

A DETERMINAÇÃO DA FILIAÇÃO DECORRENTE DO EMPREGO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A DIGNIDADE HUMANA*

DETERMINACIÓN DE LA AFILIACIÓN DERIVADOS DEL USO DE LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y LA DIGNIDAD HUMANA

Janaína Reckziegel**

Jhonatan Felipe Laurindo Gomes Duarte***

RESUMO: O presente estudo almeja a definição de caracteres identificadores da efetiva filiação no caso de embriões gestados através do processo Reprodução Humana Assistida, tendo como premissa basilar todas as complexidades biológicas que envolvem o referido procedimento, interligando sua aplicabilidade com os campos recém-surgidos da Bioética e do Biodireito. Para tanto, ao fazer uso das inovações legislativas e regulamentares, a corrente pesquisa busca estabelecer os pontos de tensão entre a instrumentalidade médica e genética e os devidos apontamentos sobre a aplicabilidade da Dignidade Humana dentro de uma seara imersa no reconhecimento afetivo como causa motivadora do reconhecimento parental. Assim, ao começar num estabelecimento histórico e procedimental da Reprodução Humana Assistida, passa-se à formulação do conceito de família dentro dos moldes jurídicos e contemporâneos pertinentes, para, por fim, avaliar a correta mensuração da determinação parental dos sujeitos envolvidos no processo de reprodução.

Palavras - Chave: Determinação da Filiação, Maternidade de Substituição, Autonomia, Reprodução Humana Assistida, Bioética.

RESUMEN: El presente estudio anhela la definición de caracteres identificadores de la efectiva filiación en el caso de embriones gestados a través del proceso Reproducción Humana Asistida, teniendo como premisa basilar todas las complejidades biológicas que implican el referido procedimiento, interconectando su aplicabilidad con los campos recién surgidos de la Bioética y del Bioderecho. Para ello, haciendo uso de las innovaciones legislativas y reglamentarias, la presente pesquisa busca establecer los puntos de tensión entre la instrumentalidad médica y genética y los debidos apuntamientos acerca de la aplicabilidad de la Dignidad Humana dentro de una seara inmersa en el reconocimiento afectivo como causa motivadora del reconocimiento parental. Así, empezando en un establecimiento

* O presente trabalho é resultado do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Cívicos/Sociais do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC.

** Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá – RJ. Mestre em Direito Público. Especialista em “Mercado de trabalho e exercício do magistério em preparação para a Magistratura” e em “Educação e docência no ensino superior”. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Advogada, Professora Universitária e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. E-mail: janaina.reck@gmail.com. Endereço de acesso ao banco de currículos do sistema lattes: <http://lattes.cnpq.br/7597547217990217>.

*** Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Advogado. Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel – UNIVEL. E-mail: jhonatann_duarte@hotmail.com. Endereço de acesso ao banco de currículos do sistema lattes: <http://lattes.cnpq.br/6183369838762264>.

histórico y procedimental de la Reproducción Humana Asistida, se pasa a la formulación del concepto de familia dentro de los moldes jurídicos y contemporáneos pertinentes, para, en fin, evaluar la correcta mensuración de la determinación parental de los sujetos envueltos en el proceso de reproducción.

Palabras - claves: Determinación de la filiación, Reemplazo de la maternidad, Autonomía, Reproducción Humana Asistida, Bioética.

INTRODUÇÃO

A busca pela determinação de critérios definidores da paternidade oriunda de técnicas de reprodução humana revela-se como tema de altíssimo relevo pela base teórica e empírica envolta em tal problemática. A estipulação de tal paradoxo ético e jurídico permeia o campo da aplicabilidade rotineira pelo simples fato de que diferentes vetores humanos e sociais entram em conflito direto diante da estipulação do valor da vida humana e seus intrínsecos axiomas.

A relevância jurídica do problema levantado emerge – tanto direta quanto reflexamente – das disposições normativas quanto ao estado de filiação e à diferente composição do núcleo familiar, sendo que a tal instituto é imperiosa a relação de simbiose com as mais variadas formas de atualização temporal. A questão, assim, não se cinge à mera análise silogística ou analógica dos dispositivos de lei, mormente condensados no Código Civil, mas também à efetiva busca de critérios jurisdicionais para a dissolução de conflitos parentais.

Definir a paternidade é mais do que mera complementação documental; é questão que envolve a imersão direta no axioma da Dignidade Humana. Buscar bases objetivas para a definição de tal relação de parentesco emerge necessariamente na relação de subjetivismo decorrente entre a vontade dos indivíduos envoltos na relação afetivo-filial, que, em suma, não deixa também de ser interligação de sujeitos numa relação de Direito. Estipular a titularidade da responsabilidade afetiva, educacional e patrimonial, neste caso, se reveste, exemplificativamente, de elemento volitivo diametralmente oposto ao caso de pais que buscam a negativa de sua paternidade; aqui, o que se busca é o supremo direito ao reconhecimento do afeto – e não apenas de herança genética – como maior traço caracterizador da relação entre pais e filhos.

