações na estrutura psíquica do filho, o que acaba por repercutir nas relações sociais. (1999, p.581)

A psicóloga Vera Resende, após diversos estudos e acompanhamentos de crianças com problemas emocionais, conclui que esses menores expressam dificuldades nas relações com a família, sobretudo em relação à ausência paterna. Essa "ausência paterna" pode se distinguir em dois tipos: um quando a criança conhece o pai, mas não tem contato; e outro quando dela (criança) foi omitida a paternidade. "Isso terá impacto na vida adulta deles.", prevê; e "A forma como se manifestará é que vai depender de como cada um enfrentará esse vazio.", conclui. (2004)

E ainda, a presença do pai ou da figura paterna - alguém que não é o seu pai biológico mas que seja encarado como tal, faz uma grande diferença, pois o contato ainda que esporádico, desde que haja envolvimento afetivo é de grande valia para o menor.

Diversas pesquisas realizadas nas duas últimas décadas, concluem que mais de dois terço das crianças entrevistadas, oriundas de família monoparentais; sentem muita falta da presença do genitor não guardião (pai, no caso), ou seja, lamentam a ausência, "que existe numa correlação entre o estado depressivo da criança e a ausência de contato com o pai não guardião; que a segurança, a confiança e a estabilidade da criança estão diretamente vinculada à manutenção das relações pais-filhos."(2003)

No que se refere à criança fruto de sêmen doado, há os casos da ausência paterna nas gestações por mulheres homossexuais, solteiras, ou seja, que não há nenhuma figura masculina como referência, uma vez que a ausência do pai desempenha uma importância capital na formação da identidade sexual de "seu" filho, pois este último acaba se identificando mais com o feminino. É natural que a criança reflète o que vê e vive em casa.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, relata um caso verídico que mostra o quão é prejudicial nos seus diversos sentidos a ausência paterna em uma pessoa, segue:

A autora ouviu a seguinte frase - "Se eu soubesse que ele era meu pai, minha vida teria sido, quiçá, diferente..." - dita pela filha de Clark Gable, o galã de "E o vento levou", hoje sexagenária; em uma reportagem a respeito dos filhos de Hollywood, tinha como escopo fundamental demonstrar como foi a vida, escrita pelas mais diversas e desconcertantes formas de angústias e frustrações, de criança - hoje adultas. Vejamos:

"O depoimento daquela senhora - cujo olhar revelava, como a espelho do passado, a sua fragilidade infantil, a sua decepção adolescentes, a sua descrença a respeito da hipótese de ser feliz - informava também que o silêncio a que houvera sido submetida a respeito de sua raiz genética paterna, havia sido imposto por sua mãe, ela também atriz destacada do iluminado ambiente hollywoodiano....

A reportagem indica, na continuação, que a dor maior que não foi ultrapassada, sequer vencida, nem mesmo minorada, foi o fato de terem todos, sua mãe e a sociedade próxima permanecido em ódio silêncio a respeito da verdadeira origem daquela criança" (HIRONAKA, 2004)

Essa criança, ou melhor, essa senhora, por toda a vida, esteve a procura de seu pai, pois certamente sua fantasia avisava ao seu inconsciente que se o encontrasse, seus problemas advindos da rejeição e da hedionda farsa cometida pela genitora, em nome do "amor materno", talvez fossem minorados, acariciados, chorados e, talvez expurgados.

Como foi demonstrada, a lacuna deixada pela ausência da figura paterna causa inúmeros reflexos negativos na vida de um filho. Por isso é que a sociedade, o Estado principalmente não deve medir esforços para que uma criança tenha uma família bem constituída, para que no futuro se torne uma pessoa equilibrada e segura de seus atos e que não tenha que passar por problema derivados da privação da ausência de um pai no desenrolar da sua vida.

Seção IV – Direitos e Deveres

Subseção I – Guarda

A guarda consiste na prerrogativa legal atribuída aos titulares do poder familiar ou terceiras pessoas, de manterem consigo menores ou maiores inválidos a fim de dirigir-lhes a formação moral e intelectual, suprir-lhes as necessidades materiais e imateriais encaminhando-os para a vida.

Na constância do casamento ou da união estável, por força do disposto no artigo 5º, I e 225, parágrafo 5º, ambos da Constituição Federal, assim como de leis infraconstitucionais, notadamente o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda é exercida por ambos os pais.

