

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	10
CAPÍTULO I – BIOÉTICA, DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....	14
1.1 Pressupostos jurídicos do Biodireito.....	14
1.2 Bioética.....	15
1.3 Liberdade da atividade científica.....	17
1.4 Direitos fundamentais da personalidade: privacidade, intimidade, honra e imagem.....	19
1.5 O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.....	22
1.6 O direito à identidade genética.....	24
CAPÍTULO II – DIREITO DE FAMÍLIA E FILIAÇÃO.....	26
2.1 O direito de filiação e seus princípios relevantes.....	26
2.2 Estado de filiação e origem genética.....	30
2.3 Presunções de paternidade.....	31
CAPÍTULO III – REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	35
3.1 Inseminação artificial homologa e heteróloga.....	36
3.2 A falta de consentimento do cônjuge.....	37
3.2.1 Impossibilidade de paternidade presumida.....	39
3.2.2 Impugnação de paternidade.....	40
3.3 Filiação sócio-afetiva e o melhor interesse do menor.....	42
3.4 Paternidade biológica e doação de gametas: os limites da paternidade presumida em face da reprodução assistida heteróloga.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49

REFERÊNCIAS.....51

INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos o avanço tecnológico cresceu consideravelmente, e a sociedade e suas normas nem sempre conseguem acompanhar tal avanço. O mundo novo nos últimos trinta anos saiu da utopia de vários escritores para entrar para a realidade de nossa geração. Temas antes apenas discutidos como hipóteses hoje estão presentes na nossa realidade devido aos avanços na área Biomédica. Em consequência deste avanço e diante do questionamento ético e jurídico acerca destes temas atuais, é necessário o surgimento de normas reguladoras para que a ciência alcance seus objetivos sem extrapolar com os limites éticos socialmente erigidos.

Ao se deparar com o tema da paternidade presumida, abrangem-se inúmeras possibilidades para que esta seja atribuída. Esta paternidade sendo limitada ao prisma da reprodução assistida heteróloga, sem o consentimento do marido, nos gera vários conflitos na esfera social e pessoal. Social porque se não for atribuída esta paternidade ao pai, a quem será? Ao pai biológico doador do material genético, ao pai afetivo que não desejou a criança ou cabe a paternidade inexistente? E os direitos da criança? E os direitos do marido, bem como o resguardo do princípio da dignidade da pessoa humana? Como é regulada essa inseminação e quais suas implicações? Como se pode verificar, a sociedade num contexto está incluída, bem como o direito personalíssimo da criança e das demais partes envolvidas, razão em que se afirma a justificativa social do presente projeto de pesquisa.

Diante de tal quadro, a autora Maria Helena Diniz, em sua obra *O estado Atual do Biodireito*, suscita a tese que será utilizada como marco teórico deste trabalho, ao prenciar que a ausência de consentimento do marido na reprodução assistida heterologa afeta a solidez do casamento, podendo ate mesmo configurar injuria grave, pois a paternidade forçada atinge a integridade moral e a honra do marido, em que este tem que assumir uma obrigação indesejável enquanto não for provada a inseminação heterologa, pois o art. 1597, caput, afirma que é filho quem nascer na constância do casamento.¹

¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado Atual do biodireito*. 4 ed. rev. e atual. conforme a Lei 1.105/2005. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 506. Na passagem do marco teórico citada, a autora faz referencia a separação judicial, entretanto, este instituto foi abolido conforme emenda constitucional que traz nova redação ao art. 226, § 6 da CF/88, em que alem de desaparecer a separação, eliminam-se os prazos

A presente pesquisa traz como objetivo fundamentar a impossibilidade da presunção de paternidade nos casos de reprodução assistida heteróloga sem o consentimento do cônjuge. Além de pesquisar bibliografia, legislação e princípios jurídicos sobre o tema, com o propósito de considerar as opiniões dos juristas e doutrinadores sobre a questão da reprodução assistida, bem como da presunção de paternidade e sua imposição quanto da reprodução assistida heteróloga.