Assim, o que se questiona são os casos, majoritariamente, de pais – sendo aqui subsumidos os indivíduos de ambos os sexos – que dependem de material genético alheio, ou também de um próprio ventre para a gestação do indivíduo que, mesmo geneticamente

separado, busca ser reconhecido afetivamente como filho. As diferentes nuances intersubjetivas revelam uma situação de especial complexidade pelo fato de significar potencial ingerência na esfera mais individual de cada pessoa: a autodeterminação.

O Direito, desta forma, é a indumentária viabilizadora da discussão afetiva e terminológica cabalmente circunscrita à complexa relação jurídica apresentada. Utilizar-se da instrumentalidade jurídica é ampliar o leque de possibilidades fáticas e sedimentar o entendimento de que a compreensão das relações parentais já escapa dos limites meramente (bio)lógicos. Assim, utilizar a Constituição Federal como norte axiológico e o Código Civil como norma aplicável em seu viés familiar irrompem como alternativas óbvias, sem jamais perder de vista eventuais inércias legislativas que são provisoriamente sanadas por resoluções do Conselho Federal de Medicina.

A utilização do método de pesquisa bibliográfico é o que fomenta a amplitude temática almejada, tão logo o paradoxo sob análise reveste-se de investigação puramente teórica. A divisão do corrente estudo, tomando por base o exposto, dividiu-se almejando o abarcamento do maior número possível de temas aplicáveis, sendo que, *prima facie*, faz-se uma análise histórica do surgimento da reprodução assistida e suas implicações éticas e jurídicas, dando azo também à discussão quanto à formulação dos primeiros critérios de Bioética e Biodireito. Já o segundo capítulo busca dar cabo das concepções familiares emergentes no atual cenário de complexidades sociais, e, conseqüentemente, jurídicas, sendo que o terceiro e último capítulo vincula os critérios aplicáveis para o estabelecimento da relação filial e sua necessária conexão com os elementos parentais envolvidos, sendo que tal discussão já lança as bases da Dignidade Humana que a permeia, sendo a mesma destrinchada desde então.

Por fim, a corrente análise bibliográfica do tema almeja mais do que a simples estipulação objetiva de critérios fomentadores de uma eventual situação de paternidade; o que se busca, em última instância, é a dissolução de construções normativas imperiosas que não deem base à completa e devida situação afetiva, razão pela qual o estudo ora apresentado erige-se como mecanismo científico em busca do aporte das mais dignas condições familiares.

1. UM BREVE HISTÓRICO SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Com a evolução social, o direito tenta evoluir e acompanhar as mutações da sociedade e com isso, novas ferramentas jurídicas são necessárias, para acobertar e para

adequar o ordenamento jurídico a tais situações. Neste sentido observa-se, por exemplo, a transformação genética, a revolução biotecnológica que passam a exigir do direito, algo que regulamente sua utilização, surgindo diante destas mudanças à bioética e o biodireito.

A bioética surge como ramo autônomo do direito e manifesta-se em um conjunto de valores éticos aliados aos fatos biológicos. Tais valores proporcionam discussões que com o passar do tempo são normatizados, seja através de normas fundamentais previstas em nossa Carta Magna, ou através de princípios que serão norteadores para futuras normas infraconstitucionais, que podem ser editadas para suprir as lacunas legislativas.

Dadas às várias utilizações a esta nomenclatura, a Bioética surge para finalmente propor valores, tendo em vista as pesquisas com seres vivos, inclusive a manipulação genética que poderia acarretar graves problemas. Para que num futuro próximo não se discuta os caminhos trilhados por tal termo, de forma a não garantir a dignidade da pessoa humana, ou chegar ao ponto de um “mundo irresponsável” pelos seus feitos. Por isso a Bioética define os preceitos básicos para o exercício da ética e da moral com escopo na dignidade da pessoa humana (WARREN, 1978).

Com toda evolução técnica e científica, urge a necessidade de regulamentação de tal avanço, eclodindo assim o Biodireito. Não há que se mencionar apenas o Biodireito, pois ele está intimamente ligado à Bioética, pois aquele decorre deste. Tendo em vista isto, Meirelles (2011) comenta que o Biodireito, dedica-se a teoria, as normas e da jurisprudência, inerente às condutas reguladoras das ações humanas diante da mutação científica e da medicina. Para isso, o Biodireito deverá ser justo, de acordo com os pensamentos Kantianos, conforme mencionado por Meirelles (2011), com a finalidade de uniformizar as legislações na busca de um ideal de justiça.

Neste sentido à bioética vai estabelecer os limites éticos para que se possa construir um Biodireito capaz de disciplinar, mas não de restringir os avanços científicos e tecnológicos, afim de que as condutas ora praticadas, estejam pautadas na conservação da vida, seja ela presente ou futura. Ademais no que tange as matérias biomédicas, como por exemplo, as formas de reprodução humana assistida, a Bioética traz os valores éticos e morais que se devem pautar os entes integrantes deste procedimento: médico, paciente e clínica de Reprodução Humana Assistida e o Biodireito abordará as consequências que este traz para quando um princípio seja violado ou venha a violar garantias de terceiros.