Entretanto, em havendo a dissolução da sociedade conjugal ou a rescisão da União estável, é, no mais das vezes, estabelecida a guarda exclusiva em favor de um dos pais, assegurando aos outros a possibilidade de visitar os filhos.

Conseqüentemente ocorre divisão de tarefas e/ou cisão da guarda do menor. Estas poderão ser convencionadas entre os genitores ou decidida pelo magistrado, quando não há acordo entre os pais. Deve se observar que a guarda oriunda da convenção entre os genitores (pais), pode não ser a que melhor atenda aos interesses do menor e, verificando isso, o juiz poderá não homologar a convenção estabelecida.

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, refinado civilista, afirma que “O juiz atua como guardião de interesse da criança. Exterior ao conflito, ele dispõe de melhores condições para apreciar objetivamente cada situação...” (2003, p.277).

O interesse do menor haverá sempre de receber proteção privilegiada e absoluta prioridade a qualquer outro interesse.

Assim o artigo 227, "caput" da Constituição Federal estatui:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à

alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar,... (2004)

Em perfeita harmonia com o disposto na Lei Fundamental, o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) reza:

"É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária." (grifo nosso)

De sorte que a guarda será regulamentada e fundada no que melhor atender o bem estar do menor, tanto no seu aspecto moral, quanto no psicológico e material. Tanto é que, terceira pessoa poderá ser convocada a exercer a guarda do menor, fundada no interesses primordiais do guardado.

Assim dispõe o parágrafo segundo, do artigo 34 da Lei 6515/77:

"O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesse dos filhos ou de um dos cônjuges".

Nossos tribunais tem repudiado a espécie de guarda alternada, pois esta consiste na divisão de períodos em que o filho viverá sob os cuidados exclusivo ora do pai, ora da mãe; podendo ser dividido esses períodos em semanas, meses ou ano. Ou seja, o menor uma semana vive com o pai e a ele cabe o dever de cuidar e educar, outra semana com a mãe que nesse período que com ela está cabe os mesmos deveres exercidos pelo pai.

O argumento principal na recusa da homologação desse tipo de guarda é que afeta a formação psicossocial da criança, devido as constantes alterações de suas relações.

Assim é que, para Arnaldo Rizzardo, "o revezamento de permanência em períodos ora na casa da mãe, ora na casa do pai, sofre críticas dos autores, eis que a necessidade básica de qualquer cidadão é ter um lar ou moradia fixa. Do contrário, a instabilidade e insegurança tende a aumentar, além de possíveis conflitos na orientação e formação, dados os critérios e conceitos educacionais diferentes dos pais." (RIZZARDO, 1994, p.421)

Quanto menor for a criança, mais gravemente afetará o seu equilíbrio e desenvolvimento psíquico.

A guarda conjunta ou compartilhada retrata bem a prioridade do interesse do menor. Essa espécie consiste na decisão conjunta dos pais separados em relação a tudo que versar sobre o guardado, ou seja, decidirão juntos o que versar a educação, saúde, domicílio entre outros referente ao menor; a qual nenhum prejuízo traria ao interesse do guardado, desde que haja uma harmonia entre os pais.

O que ocorre muitas vezes é que essa espécie de guarda tem sido escolhida equivocadamente por casais em conflito, e nessas condições em nada estaria beneficiando o interesse do menor, pelo contrário, só prejudicaria-o.

Opinião compartilhada também por Waldir Grisard Filho:

"Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro, contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos, e, nesses casos, os arranjos da guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos." (GRISARD FILHO, 2000, p.140)

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro só permitirá essa espécie de guarda se os pais não tiverem em conflito, mas sim, se estiverem com espírito colaborativo e mútuo no exercício conjunto desse Direito-Dever

Subseção II – Visita

A visita é um dever dos pais e direito do menor.

Direito esse que engloba a companhia, o amor, o gozo da presença de seus genitores.

Segundo ensinamento de Eduardo de Oliveira Leite sobre a visita esclarece que a visita tem caráter compensatório (2003, p.221):

“A visita é um expediente jurídico de caráter compensatório que procura minorar os efeitos da ruptura dos laços entre pais e filhos e, por isso, estabelecem períodos, mais ou menos longos, conforme o calendário estabelecido pelo juiz ou pelos esposos, de contato entre o pai não guardião e o filho.”