Cabe então ao direito acompanhar essa temática sem ferir princípios éticos e direitos humanos fundamentais, previstos na nossa Constituição. Diante disto, os operadores do direito e julgadores encontram grande dificuldade de solucionar e encontrar amparo em temas tão polêmicos e atuais como este em questão, outra razão em que se justifica a investigação da pesquisa em comento. Portanto, quanto ao ganho jurídico, de grande valia este o será, pois está diretamente ligado com princípios básicos referentes ao ser humano e sua vida em sociedade, além das relações que são geradas pelos mesmos, e como e de que forma a ciência pode interferir nessas relações, proporcionando equilíbrio entre ciência, sociedade e direito. A pacificação desse embate revela o seu interesse jurídico.

Portanto, conforme se denota, o objeto da presente pesquisa é a presunção da paternidade, delimitada na reprodução assistida heteróloga. Diante de tal objeto de pesquisa é possível se deparar com o seguinte problema: cabe a imputação legal da paternidade presumida diante de reprodução assistida heteróloga no desconhecimento por parte do cônjuge?

Posto isso, a hipótese de se regulamentar a reprodução assistida heteróloga como meio possível – indicado em casos específicos e não alternativos de reprodução – evita-se possíveis problemas de reconhecimento da paternidade quanto a criança a ser gerada, não cabendo a imputação da paternidade presumida, tendo em vista ser necessária prévia autorização por escrito do cônjuge no que tange ao ato da fecundação.

Nesse aspecto, a pesquisa será teórico-dogmática, com vertentes inter e transdisciplinares, considerando a presença de investigações nas searas da Biomedicina, da Ética, bem como do Biodireito e do Direito Constitucional.

Dentre os assuntos apresentados, no primeiro capítulo serão abordados os pressupostos jurídicos do biodireito; a bioética; a liberdade da atividade científica; os

e a perquirição de culpa para que seja dissolvida a sociedade conjugal. (GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA, Rodolfo Filho. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.).

direitos fundamentais da personalidade que são: privacidade, intimidade, honra e imagem; o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito à identidade genética.

No segundo capítulo entra em pauta o direito de filiação e seus princípios relevantes; o estado de filiação e a origem genética e as presunções de paternidade.

No terceiro e último capítulo será abordada a inseminação artificial homóloga e heteróloga; a falta de consentimento do cônjuge; a impossibilidade da paternidade presumida; impugnação da paternidade; a filiação sócio-afetiva e o melhor interesse do menor e por fim, a paternidade biológica e a doação de gametas: os limites da paternidade presumida em face da reprodução assistida heteróloga.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O presente estudo tem como centro a noção de paternidade presumida e seus limites em casos específicos, como o da reprodução assistida heteróloga sem o consentimento do cônjuge.

A questão tem origem no Biodireito e nos avanços tecnológicos nas áreas de Medicina e Biologia, gerando uma inovação no modo de agir e como decidir problemas decorrentes destes avanços, encontrando uma forma analógica para se julgar judicialmente esses conflitos com posterior regulamentação.

Devido a esses avanços e a falta de previsão jurídica destes conflitos, explica Barboza: “O homem passou a interferir em processos até então monopolizados pela natureza, inaugurando uma nova era que poderá se caracterizar pelo controle de determinados fenômenos que escapavam ao seu domínio”.²

Em contrapartida, a legislação brasileira prevê em casos específicos contidos no art. 1.597 e seguintes do Código Civil de 2002, sobre a paternidade presumida e sua abrangência. Neste ponto entra nosso tema em questão: até onde pode se presumir a paternidade em caso de reprodução assistida heteróloga sem o consentimento do cônjuge?

Antes de responder a essa pergunta, necessário se faz esclarecer que a **inseminação artificial** far-se-á quando:

[...] o casal não puder procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, pseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozoides, obstrução do colo uterino, doença hereditária, etc. Será **homóloga** se o sêmen inoculado na mulher for do próprio marido ou companheiro, e **heteróloga** se o material fecundante for de terceiro que é o doador.³ (grifos nossos)

Segundo a resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92, *in fine*, são:

² BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (org). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

³ DINIZ, Maria Helena. *O estado Atual do biodireito*. 4 ed. rev. e atual. conforme a Lei 11.105/2005. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 501.

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 consciente em documento informado.

2- Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.⁴

No caso da inseminação artificial heteróloga os problemas decorrentes poderão ser maiores, entre eles desequilíbrio da estrutura familiar, ausência de consentimento do marido, impugnação da paternidade em caso de arrependimento, entre outros.