Neste viés aborda-se a Reprodução Humana Assistida, pois é baseada na simultaneidade de ações que unificam, de modo artificial, o gameta feminino com o gameta masculino para então originar um novo ser humano.

O primeiro caso relatado referente à utilização desta técnica ocorreu em 1332, quando, com o auxílio humano, uma égua foi fecundada pelo método de inseminação artificial (BARBOZA, 1993). Já quanto à experiência em seres humanos, conforme afirma Scarparo (1991), a prática de inseminação artificial ocorreu por volta de 1494, quando tal técnica foi experimentada na rainha D. Joana de Portugal, sendo que tal tentativa resultou infrutífera. Ainda, de acordo com a mesma autora, por volta de 1785, o sucesso foi alcançado através das técnicas de reprodução artificial em um ser humano, quando Thouret – Decano da Faculdade de Medicina de Paris, conseguiu fecundar sua própria esposa estéril.

Segundo Leite, até o século XX, a reprodução humana assistida pouco tinha evoluído, pois em meados da década de 30, a literatura médica internacional, tinha ciência de apenas 88 casos. O uso das técnicas reprodutivas só ganharam mais adeptos quando em 1932, foi presumível determinar o período fértil da mulher e em 1945, quando foi descoberto que os espermatozoides submetidos a baixas temperaturas, juntamente com glicerol, seria possível conservá-lo por um grande ínterim. A partir disso, as técnicas de reprodução humana assistida lograram êxito e, da década de 50 em diante se expandiu. No Brasil, registros datam de 07 de outubro de 1984, quando se registrou o nascimento do primeiro bebê de proveta no país (FERNANDES, 1995).

Este procedimento é um progresso biotecnológico originário na medicina, que traz meios para que pessoas que desejam constituir uma família (entenda-se aqui família enquanto cônjuges e filho e/ou indivíduo e filho), sendo que esta técnica possibilita a realização do sonho do casal ou do indivíduo, através da inseminação ou da fertilização *in vitro*. Tal procedimento é recomendado para casais heterossexuais que não conseguem ter filhos por métodos naturais, dado à infertilidade ou a problemas graves de saúde, e até mesmo, casais homoafetivos, os quais necessitam de apoio da medicina para serem pais ou mães (quando não optam pela adoção) realizando, portanto, uma das aspirações mais frequentes do ser humano, o desejo por gerar descendentes.

A Reprodução Humana Assistida apresenta várias formas de intervenção médica, que dependendo do caso concreto é posto em prática um determinado método. Há também uma classificação abrangente que determina a técnica, a indicação médica e ainda a origem dos gametas que serão utilizados.

O início da vida por vias naturais ocorre com a fecundação e a junção dos núcleos das células reprodutoras masculinas (espermatozoide) e feminina (óvulo), os quais também são denominados gametas ou gametos que se transmuda em uma única célula: o zigoto ou ovo (MEIRELLES, 1998).

Entretanto algumas pessoas possuem problemas relativos à reprodução e, então, veem a necessidade de recorrer a técnicas de Reprodução Humana Assistida, que podem ser divididas em inseminação artificial homóloga ou inseminação artificial heteróloga. Aquela se refere à introdução dos espermatozoides do marido/companheiro (que foram anteriormente recolhidos por meio de masturbação/pulsão escrotal) no útero da mulher. O material genético do marido é injetado, pelo médico, quando o óvulo se encontra apto a ser fertilizado. Já a heteróloga, acontece com a introdução de sêmen de doador fértil, doador, porque neste caso não será utilizado material do marido/companheiro, para este tipo de intervenção é necessária o consentimento livre e esclarecido do casal (FERNANDES, 2005).

A inseminação artificial heteróloga, além de abranger problemas de esterilidade masculina e doenças hereditárias, também é um dos meios que os pares homoafetivos masculinos vêm utilizando para alcançarem a paternidade, usando-se da mãe de substituição (também conhecida como barriga de aluguel), além de ser um meio para as mulheres que desejam a “produção independente” ou ainda casais femininos homoafetivos que assim recorrem a um banco de sêmen para serem fecundadas. Contudo, algumas dessas mulheres que recorrem a este método se deparam com um problema irreversível de esterilidade e necessitam de outro método, que é conhecido como fertilização *in vitro*.

A fertilização *in vitro*, baseia-se no seguinte procedimento: primeiramente, há a coleta dos óvulos, em seguida eles serão analisados e selecionados, sendo observada a sua maturidade a partir de então, havendo sua introdução em uma placa de cultura, com soro humano (estágio que dura em média seis horas). Na sequência, os óvulos são alocados em estufa, a 37° Celsius, para então serem submetidos à inseminação com os espermatozoides previamente selecionados do marido/companheiro ou doador. A inseminação inicia com a adição de 60.000 a 150.000 espermatozoides móveis e normais. Após dezoito horas, pode-se saber se obtiveram êxito em tal procedimento, analisando se a inseminação já passou à fertilização, quando então os embriões em estágio de duas a quatro células serão levados à cavidade uterina, mediante a introdução de um cateter, não sendo necessária aplicação de anestesia, (dada à simplicidade do procedimento). Após algumas horas de repouso, a paciente receberá alta (MEIRELLES, 1998).