O direito de visita é estabelecido em acordo firmado pelos genitores ou na sua ausência, estabelecido pelo juiz, de acordo com o desejo, comodidade e possibilidade dos interessados.

Quase sempre os períodos de visita são fixados nos finais de semana, feriados, dias de festa e nas férias escolares.

Em relação aos conflitos gerados sobre a matéria de visita o mesmo doutrinador, explica:

“As soluções, em matéria de visita, exigem redobrada cautela e grande sensibilidade do juiz. Considerando a necessidade que tem a criança de privar com ambos os genitores, todo o esforço do Judiciário deve ser canalizado na manutenção da visita, permanecendo o testemunho do menor (ou do adolescente) numa situação excepcional, sob risco de se favorecer situações injustas e, pois, contrárias ao interesse do menor.” (2003, p.221/222)

Portanto, direito de visita só poderá ser suprido ou recusado se a conduta do genitor for contrária ao interesse do menor, ou seja, pode-se proibir as visitas quando, por exemplo, o genitor tem desvio de comportamento ou moral duvidosa.

Washington de Barros Monteiro interliga o direito de visita com a Lei 6515, assim explica:

“Direito de Visita – confiado o filho menor a um dos cônjuges, assiste ao outro o direito de visitá-lo. Realmente, dispõe o artigo 15 da Lei nº 6515: “os pais, em cujo guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação” (1996, p. 234)

Em conjunto com o dever de visita, o genitor que não possui a guarda do menor dispõe do direito de fiscalizar a manutenção e a educação da criança; em direito é igualmente reconhecido pelo texto legislativo.

Subseção III – Responsabilidade Civil

Aos pais compete o dever de guarda, de educação e de fiscalização, o Código Civil torna-os responsáveis pelos danos causados pelo menor. É o que reza o artigo 932, I do Código Civil:

"Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

(...)"

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, para que essa responsabilidade seja atribuída aos pais, são necessárias as seguintes condições(2003, p.219/220):

- a) a presunção de responsabilidade diz respeito ao pai e a mãe, enquanto exercem o direito de guarda;
- b) a responsabilidade dos pais só é presumida enquanto se referir a um filho menor com eles coabitando;
- c) a responsabilidade dos pais só é considerada se a criança cometer um fato culposo.

Se estas condições estiverem reunidas, os genitores são solidariamente responsáveis pelo ato do filho, pois sobre os primeiros recai uma presunção de culpa derivada.

Para Maria Helena Diniz , a responsabilidade recairá aos pais quando (2001, p.434/437):

- a) o filho absolutamente incapaz pratica atos ilícitos, respondem isoladamente, e em relação ao filho relativamente incapaz, respondem solidariamente;
- b) o menor estiver sob sua guarda e companhia, ou seja, quando estiverem exercendo plenamente o dever de vigilância para com seu filho;
- c) o infante esteja sob o poder parental;

d) estes incorram na culpa *in vigilando*, ou seja, há negligência na vigilância do menor.

Quando a monoparentalidade advém da separação de fato, por esta última não estar regulamentada juridicamente, a responsabilidade recai sobre ambos os genitores, ou seja, permanece a responsabilidade solidária.

No caso de separação judicial ou divórcio, que tem como efeito imediata determinação da guarda unilateral, a este genitor que foi concedido a guarda recairá a presunção da responsabilidade, pois a ele foi confiada a educação e/ou a fiscalização dos atos praticados pela criança.

Carlos Roberto Gonçalves, reafirma a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos: "Se a responsabilidade paterna é decorrência do dever de guarda, com mais razão se configura no caso do menor sem discernimento, porque a obrigação de zelar por ele e de vigia-lo é mais rigorosa."(1995, p.106)

Ficará a cargo do juiz, analisar cada caso concreto se o genitor-guardião cumpriu com o seu dever de zelo e cautela na educação e fiscalização de seu filho.

Assim explica Eduardo de Oliveira Leite:

"A regra não é absoluta e deve ser encarada com os abrandamentos exigidos pela circunstância. Desta forma, o genitor-guardião só será responsável na medida em que o filho coabita consigo, coabitação entendida, não só como um vínculo de dependência jurídica, mas igualmente, de dependência material entre genitor e filho. Igualmente, o genitor-guardião pode se exonerar da responsabilidade provando em juízo que não cometeu qualquer falta na educação ou na vigilância do menor" (LEITE, 2003, p. 219).