Há uma corrente de entendimento doutrinário que prevê a impossibilidade de impugnação de paternidade. Nesse sentido, nas palavras de Maria Luiza Póvoa Cruz e Leonardo Barreto Moreira Alves, vem entendendo os doutrinadores “a impossibilidade de ser impugnada a paternidade. O consentimento do marido é emanado de uma vontade, que decide que o filho seja gerado. Portanto, ‘irrevogável’.”⁵ Mas se o marido não fornecer esse **consentimento**⁶, ou não ter conhecimento de que sua mulher/companheira fez uso da prática de reprodução assistida heteróloga?

Em relação à ausência de consentimento do marido, objeto do nosso estudo, não há previsão legal explícita, sendo que o art. 1597, inciso V, do Código Civil de 2002, presume como paternidade os filhos “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”⁷. Entretanto, por conceitos e fundamentos básicos torna-se inviável a **paternidade presumida**⁸, pois não há a vontade procriacional, ou seja, o desejo por parte do cônjuge de ser pai.

⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Resolução CFM nº 1.358, São Paulo, 11 de novembro de 1992.

⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Código das Famílias Comentado: de acordo com o estatuto das famílias (PLN n. 2.285/07)*/Leonardo Barreto Moreira Alves, coordenador e coautor.- Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.235.

⁶ Segundo o dicionário Aurélio, consentimento é *in fine*: SM 1. Ato ou efeito de consentir. 2. Licença, permissão. 3. Aprovação. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio Século XXI Escolar*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000, p. 177.)

⁷ Código Civil de acordo com a Lei 10.406, de 10/01/2002: Saraiva, 2007, p. 293.

⁸ Nesse sentido: “vigora quando o filho é concebido na constância do casamento, é conhecida pelo adágio romano *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, segundo o qual é presumida a paternidade do marido no caso de filho gerado por mulher casada. Comumente, no entanto, é referida de modo abreviado: *presunção pater is est*. Destina-se a preservar a paz familiar. Dispõe o art. 1.579 do Código Civil de 2002.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*, v.2. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.105.)

Nesse sentido, esclarece Venosa:

Importante também que a lei determine que a procriação assistida somente seja permitida com expresse consentimento dos cônjuges e mediante a comprovação de necessidade, oportunidade e conveniência. O mais recente Código omitiu-se a esse respeito, perdendo oportunidade de legislar sobre questão tão crucial. O rigor da Lei é importante nesse sentido para que a sociedade não venha enfrentar problemas de difícil solução ética e jurídica no futuro.⁹

Ademais, tendo em vista que apenas a equipe médica saberá da procedência da identidade genética do doador, conforme a Resolução nº 1.358/92 do CFM e demais legislação pertinente, ao filho, caberá apenas a negação do direito à identidade genética. O que poderá desencadear problemas psicológicos à criança e problemas sociais, no encobrimento de descendência verdadeira, como o incesto. Deve-se ressaltar que o direito à identidade genética não quer dizer que é o mesmo que direito de filiação, pois ao doar o sêmen, o doador automaticamente abdica de todos os seus deveres e direitos inerentes à criança que será gerada. Corroborado este entendimento, esclarece Maria Berenice Dias:

Apesar da proibição de identificação dos proprietários do material genético, não há como negar a possibilidade de o fruto de reprodução assistida heteróloga propor ação investigatória de paternidade para a identificação da identidade genética, ainda que o acolhimento da ação não tenha efeitos registraes.¹⁰

Ademais, deve-se resguardar os direitos da criança em caso de conflito de paternidade biológica e socioafetiva. Pois em caso de impugnação de paternidade e devido ao segredo profissional médico e do anonimato do doador do sêmen inoculado na mulher, deparamos com uma paternidade incerta. Tal questão fere o direito da criança ao biparentesco, os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana.

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 4 ed- São Paulo: Atlas, 2004, p. 292.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5 ed- São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2009, p. 336.