Importante ressaltar que a inseminação, assim como a fertilização *in vitro*, pode ser heteróloga ou homóloga, sendo que a determinação será de acordo com o material biológico utilizado, que esta diretamente vinculado ao paciente (interessado), que optará por um dos meios supramencionados ou por recomendação médica, tendo por base problemas de saúde ou por necessidades fisiológicas.

Pode-se citar também o método conhecido como GIFT - *Gamete intrafallopian transfer*, pois permite que a fecundação venha a ocorrer no corpo humano, é um método semelhante ao da fecundação *in vitro*, o que difere é que os óvulos são incorporados com o esperma por meio de um cateter e em seguida, transferidos para uma ou para ambas as trompas, onde possivelmente ocorrerá a fecundação. O pré-requisito, para este método é a permeabilidade tubária, ao menos unilateral.

Outra possibilidade de reprodução humana assistida é a cessão temporária de útero ou maternidade de substituição, que apresenta-se para suprir as necessidades humanas, sejam elas de casais heteroafetivos ou homoafetivos ou ainda para aqueles que pretendem a produção independente, dando-lhes a possibilidade de terem seus próprios filhos. Percebe-se que a maternidade de substituição nada mais é do que o “empréstimo” do útero, ou seja, uma mulher cede o seu útero para gestar e dar à luz a um bebê para posteriormente entregá-lo. Essa técnica de R.H.A. consiste em “[...] apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o útero materno não possibilita o desenvolvimento adequado do bebê” (LEITE, 1995, p. 36).

A maternidade de substituição está prevista na Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.013/2.013, em seu anexo único, trazendo em seu bojo os princípios gerais, aos quais os pacientes das técnicas de Reprodução Humana, as clínicas, centros ou serviços que aplicam a técnica, a doação de gametas ou embriões, criopreservação de gametas ou embriões, diagnósticos e tratamento de embriões, a gestação de substituição (doação temporária do útero) e, por fim, a reprodução humana assistida *post mortem*.

A referida resolução indica que as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família biológica da doadora ou doador do material genético, num parentesco de até quarto grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. O Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP) permitiu a cinco casais gays o direito de receberem a doação do útero de amigas, saindo do rol taxativo da resolução que afirma que somente familiares poderiam ceder o útero. Entretanto, depois de tantas pessoas terem envolvimento com o bebê gerado, pode surgir uma incógnita, quem efetivamente assumirá a postura de ficar/cuidar do bebê, todavia, Diniz pondera: “o que poderia ter mais valor? O conteúdo genético ou os laços de afeto existentes entre a gestante e o feto”. Ainda sinaliza, será que aquela que suportou todo o ônus, seja ele físico ou psicológico da gestação, não teria mais chances? Ou o legislador deverá optar por aqueles que de fato idealizaram o nascimento? Respostas categoricamente respondidas por Diniz (2002, p. 496): “O filho deverá

ser, portanto, daqueles que decidiram e quiseram o seu nascimento, por ser deles a vontade procriacional”.

De tal entendimento, surge a (in)segurança jurídica, pois a maternidade de substituição no Brasil, não é regulamentada, ou seja, apenas o Conselho Federal de Medicina é que deixa claro que somente familiares poderão ceder o ventre, até mesmo por razões afetivas, para que o bebê possa permanecer tendo contato com quem o gerou. No entanto, quando ocorrer uma situação em que uma amiga do casal, como por exemplo dos casais gays do Estado de São Paulo, que a mesma cedeu o seu ventre, mas acabou desenvolvendo um envolvimento emocional com aquele que está sendo gerado, há margem para a ocorrência de um desconforto jurídico, podendo ocasionar uma grande disputa pela guarda do nascituro em questão. Contudo, cabe ressaltar que o filho deverá ser daquele que detém a vontade procriacional.

Outro ponto a ser destacado é que a resolução do Conselho Federal de Medicina deixa explícita a proibição de remuneração em tais casos (BRASIL, 2013, p. 2). Mas deve-se considerar que a mãe portadora terá gastos com a gravidez como pode-se citar: roupas, alimentação, transporte para consultas médicas e exames, bem como com o tratamento psicológico para auxiliar na relação afetiva com o feto.