A responsabilidade civil tem como finalidade proteger a vítima do dano provocada pela criança, por isso a apreciação da prova elisiva de culpa dos genitores-pais tem sido analisada com certo rigor pelo magistrado.

Desta forma, a obrigação de reparar o dano recai sobre os pais, haja vista que o menor por ser dependente dos pais não tem patrimônio para arcar com as despesas da indenização postulada.

Subseção IV – Alimentos

O fundamento desse instituto vem dos romanos como explica Washington de Barros Monteiro:

"A obrigação alimentar constitui estudo que interessa ao Estado, à sociedade e à família. Dessa relação jurídica ocuparam-se os romanos, que a consideravam antes como *officium pietatis* que é propriamente uma obrigação. Aliás, a linguagem dos romanos exprime o fundamento moral do instituto, que repousa no dever que toca aos parente, sobretudo aos mais próximos, de se ajudarem mutuamente, nos casos de necessidade" (MONTEIRO, 1996, P. 295).

Alimentos são pretensões destinadas à satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Como as crianças (menores), como também os casos de idade avançada, doença, falta de trabalho ou ainda qualquer outra incapacidade, vê-se a pessoa impossibilitada de pessoalmente conquistar os meios necessários à sua subsistência.

A obrigação alimentar tem como fundamento o princípio da dignidade humana, plasmado no art. 1º, III da Constituição Federal e no princípio da solidariedade familiar.

No código civil vigente está regulamentado no Subtítulo III – Alimentos, nos artigos 1694 à 1710. Dispõe o art. 1695, quanto os pressupostos essenciais da obrigação de prestar alimentos:

"Art. 1695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento."

Em leis esparsas, a mais recente em tratar do assunto é a Lei nº 8560/92 que prioriza os interesses da criança, adotando o princípio da paternidade responsável consagrada no art. 226, § 7º, da CF/88, e estabelece que mesmo sem a comprovação biológica do seu genitor, o menor tem o direito de auferir alimentos.

Complementa Eduardo de Oliveira Leite ao comentar a lei supra citada:

"A ação para fins de subsídios (alimentos, na nossa concepção) não tem por consequência estabelecer um liame de filiação entre a criança e o devedor de subsídios (como ocorre, clara e inequivocamente, com Lei 8560/92, de produção nacional). Não é uma ação de filiação (como se depreende da leitura dos artigos da Lei 8560/92), mas uma ação de caráter indenizatório e de caráter alimentar." (2003)

Em contraposição, a lei nº 5478/68, que já regulamentava a obrigação de alimentar do genitor, exige a prova da relação de parentesco como reza o art. 2º, a saber:

"Art. 2º. O credor, pessoalmente ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe."

Esse auxílio prestado, chamado de "alimentos", na terminologia jurídica tem sentido mais lato, abrangendo não só a alimentação, como também habitação, vestuário, diversão, saúde, educação entre outros.

Este "auxílio alimento" descrito no Código Civil como sustento, "é uma das obrigações fundamentais dos pais em relação aos filhos, independentemente do destino de suas relações futuras, é a obrigação de sustento, prevista no art. 1566, IV do Código Civil" (LEITE, 2003, p.227)

"Art. 1566. São deveres de ambos os cônjuges:

...

IV - sustento, guarda e educação dos filhos".

Segundo Loysel, "quem faz o filho deve alimentá-lo" (LEITE, 2003, p.227), acertadamente a afirmação, pois a obrigação de prestar alimento não é em decorrência do casamento legítimo, mas advém da procriação.

Nessa mesma linha de raciocínio, uma reportagem da Folha de São Paulo de 20 de agosto de 2004, relata que a Justiça Sueca condenou um doador de

sêmen a pagar pensão alimentícia aos filhos advindo da técnica de inseminação artificial heteróloga.

O doador apelou da decisão, pois, segundo a lei sueca, o doador de sêmen não é considerado legalmente pai, já que nunca teve relação sexual com a genitora das crianças. Contudo, o tribunal de Estocolmo indeferiu a apelação condenando-o a pagar pensão; fundado na confirmação de ser o doador, para explicar às crianças a origem delas.