Em relação à dignidade da pessoa humana, preceitua Marcelo Novelino que a dignidade não é um direito em si, mas um atributo ao ser humano independente de fatores como origem, sexo, idade e condição social. A função do ordenamento jurídico é de proteger e promover a dignidade à pessoa. E o reconhecimento desta dignidade como fundamento impõe aos poderes públicos condições necessárias para sua obtenção.¹¹

Finalizando, nas palavras de Maria Helena Diniz, podemos fazer uma reflexão acerca do assunto anteriormente exposto que em face aos problemas gerados, é possível de se considerar a reprodução assistida um técnica favorável a qualidade de vida? Seria melhor que esta técnica fosse vedada, e permitida para fins terapêuticos e somente na inseminação artificial heteróloga inter vivos em mulher casada ou que viva em união estável, com material fertilizante do marido ou companheiro, se não houver riscos para sua saúde e de seu filho. Importante também seria facilitar a adoção, inclusive a pré-natal. Não se pode deixar que o avanço da ciência fique sem peias, pois o caminho pode levar a autodestruição da humanidade. A questão não é combater o progresso tecnológico, é garantir que o direito pressupõe o valor e não o científico, regulando-o da melhor maneira e restringindo-o o máximo possível.¹²

Diante do descrito acima, deve-se regulamentar como e quando deverá ser feita a **reprodução assistida**¹³, não cabendo no caso da heteróloga a presunção de paternidade. Entretanto, deve-se priorizar a adoção e as bases familiares, visando o melhor interesse do menor.

¹¹ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4 ed. rev. e atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 340.

¹² DINIZ, Maria Helena. *O estado Atual do biodireito*. 4 ed. rev. e atual. conforme a Lei 11.105/2005. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 534.

¹³ Assim entendida como: “[...]o conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano.”(DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 4 ed. rev. e atual. conforme a Lei 11.105/2005. – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 497.) Ademais, de acordo com o Conselho Federal de Medicina: “As técnicas de reprodução assistida 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.”(CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Resolução CFM n.1.358, São Paulo, 11 de novembro de 1992).

CAPÍTULO I – BIOÉTICA, DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

1.1 Pressupostos jurídicos do Biodireito

O advento do homem influenciando diretamente na natureza graças aos avanços tecnológicos e dentro dessa natureza influenciando no homem como um todo, dentro do contexto social ao qual é inserido e também de forma individual, trouxe a tona casos isolados com perspectiva de melhora genética e avanço da espécie humana de forma sustentável.

Paralelamente a este quadro, o avanço trouxe consigo complicações às quais nosso ordenamento jurídico não pode alcançar ainda, tendo em vista a rapidez com que esse avanço tecnológico difundiu na sociedade, e esta estando despreparada para tal impacto.

O biodireito age diretamente nos fenômenos que escapam ao domínio social, sugerindo normas regulamentadoras, nas palavras de Parise:

Em função do dinamismo com que tais conhecimentos surgem, existe a necessidade de normas reguladoras dos procedimentos a serem utilizados para que a ciência atinja seus objetivos, sem ferir os princípios éticos e os direitos humanos fundamentais, como a “dignidade do ser humano” e o “direito a vida”. Cabe, então ao Direito acompanhar essas inovações científicas, de forma a encontrar um ponto de equilíbrio entre ciência e o ser humano.¹⁴

Entende-se por biodireito então, “o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativa as normas regulamentadoras da conduta humana em face dos avanços da biologia, da biotecnologia e da Medicina.”¹⁵

Os avanços do mundo contemporâneo repercutem diretamente na sociedade como um todo e trazem problemas de difícil solução, polêmicos, onde se vê a necessidade de elaboração de normas que geram respostas para as necessidades

¹⁴PARISE, Patrícia Spagnolo. *O que é biodireito?* Disponível em: <<http://www.faculdadeobjetivo.com.br/arquivos/ART4.pdf>> Acesso em 10/05/2010.

¹⁵ ARNAUD, André-Jean. *Dicionário Enciclopédico da Teoria e Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

recém surgidas. Nesse sentido, as fontes imediatas do biodireito são a bioética e a biogenética, sendo que o objetivo principal dessas ciências é a vida, salientando que o avanço tecnológico e a verdade científica não podem sobrepor a ética e os princípios fundamentais humanos.¹⁶

O biodireito está inserido numa esfera formal e legal, com pretensão de garantir a autonomia da opção individual, deparando com aspectos de incompatibilidade com a vontade oposta, desde que não afetem a dignidade e o direito do ser humano. Quando se tratam do biodireito, é mencionado normas de prevenção e de influencia do descompromisso com a ética na condução da vida e dos avanços científicos.¹⁷

A abrangência do biodireito vai de um meio ambiente sadio à clonagens e transplantes, sendo portanto, tutor dos direitos humanos de modo geral, inclusive dos modificados em razão dos avanços científicos; de forma a ser acessível a todas as camadas populares e não somente as de grande poder aquisitivo.