Neste viés é permitido que seja firmado um acordo financeiro, o qual deverá apenas subsidiar os gastos médicos, roupas de maternidade e outras despesas decorrentes de uma gestação, que podem incluir ainda alimentação (COTTO, 1987). Importante ressaltar que a cláusula de ajuste financeiro traz à tona a discussão sobre a possibilidade de deste ajuste ser considerado como uma remuneração, o que configuraria crime no Brasil, pois a comercialização de órgãos humanos é tipificada no direito penal brasileiro por meio do dispositivo inserto no artigo 15 da Lei 9.434, *in verbis*: “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena – reclusão de 3 a 8 anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa”. Por isso, não observa-se atualmente a gestação por outrem como contrato de prestação de serviços, mas sim, como uma troca em favor do outro, motivada pela solidariedade e pela amizade (no caso de uma amiga ceder seu ventre a um casal homoafetivo masculino, por exemplo). Quando levada ao judiciário, uma situação como a exposta, pretende-se que o juiz, ao decidir, pautar-se no homem médio e nas decisões mais recentes, tendo em vista as novas formações familiares e as diversas formas de instrumentação genética.

2. AS NOVAS CONCEPÇÕES DE FAMÍLIA

A família brasileira é multicultural, dado que traz características de diversas etnias e com elas carrega diferentes valores e diferentes costumes. A partir de tanta diversidade cultural, percebe-se que existem muitas formas de família, não havendo um padrão para determinar o que é uma família, pois esta instituição está em constante mudança.

Nestas mudanças de estruturas familiares num mundo globalizado, pode-se afirmar que uma das discussões mais polêmicas diz respeito aos direitos dos homoafetivos, pois quase sempre são tratados com distinção em relação aos heterossexuais. Contudo, vale ressaltar que segundo a Constituição Federal todos são iguais em direitos e deveres. Todavia, a indiferença com relação aos direitos dos homoafetivos demonstra a insensibilidade dos legisladores.

Cita-se alguns exemplos de propostas que estão paradas em algumas gavetas do Congresso Nacional, como a Emenda à Constituição, que visa afastar a discriminação por orientação sexual e proteger as uniões homoafetivas. A PEC de n. 66/2003, que visa dar uma nova redação aos artigos 3º e 7º da Constituição Federal, para incluir entre os objetivos fundamentais do Estado a promoção do bem de todos, sem preconceitos de orientação sexual, e também visa incluir entre os direitos sociais a proibição da diferença por orientação sexual, bem como a PEC de n. 70/2003, objetiva alterar o §3º do artigo 226[†] da Constituição Federal, para afastar a expressão *entre um homem e uma mulher* do dispositivo que prevê a união estável (DIAS, 2009).

Resta aos pares homoafetivos recorrerem ao Judiciário para terem seus direitos garantidos, tendo em vista a inércia dos legisladores, que há mais de 10 anos possuem um projeto de Emenda Constitucional, mas, o mesmo não passa das gavetas do Congresso. Não se pode deixar levar pela estagnação dos legisladores brasileiros, pois a Justiça Brasileira, apesar de não ter leis regulamentando determinados casos, vem julgando de forma benéfica os membros das comunidades homoafetivas, permitindo igualdade a todos que a ela recorrem, sejam heteroafetivos ou homoafetivos. Uma parcela considerável de pessoas vê a homoafetividade como algo da moda, ou como uma tendência passageira, sem esquecer, dos que ainda acreditam que seja uma doença. A homoafetividade é, todavia, tão antiga quanto às origens da humanidade, porém a sociedade (tomada por uma cultura machista e

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

[...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

heteronormativa) inverte os valores, incita ao ódio, manipula para dizer que este comportamento é errado, tolerando a homoafetividade em alguns momentos apenas. A sociedade tende a estar alienada, ao desenvolvimento da humanidade ou ao amor entre iguais (DIAS, 2009).

As proporções deste problema são continentais, pois enquanto países são a favor do casamento entre iguais (Dinamarca, Canadá, Islândia, México, Argentina, Portugal, Espanha, Bélgica, Holanda, Suécia e Noruega) outros editam sanções proibitivas de qualquer forma de manifestação sobre a homossexualidade, alguns países impõem até pena de morte aos que assumem sua sexualidade (Mauritânia, Nigéria, Sudão, Arábia Saudita, Iêmen, Somália e Irã). Com a atenção dada pelo Supremo Tribunal Federal à causa GLBTTT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros) quando em 05 de maio de 2011, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.177, requerida pela Procuradora – Geral da República e julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental a ADPF n. 132- RJ, requerida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, a Suprema Corte decidiu conceder a equiparação da união estável com o casamento civil, e com tal decisão facilitou a conversão da união estável em casamento, as ações contra homofóbicos aumentaram no Brasil, fazendo com que a mídia criasse campanhas de não à homofobia e de não à discriminação, trazendo alento a uma comunidade por muito tempo discriminada.

Além da família tida como tradicional e a família homoafetiva, Tepedino (1999) menciona outra formação familiar, as famílias anaparentais, que são aquelas em que a convivência se dá entre parentes.

Pode-se apontar a família recomposta, que é aquela formada pela união com outra pessoa, da qual esta, já possui filho de união anterior. As relações que se estabelecem nesta formação familiar são pautadas na socioafetividade.