Esta decisão demonstra que os juristas estão protegendo os interesses do menor e sobre tudo o respeito a pessoa humana, não deixando se levar pelo caráter econômico e afetivo.

Subseção V – Direitos sucessórios

Conceitua Francisco Cahali, a sucessão como sendo a transferência de direito:

"Sucessão, na acepção da palavra, em sentido amplo indica a passagem, a transferência de um direito de uma pessoa (física ou jurídica) para outra. A relação jurídica inicialmente formada por determinados titulares passa, pela sucessão, a outros" (CAHALI, 2003, p.23).

Silvio Rodrigues, doutrinariamente conceitua Direitos das Sucessões como: "Conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morre a seus sucessores".(1997, p.1)

Portanto a transferência patrimonial advinda dos Direitos Sucessórios é decorrente do falecimento da pessoa e esse direito está ligado ao parentesco do falecido. Esse parentesco pode ser consangüíneo, decorrente da filiação biológica, quer seja ela fruto ou não do casamentos entre os pais; ou civil, advindo da doação.

O direito à sucessão hereditária está consagrada na Constituição Federal entre os direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º, XXX: "é garantido o direito de herança."

A quota hereditária a ser distribuída deverá necessariamente respeitar uma ordem de convocação determinada pelo legislador no Código civil no seu art. 1829, I , a saber:

"Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente,

(...)"

Francisco José Cahali, explica a isonomia dos descendentes a luz do Código Civil vigente:

"O novo Código Civil, com o natural respeito aos princípios constitucionais, registra de forma expressa a igualdade de direitos entre os filhos, independentemente de sua origem (art. 1596),. Nessas condições, o direito sucessório de qualquer filho é idêntico, seja ele havido no casamento ou fora dele, através de adoção ou mesmo de procriação assistida" (CAHALI e HIRONAKA, 2003, p. 183).

Nos caso de filhos advindos através do método de inseminação artificial com sêmen de terceiro desconhecido, baseado no art. 1597, V, desde que haja prévia autorização do marido ou companheiro para utilização desse método de reprodução estes serão considerados filhos legítimos do marido/companheiro, com fundamento na natureza socioafetiva, e não biológica, da filiação e da paternidade.

Não poderá o marido/companheiro negar a paternidade; como também ressalta Carlos Maria Romeo Casabona que ao "filho" não lhe será permitido exercer a ação de investigação de filiação em face do doador-pai biológico, garantindo assim a imunidade jurídica familiar do doador de sêmen.

Há aqueles que defendem a idéia de que o filho possa estabelecer o vínculo da paternidade com o doador, em virtude do direito de conhecer suas origens, compartilham ainda que a filiação e a paternidade advém do vínculo sangüíneo/biológico, portanto, caberia o direito de investigação de paternidade em face do doador do sêmen, conseqüentemente a concessão da filiação paterna que posteriormente adviriam o direito sucessórios.

Guy Corneau filia-se a esse entendimento, vejamos: "o laço biológico foi e continuará sendo, no campo jurídico, fonte de responsabilidade civil, especialmente para fins de alimentos e sucessão hereditária." (1997)

Em contra argumento acrescenta ter se esquecido de que a família moderna não se define mais nos moldes da família patriarcal, onde o sangue era de suma importância em virtude da transmissão da propriedade a partir da constituição de um herdeiro legítimo. "As novas famílias são manifestações plurais, onde o afeto é o amálgama das relações, onde as famílias monoparentais, famílias adotivas e as famílias reconstituídas encontram seu espaço e reconhecimento social e jurídico.", conclui Maria Cláudia Brauner. (2004)

CONCLUSÃO

É evidente que os avanços no campo da biotecnologia trouxeram inúmeros benefícios aos seres humanos no que tange a procriação.

As técnicas de reprodução assistida vieram possibilitar que os casais superassem a sua esterilidade, que as solteiras, viúvas e até mesmo as virgens realizassem o desejo da procriação.

Mas o desenvolvimento desses métodos provocou profundas modificações quanto à família e o direito de família disposto no Código Civil.

Essas procriações vem fazendo surgir diversas questões polêmicas. Pois na tentativa de aplicar as normas do direito encontram-se lacunas no tocante às essas novas descobertas médicos-biológicas.