1.2 A Bioética

O termo bioética foi empregado pela primeira vez por Van Rensselder Potter, oncologista e biólogo norte-americano da Universidade de Wisconsin, em Madison, citado na obra *Bioethics: bridge to the future*, no ano de 1971, sendo considerado o termo como a ciência da sobrevivência. Logo, a bioética seria uma disciplina que iria recorrer as ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida humana, com participação do homem na evolução biológica, garantindo a sobrevivência humana na Terra. Seria, portanto, um compromisso com a preservação e equilíbrio dos seres humanos, ecossistema e ciência.¹⁸

Destarte do neologismo acerca da bioética ter surgido na década de 70, questionamentos morais e éticos quanto à saúde existem há séculos, como por exemplo atrocidades cometidas em campos de concentração na Segunda Guerra

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *O estado Atual do biodireito*. 4 ed. rev. e atual. conforme a Lei 11.105/2005. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 78.

¹⁷ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 14.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado Atual do biodireito*. 4 ed. rev. e atual. conforme a Lei 11.105/2005. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 09-10.

Mundial, em que fez a sociedade parar e refletir se é ético e moral a prática de tais barbáries; entre tantos outros exemplos contidos na história da humanidade.

A bioética poderá ser entendida por:

*composite term derived from the Greek words bios (life) and ethike (ethics). It can be defined as the systematic study of the moral dimensions – including moral vision, decisions, conduct, and policies – of the life sciences and health care, employing a variety of ethical methodologies in an interdisciplinary setting.*¹⁹

A bioética se volta para todas as formas de vida, animal, vegetal, etc. Além de que várias ciências estão inseridas nesse contexto, inclusive do direito, onde é necessário que encontrem um caminho comum para tratar dos problemas decorrentes. Ao trazer à tona problemas como reprodução assistida, transplantes, eutanásia, etc, a bioética entra em cena com complicações como racismo, exclusão social, direito à saúde pública, direitos individuais e decisões sobre dignidade, dentre outros.

Bioética tem por finalidade orientar e delimitar progressos da biomedicina e biogenética, protegendo a vida ao invés de manipulá-la, certificando que os princípios éticos aceitos pela sociedade não sejam violados, pois, quanto ao avanço da ciência, é impossível seu retrocesso, sendo necessário uma política de intervenção e prevenção. Quando a reprodução humana assistida estiver inserida no cotidiano populacional, só restará reparar eventuais danos trazidos pela pressa na utilização dessas técnicas.

De acordo com Namba, são três os princípios da bioética:

- a) o da autonomia ou do respeito às pessoas por suas opiniões ou escolhas, segundo valores e crenças pessoais;
- b) o da beneficência, que se traduz na obrigação de não causar dano e de extremar os benefícios e minimizar os riscos;

¹⁹ REICH, Warren T. *Encyclopedia of bioethics*. Traduzido pelo autor: "um termo composto derivado do grego *bios* (vida) e *ethike* (ética). Pode ser definida como o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisões, conduta e políticas morais – das ciências da vida e da saúde, empregando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar." In FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 35.

c) o da justiça ou imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios, não podendo uma pessoa ser tratada de maneira distinta de outra, salvo haja entre ambas alguma diferença relevante.²⁰

O princípio da beneficência se refere a promover o bem e eliminar danos, são ações positivas. O princípio da não maleficência contém a obrigação de não acarretar nenhum mal a outrem. Enquanto o princípio da autonomia está diretamente ligado a dignidade da pessoa humana, com intuito moral de que a liberdade de cada ser humano deve ser protegida. O da justiça ou equidade visa tratar cada indivíduo e caso da maneira que lhe caiba.

Conforme destaca Tycho Brahe Fernandes:

Não se pode olvidar que a proibição pura e simples da utilização das novas tecnologias reprodutivas poderá ocasionar aos maiores interessados no seu desenvolvimento, os seres humanos que são gerados, consequências mais graves do que se as técnicas forem permitidas, mas sob rigorosa fiscalização governamental.²¹

Deve-se segundo o entendimento deste trabalho ser conservador quanto a bioética pois não se pode pensar no ser humano como indivíduo único pois este está inserido na sociedade e sua liberdade vai até onde não fere a de outrem, por isso, deve-se regulamentar os avanços tecnológicos e só inseri-los na sociedade quando esta estiver preparada para os impactos que estes avanços poderão causar; sem esquecer das bases familiares as quais a sociedade atual foi edificada.