Há que se indicar as formações familiares onde está presente apenas o pai ou a mãe, ou até mesmo, pessoa que more sozinha à qual também será considerada como uma família. E não tão frequente, mas uma nova tendência, que é a família poliafetiva ou como também é conhecida família paralela, apesar do ordenamento pátrio não permitir a poligamia, em 2012 foi noticiado que em Tupã, interior de São Paulo, foi registrado que um homem vive em união estável com duas mulheres (IBDFAM, 2012).

Com isso é possível notar que o Direito de Família, está em constante mudança, dado as diversas faces possíveis de serem encontradas nesta seara. Onde o que une não apenas os laços biológicos, mas também o afeto, o qual atualmente tem trazido mais dignidade para os lares.

3. FILIAÇÃO DECORRENTE DO EMPREGO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A DIGNIDADE HUMANA

A partir do pensamento de que quando uma criança nascida através da maternidade em substituição, de fato vier ao mundo, o direito de permanecer com a criança se deve a quem possui animus procriacional, ou seja, a luta da mãe doadora do útero para requerer a guarda da criança torna-se inválida. Considerando-se a identidade genética, não há que se negar que é um direito de todo cidadão saber suas origens biológicas e genéticas, entretanto do ventre que o gerou este nada carrega, uma vez que a carga genética do gerado através das técnicas de reprodução humana, será da mãe solicitante, do marido/companheiro ou doador, este último tem o seu anonimato protegido, através do termo de consentimento livre e esclarecido assinado entre o doador e a clínica de Reprodução Humana Assistida.

Nas frestas da Lei, poderia ser observado o que Goldhar (2010) afirma, pois além dos laços biológicos, hoje para fins de estabelecimento de filiação, nota-se também os laços afetivos.

Neste aspecto, quando usada à inseminação artificial heteróloga (aquela que utiliza material genético de terceiro/doador), deve-se levar em consideração posteriormente quem de fato está criando a criança, aquele que protege, alimenta, educa, enfim que participa do desenvolvimento, dando todo suporte necessário para o bom desenvolvimento da mesma, este é o que deve ser considerado pai/mãe, pois é o que possui laços intensos de afeto com a criança (DONIZETTI, 2007, p. 15).

Com base na argumentação acima mencionada é possível entender quais laços se está considerando como fundamentais para a relação de pais e filhos. Contudo, não se pode negar ao filho o direito de saber sua origem genética e sua história, questão esta que se mostra de fácil resolução quando o útero doado é de um membro da família, que provavelmente estará por perto do bebê, acompanhando seu desenvolvimento. Semelhante caso talvez não ocorra quando utilizado o ventre de uma amiga, que será inseminada com material genético de uma doadora anônima. Por isso, é importante, analisar o futuro desta criança oriunda deste procedimento médico, pois ela poderá querer saber sua identidade, saber da sua concepção e isso poderá refletir em terceiros envolvidos.

Essa nova cultura da inseminação artificial, em uma sociedade nas condições atuais, que ainda não tem uma tradição, e somada à influência da igreja que sempre esteve em

choque com a ciência pode levar a certos impasses sociais. Muitas vezes, levanta-se a questão psicológica, de que os filhos teriam a falta de uma mãe/pai, contudo estes poderão ter a presença materna/paternas dos avós e, acima de tudo, poderão ter a função materna/paterna muito bem empregada por seus pai(s)/mãe(s), visto que tal função não necessita ser realizada necessariamente por terceira pessoa.

Há que se considerar que a norma fundamental está cada vez mais presente, tendo em vista a Constitucionalização do Direito. O avanço tecnológico e o nascimento do Biodireito trouxeram à tona a preocupação com a dignidade da pessoa humana, que deve ser tratada com o mínimo de dignidade e respeito, respeito este que é o autojulgamento que a pessoa faz de suas atitudes. Por outro lado, o médico deve se atentar aos interesses de quem está sob seus cuidados, tal preceito preconiza que o responsável pelo paciente deve fazer tudo que está ao seu alcance, desde que este, seja para o bem do próprio paciente, para evitar danos futuros.

Deste modo, pode-se mencionar o conceito desenvolvido por Immanuel Kant (2009), o qual descreve em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, que “a lei moral autônoma é aquela que tem na vontade boa”, seus elementos essenciais e sua fundamentação como sendo princípio da moral, portanto a mulher que cede seu ventre, de forma autônoma, está imbuída de vontade boa.

Em outro sentido, diante da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, se tornou possível a concepção, por meios artificiais, em oposição à relação sexual. O atual Código Civil, em seu Capítulo II (artigo 1.596 e seguintes), que trata da filiação, de maneira tímida trouxe essa questão, fixando a presunção de paternidade, conforme artigo 1.597, III, IV e V. Tal presunção de paternidade é herança do Direito Romano, que como forma de preservar o casamento, e evitar inquirições a respeito da filiação (FERRAZ, 2011).

Quando o método utilizado for o da fertilização homóloga, haverá uma coincidência de filiação biológica e filiação jurídica, neste caso não enseja maiores discussões, pois os pais sociais e biológicos são os mesmos. O Código Civil de 2002, em seu artigo 1597, inciso III, deixa expresso o reconhecimento dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que o marido já tenha falecido, desde que, o marido tivesse consentido na realização da inseminação artificial com seu material genético. Tal concessão deve ser expressa e deve ou estar com a clínica (termo de consentimento) ou presente em seu testamento. (MADALENO, 2008).