O método mais polêmico da reprodução assistida é a inseminação artificial heteróloga, devido à utilização de sêmen de pessoa estranha - doador fértil desconhecido.

Esse método pode ser utilizado em todas as mulheres que desejarem procriar, independentemente do seu estado civil, desde que aceitem a imposição da Resolução do Conselho Federal de Medicina quanto ao sigilo do doador de sêmen.

Devido essa imposição e a concordância do mesmo por parte da genitora, a criança fruto desse método de inseminação está privada de toda e qualquer informação ou conhecimento de seu "pai-biológico".

A discussão maior surge nos casos da utilização do método de inseminação artificial heteróloga em mulheres casadas ou que vivem em união estável, pois a criança é criada envolta de mentira e/ou omissão quanto a verdade sobre a sua origem. Nos casos de mulheres solteiras há um outro gravame, que é a ausência de toda e qualquer presença paterna.

Em relação a inseminação artificial heteróloga, no Brasil, apenas a Resolução do Conselho Federal de Medicina (Resolução 1.358/92) e o artigo 1.597, V do Código Civil é que disciplinam sobre o tema.

A grande problemática é que a Resolução não respeita a CF/88, no que tange as garantias fundamentais da pessoa humana, e o inc.V do artigo em análise, deixou a desejar quando reza que presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por reprodução assistida heteróloga

desde que o marido tenha autorizado, pois não há em se falar em presunção, já que é de conhecimento de todos que a criança não é filho biológico do marido/companheiro, portanto devendo tratar-se esse filho como adotado fosse.

A proteção integral à criança é garantida tanto na Constituição Federal quanto na Lei Federal 8.06/90 (ECA), e em razão disso, os seus interesses recebem garantias especiais.

É indubitável a prevalência e superioridade da Magna Carta e da Lei Federal sobre a resolução do Conselho Federal de Medicina. Desse modo, a imposição do sigilo do doador de sêmen, impossibilitando o conhecimento de sua identidade genética, não tem aplicação no âmbito jurídico, uma vez que a criança tem o seu direito ao reconhecimento da paternidade salvaguardados pela Carta Maior, sendo seus interesses preponderantes face ao anonimato do doador.

Se diferente for o entendimento, questiona-se até que ponto pode o ser humano decidir quanto à sua própria vida, a vida de seus filhos, gerando-a ou extinguindo-a; até que ponto é a sociedade quem define os limites do que se pode, ou não, fazer; submetemo-nos, ou não, a uma suposta lei natural ou à norma religiosa, qualquer que seja sua origem?

À ciência cabe apenas fornecer subsídios para que cada pessoa, através da reflexão ética, dê a sua própria resposta a cada dilema, sopesando os valores em conflito e interagindo com o "pensar ético" de sua comunidade.

Conclui-se que a criança concebida mediante inseminação artificial heteróloga pode a qualquer momento investigar a sua paternidade e ter acesso à sua origem genética tendo em vista ser este um direito personalíssimo, imprescritível, indisponível, assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Mesmo que a genitora-mãe ou os pais tenham abdicado de reconhecimento do doador do sêmen, tal ato não vincula a criança, pois é frente a esta que o direito à identidade genética é atribuída.

Sob o amparo da Constituição Federal, admite-se ao filho, a busca aos seus pais, mediante o exercício do direito de estado que tem, como escopo principal, o afastamento da discriminação odiosa, resultante da distinção quanto à origem. O direito indisponível é tão pleno que está incumbido, como atributo essencial de sua individualidade, a filhos advindos de qualquer relacionamento.

Não há nada de extraordinário a idéia de que um ser humano possa pretender tão somente investigar a sua ancestralidade, buscando sua identidade biológica pela razão de simplesmente querer conhecer a si mesmo, por meio dos indícios certos e dos indicadores de sua raiz genética, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Um direito, portanto, puramente natural, da essência do ser humano, no qual nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar.

Para garantir a tutela do direito da personalidade não há necessidade de investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito de personalidade, na espécie direito à vida. Não há necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter direito da personalidade de conhecer os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por doador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado. O direito personalíssimo não tem como consequência o inserimento da criança na relação de família para ser tutelado ou protegido.