Quando da utilização da fertilização heteróloga, que se utiliza material de um doador, para a formação do embrião em laboratório para ser implantado no útero da mulher, este método acarreta em inúmeros questionamentos sejam eles de ordem ética ou jurídica. Este

método é previsto no Código Civil, em seu artigo 1.597, inciso V, o qual atribui a paternidade ao marido, desde que este tenha autorizado à realização de tal procedimento. Deste modo se pode vislumbrar um caso de filiação socioafetiva, onde o animus de ser pai sobrepõe-se a qualquer vínculo biológico. Quando se observa o caso de uma mulher (solteira), o filho deverá ser registrado apenas em nome da mãe, pois o doador de sêmen está protegido pelo anonimato (FERRAZ, 2011).

Neste procedimento é possível encontrar algumas formas de fecundação: como ter o material genético do casal implantado em terceira pessoa, ou material genético de terceiros, diferente do casal, implantado na cedente e ainda material genético do marido, com óvulo da cedente do útero (FERRAZ, 2011).

O Código Civil foi ausente, ao tratar da maternidade em substituição, muito embora o Conselho Federal de Medicina, já venha dispendo em suas resoluções desde o ano de 1992, a respeito da matéria. O maior impasse encontra-se no Código Civil, que veda este tipo de contrato, seja ele gratuito ou oneroso, haja vista que o objeto é o ser humano, o qual desta forma estaria sendo coisificado. Entretanto este é um método sugerido, quando não existe outra saída para a infertilidade. A Resolução 2.013/2.013 do Conselho Federal de Medicina prevê que a cedente seja uma familiar até quarto grau e excepcionalmente que seja alguém não pertencente à família, contudo para ambos os casos não se admite remuneração. Quando da indicação de filiação, no primeiro caso, quando o material genético é do casal solicitante não há maiores problemas, pois estes são pais genéticos do nascituro, entretanto o problema se inicia, quando da segunda e terceira instrumentação, pois na segunda não há qualquer vinculação genética com o nascituro e na terceira, o material genético do pai é instrumentado para com o da cedente, o que acarretaria semelhante a uma inseminação, onde a discussão para registro poderia não ter fim (FERRAZ, 2011).

Neste aspecto, os contratos possuem um caráter finalístico, o qual não devem ser atribuído valor, seja valor ao contrato/ato ou a pessoa que se dispõe a tal procedimento, sob pena deste ser humano estar ferindo sua própria dignidade. Tal dignidade é considerada por Kant, como o algo sem valoração mercantil porque não se pode substituir, logo, a dignidade não tem preço, pois o que possui preço *são coisas ou objetos*, já o ser humano, possui dignidade e esta é uma qualidade inerente a sua própria espécie (KANT, 1988).

Immanuel Kant é a referência filosófica para o estudo da dignidade humana, na modernidade. Para o autor, no reino dos fins, tudo tem ou preço ou dignidade. “Quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade... pode ser um fim em si mesma, um valor intrínseco, isto é dignidade” (KANT,

1988, p. 187).

Com isso, Kant em sua obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*, se atentou aos princípios morais, ditados pela razão, os quais devem ser valorizados e para que assim assumam o papel de leis universais. Com esta acepção, ele estabeleceu que a vida humana, não possui preço e declarou que o ser humano deve ser um fim em si mesmo, e não como um meio de submissão, ou então os princípios morais não poderiam ser considerados como leis universais (KANT, 2004).

Pode-se dizer que a dignidade humana encontra-se vinculada a pessoa que é dotada de qualidades que impede que seja tratada como um meio ou instrumento de vontades alheias, por ser um fim em si mesmo, lhe permitindo ter um valor essencial (KANT, 1988).

O fato de todos os seres humanos pertencerem à humanidade faz com que todos tenham dignidade, que é a essência da humanidade, indivisível, não demonstrável, mas existente como pré-condição (RECKZIEGEL, 2013).

Ingo Sarlet (2009) destaca que o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana está centrado na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa, salientando, pois, que a autonomia refere-se à capacidade de autodeterminação de cada ser humano em suas condutas. “Significa o autogoverno da pessoa, autodeterminação de seu destino, liberdade de tomar decisões que digam respeito à sua vida e saúde física” (PEGORARO, 2002, p. 106).

Por conseguinte, a autonomia deve ser entendida como a capacidade de a pessoa determinar seu próprio destino, por meio da racionalidade e sem pressões do mundo externo (RECKZIEGEL, 2013).

De acordo com a fórmula desenvolvida por Günter Dürig (1956) e com base na matriz kantiana, a dignidade será violada sempre que a pessoa for reduzida a objeto como mero instrumento. Caso isto ocorra o indivíduo será desconsiderado como sujeito de direito e, portanto, sua dignidade será atingida (SARLET, 2009).