Como já foi afirmado oportunamente, há distinção entre pai e genitor. Pai é o que cria. Genitor é o que gera. Esses conceitos estiveram reunidos, enquanto houve primazia da função biológica da família. E ao ser humano, concebido fora da comunhão familiar dos pais socioafetivos, e que já desfruta do estado de filiação, deve ser assegurado o conhecimento de sua origem genética, ou da própria ascendência, como direito geral da personalidade.

Pode-se afirmar a idéia de que o direito de gerar não é absoluto, ou que o filho não pode ser um argumento que abra as portas a todas as possibilidades de reproduzir artificialmente. Entretanto os motivos evocados para restringir-se o acesso ilimitado às técnicas, ora referidas, fundamentam-se em rejeitar o tratamento da criança como sendo "um objeto-devido", negando-se irresponsavelmente a sua dignidade de pessoa. O Estado regulamenta muito bem a adoção, portanto o direito de ter filhos pode ser suprido, não havendo necessidade de envolver diversas pessoas e vitimar uma criança - nos casos a utilização do método de inseminação artificial heteróloga.

Esse método de inseminação não deve lograr recepção. Pois terão essas crianças, um pai biológico e outro legal, excluídas as obrigações, responsabilidades e direitos do primeiro, conquanto conhecido, pois não se pode

negar à criança o direito de ser informada a respeito. O Estado civil do ser humano, expressão de sua personalidade, por isso indisponível, irrenunciável, de ordem pública, assente em fatos permanentes, passa a depender da vontade, mutável e por vezes caprichosa, de partes envolvidas nos acordos celebrados em torno da filiação, sem garantias de sua irretratabilidade, irrevogabilidade ou de perfeição, por ausência de vícios.

A respeito das divergências que continuam permeando a complexidade do problema criado pelas procriações artificiais, a análise do atual estágio dos estudos comprovou uma humanidade do conjunto em favor do respeito devido à pessoa humana. O respeito à pessoa humana, quanto a sua dignidade justifica todas as intervenções do direito.

BIBLIOGRAFIA:

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Ética, Direito e Reprodução Humana Assistida*. Revista dos Tribunais. V.729.Julho de 1996. 85º Ano.

_____. apud MOREIRA FILHO, José Roberto. *Direito à identidade genética*. In: Jus Navegandi, n.55. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>>. Acesso em 08 ago. 2004.

BARROS NETO, Roldão Lopes de. *O reconhecimento da filiação do doador de sêmen*. In: Ub.webnº8. Disponível em: <<http://www.ubaweb>>. Acesso em: 08 ago. 2004.

BATISTA, Teixeira Andreza. *Inseminação Artificial Heteróloga*. Disponível em: www.ucdb.br/nupeju/PROGETO_DE_PESQUISA_Modelo_2_Prof_Manfroi.doc. Acesso em: 21 out. 03

BIAZOTTI, Maria Cristina Santoro. Disponível em: <http://www.saudevidaonline.com.br/c14.htm>. Acesso em: 22 jun. 2004.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de Filhos*. 2.ed., revista, aumentada e atualizada, de acordo com a jurisprudência, a lei do divórcio e o novo código de menores. Livraria Editora Universitária de Direito Ltda.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição Federal, código civil, código de processo civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 4º. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

BRAUNER, Maria Cláudia. *Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental*. Disponível em: www.jus.com.br Acesso em: 08 ago. 2004.

CAHALI, Francisco José, e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Nvaes. Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões, Vol. 6, 2ª ed. rev. e atual. De acordo com o Novo código Civil Brasileiro, São Paulo: RT, 2003.

CENEVIVA, Walter apud MOREIRA FILHO, José Roberto. *Direito à identidade genética*. In: Jus Navegandi, n.55. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>>. Acesso em 08 ago 2004.

CERQUEIRA FILHO, Giságlio . In: CURRY, Munir (coord.) *ECA comentado. Comentário Jurídico e Social*. 3º ed. São Paulo: Malheiros Editores , 2000.

CHINELATO, Silmara de Abreu Juny apud MOREIRA FILHO, José Roberto. *Direito à identidade genética*. In: Jus Navegandi, n.55. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>>. Acesso em 08 ago. 2004.