Diante do exposto pode-se perceber que a Dignidade da Pessoa Humana, deve prevalecer em todas as relações, em todas as intervenções médicas que serão realizadas, e que em nenhum momento uma das partes pode faltar com respeito à outra, pois se assim proceder estará ferindo a própria dignidade. Em outro aspecto se deve salientar que a definição da guarda do nascituro deve ser daquele que possui o animus criacional, como anteriormente mencionado, pois este aguarda esta criança, e fez uso da sua autonomia privada para optar pelo seu nascimento. A que diz respeito a mãe portadora do feto, no caso da maternidade em substituição, não se deve alegar que ao entregar a criança, estará lhe ferindo a sua dignidade, pois ela também se utilizou de sua autonomia da vontade para participar desta instrumentação,

e tinha o conhecimento consentido de que o bebê gerado neste método não iria ser seu, mas sim do casal que almejou esta gestação, bem como o nascimento desta criança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A estipulação de critérios para a formulação da identidade parental em torno da Reprodução Humana Assistida emerge como caractere objetivo, mas cujo cunho é essencialmente subjetivo. Prova disso é a completa determinação emocional em certos casos como parâmetro de resolução das dúvidas atinentes à condição familiar mais adequada.

A gestação, nos moldes heterólogos expostos, não é mais causa exclusiva para estabelecimento da relação parental como o é em casos de procedimentos gestacionais sem intervenção médica. Nos casos expostos, o afeto é o que vem sendo causa fornecedora de respostas para a criação dos vínculos parentais.

Assim, o que se referenciou enquanto objeto pesquisável foi à determinação parental através de procedimentos de Reprodução Humana Assistida dentro dos panoramas que extrapolassem a mera relação genética habitual, sendo a maior exemplificação apontada o caso dos já citados mecanismos heterólogos de inseminação, além da cessão de ventre para a gestação de um filho de outrem.

Nenhuma outra resposta exsurge com tanta propriedade quanto à consideração dos critérios afetivos para estipulação da relação parental devida, de modo que o elemento volitivo circunscrito no caso familiar em análise é fator de ponderação de relevância incomensuravelmente maior do que a simples guarda de um embrião.

É movimento notável nas correntes mais humanistas do Direito a completa observação dos valores humanos como causa motriz da geração de garantias constitucionais e jusnaturalistas. Desta forma, o que se busca é a elevação da Dignidade Humana em seu espectro emocional como elemento inseparável de não apenas a geração de direitos, mas também de formulação de um contexto social em que figure como protagonista a realização da plenitude vivencial humana em todas as suas formas.

Por fim, indissociável é o quadro da referida realização vivencial e uma formação familiar, independente do molde sob o qual se esculpa os diversos anseios em jogo. Se a dignidade kantiana apela ao reconhecimento como sujeito de valores, ela vincula invariavelmente tal conceito ao de uma realização humana que transborde o individualismo. É por motivos assim que a importância do reconhecimento familiar e da identidade parental são

alçadas ao topo do ordenamento de direitos da referida célula social; pelo fato de ser na coletividade e através de seus laços intersubjetivos que todos os indivíduos se realizam em plenitude.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código Civil, Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. **Resolução 2.013, de 16 de abril de 2013**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Publica no Diário Oficial da União em 09/05/2013 – seção 1 – p. 119.

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

CALLAHAN, Daniel. Bioethics. In: REICH, Warren (org.). **Encyclopedia of Bioethics**. 2. ed. [s.l.], Macmillian Pub, 1978.

COTTO, Mayra Carillo. Nuevos metodos de concepción humana: estudio sobre sus consecuencias em el ordenamento juridico puertorriqueño. **Revista Juridica de La Universidad de Puerto Rico**, Rio Piedras, v. 56, n. 1, pp. 127-157, 1987.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva – O preconceito & e a justiça**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONIZETTI, Leila. **Filiação Socioafetiva e direito à identidade genética** - Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2007.

DÜRIG, Günter. Der grundsatz der menschenwürde. entwurf eines praktikablen wertsystems der grundrechte aus art. 1 abs. 1 in verbindung mit art, 19 abs. ii des grundgesetzes. In: **Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR)**, n. 81, 1956. p. 127.

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

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Editora 70, 1988.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

IBDFAM, **Escritura reconhece união afetiva a três.** Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/Escritura+reconhece+uni%C3%A3o+afetiva+a+tr%C3%Aas>>. Acesso em 08 jul. 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Biodireito em Discussão** – São Paulo: Juruá, 2007.

_____. **Reprodução Assistida e Exame de DNA: Implicações Jurídicas.** Curitiba: Gênese, 2004.

PEGORARO, Olinto A. **Ética e bioética: da subsistência à existência.** Petrópolis: Vozes, 2002.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das Pessoas e das Famílias: Doutrina e Jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2008.

RECKZIEGEL, Janaína. **Seres Humanos, Autonomia e Fármacos 2013.** 226 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá (UNESA), Rio de Janeiro, 2013.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito.** 2 ed. [s.l]:Del Rey, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.