DAHER, Marlusse Pestana. *Investigação de paternidade*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=535>. Acesso em: 21 out. 03

DALLARI, Dalmo. In: CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentário jurídico e sociais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

DELGADO, Mário. *O novo Código Civil e a Inseminação Artificial*. Disponível em: <http://www.intelligentiajuridica.com.br/artigos/artigo1-oldfev2002.html> Acesso em: 20 jul. 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro; Direito de Família*. v.5.17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Cita TELLES JR., Goffredo, *Código Civil Anotado*. 10º ed., reformulada à luz do Novo Código Civil (Lei nº 10406 de 10.01.2002) Editora Saraiva: São Paulo. 2004.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. 15º ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Enunciado n. 103, aprovado na *Jornada de direito Civil*, promovida, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudo Judiciário do Conselho da justiça Federal.

Enunciado n. 104, aprovado na *Jornada de direito Civil*, promovida, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudo Judiciário do Conselho da justiça Federal.

FARIAS, Paulo José Leite. *Invalidez do negócio jurídico de comercialização de células germinativas humanas*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1849> . Acesso em: 03 mar. 2004.

FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://www.uol.com.br/folha/reuters/ult112u17501.shl>. Acesso em: 20 ago. 2004.

GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental*. São Paulo: Ed. R.T., 2000.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1998

GOMES, Luiz Roldão da Freitas. *Questões Jurídicas em torno da Inseminação Artificial*. Disponível em: www.jus.com.br Acesso em: 17 fev. 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil: doutrina, jurisprudência*. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Se eu soubesse que ele era meu pai*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=529>. Acesso em: 15 ago 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

_____. *Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Famílias Monoparentais*. 2ª ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2003

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Disponível em: www.jus.com.br Acesso em: 17 fev. 2004.

MARIA, Antonio. *Família e Políticas Públicas*. Disponível em: Porcausadele.blogspot.com/2004_04_01_porcausadele_archive.html. Acesso em: 17 fev. 2004.

MARQUES, Brandão Alessandro. *Questões Polêmicas Decorrentes da Doação na Inseminação Artificial Heteróloga*. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/lista.asp?assunto=639. Acesso em: 21 out. 03

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA FILHO, José Roberto. *Direito à identidade genética*. In: Jus Navigandi, n. 55. Disponível em : <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>. Acesso em: 08 ago. 2004.

O GLOBO. Disponível em: <http://www.globonews.globo.com/GloboNews/article/0,6993A220388.57,00.html>. Acesso em 16 ago. 2002

PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Pai por que me abandonaste?* In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse as criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar 1999.

PERIN JUNIOR, Ecio. *Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida em face do meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Jus navigandi, Teresina, ^a7, n.60, nov. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3510> . Acesso em: 15 ago. 2004.

RESENDE, Vera. *Não Basta Ser Pai*. Disponível em: http://www.sp.apase.org.br/21002_revistasauade.htm . Acesso em: 30 jul. 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Direito de família*. v.6. 25.ed.São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Direito civil - Direito das Sucessões*. Vol. 7. 21ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Eduardo. *A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: O direito de família entre a Constituição e o Código Civil*. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Evanildo da. *Não basta ser pai*. Disponível em: <http://www.sp.apase.org.br/21002-revistasauade.htm> . Acesso em: 13 ago. 2004.

VEJA, Revista. *Em busca do bebê perfeito*. de 3 de novembro de 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de família*. São Paulo; Atlas, 2001.

_____. *A reprodução assistida e seus aspectos legais*. Disponível em: http://www.desenv.e-juridico.com.br/noticias/exibe_noticia_imp.asp?grupo=5&codigo=.... Acesso em: 17 fev. 2004.

_____. *Novo Código Civil: texto comparado: Código Civil de 2002, Código Civil de 1916*. São Paulo: Atlas, 2002.

WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 13.ed.ver., atual. e ampl. pelo autor, de acordo com as referências ao Projeto de Código Civil, com a colaboração dos Dês. Luiz Murillo Fábregas e da Profª Priscila M.P. Corrêa da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2000.

ANEXOS

RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/92

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

RESOLVE:

Art. 1º - Adotar as **NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º - Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ
PIRES LIBERAL

HERCULES SIDNEI

Presidente
Geral

Secretário-

Publicada no D.O.U dia 19.11.92-Seção I Página 16053.

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - 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 conciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.

2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas

de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

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

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA:
SOLUÇÃO OU PROBLEMA!?**

Cíntia Kimiko Hori

Presidente Prudente / SP
2004