1.3 Liberdade da atividade científica

A liberdade à atividade científica está inserida na Constituição Federal de 1988, como direito fundamental versado em seu art. 5º, IX e em seu capítulo IV, da Ciência e Tecnologia, conforme arts. 218 e 219.

²⁰ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11.

²¹ FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 39.

Ao Estado cabe promover e incentivar a ciência e a tecnologia, vinculando uma parcela da receita orçamentária a pesquisas. Promover entende-se como realizar atividades ligadas a ciência e tecnologia, enquanto incentivar entende-se como estímulo do Estado na produção científica, inclusive para instituições privadas. Assim:

A Constituição Federal prevê duas espécies de pesquisas: científica e tecnológica. A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências. A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.²²

É dever do Estado apoiar recursos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, oferecendo meios e condições especiais de trabalho.

O artigo 219 da CR/88 preceitua que: "O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos de Lei Federal." ²³

O mercado interno como patrimônio nacional traz uma previsão liberal e perspectiva social, com uma idéia de socialização do mercado de pesquisas tecnológicas.

Necessário há que se tenha um destaque para a biotecnologia nesse contexto, nas palavras de Pedro Lenza:

Ligada a tecnologia, destacamos a biotecnologia e todo o seu desdobramento, como a pesquisa com células tronco embrionárias, a criação de organismos vivos ou geneticamente modificados, a clonagem (reprodutiva ou terapêutica), que deverá estar intimamente ligada à ética.²⁴

Já nas palavras de Gabriel Dezen Junior:

²² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 835.

²³ Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Saraiva, 2007, p. 66.

²⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14 ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 925.

A dissociação que historicamente possa ocorrer entre a pesquisa científica e a tecnologia deve ser entendida, nesta perspectiva, como processos de alienação que pode no máximo mascarar, mas não eliminar, o relacionamento necessário entre conhecimento e sua utilização social, o produto do conhecimento tem, por definição, um valor de mercado que pode ser estimado e que transcende seu mero "valor de uso" como conhecimento em si.²⁵

Corroborando tal entendimento, nas palavras de Maria Helena Diniz:

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, IX, proclama a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais, mas isso não significa que ela seja absoluta e não contenha qualquer limitação, pois há outros valores e bens jurídicos reconhecidos constitucionalmente, como a vida, a integridade física e psíquica, a privacidade, etc., que poderiam ser gravemente afetados pelo mau uso da liberdade da atividade científica. Havendo conflito entre a livre expressão da atividade científica e outro direito fundamental da pessoa humana, a solução ou o ponto de equilíbrio deverá ser o respeito à dignidade humana.²⁶

Portanto, a liberdade científica é bem aceita e deve realmente ser incentivada, contanto que não coloque em perigo a pessoa humana e sua dignidade, sendo necessária a restrição dessa liberdade caso venha a afetar a dignidade da pessoa humana.

1.4 Direitos fundamentais da personalidade: privacidade, intimidade, honra e imagem

Os direitos fundamentais da personalidade consagrados no art., 5º, X da Constituição Federal referem-se tanto a pessoas físicas quanto a pessoas jurídicas e abrangem os meios de comunicação em massa, in fine: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."²⁷

²⁵ DEZEN, Gabriel Junior. *Constituição Federal Interpretada*. Niteroi, RJ: Impetus, 2010, p. 1402.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. *O estado Atual do biodireito*. 4 ed. rev. e atual. conforme a Lei 11.105/2005. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 07.

²⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Saraiva, 2007, p. 08.

Nas palavras de Novelino:

Os direitos da personalidade emanam diretamente da dignidade da pessoa humana. Como decorrência da autonomia da vontade e do respeito ao livre arbítrio, o direito a privacidade confere ao indivíduo a possibilidade de conduzir sua própria vida de maneira que julgar mais conveniente, sem intromissão da curiosidade alheia, desde que não viole a ordem pública, os bons costumes e o direito de terceiros.²⁸

A intimidade é relacionada a questões subjetivas, íntimas da pessoa e suas relações familiares e de amizade, é o modo do indivíduo de ser. A intimidade pode ser mantida em qualquer lugar em que a pessoa se encontre, tendo concepções pessoais. Vê-se que o indivíduo pode limitar a intromissão de pessoas alheias ao sem âmbito familiar e a sua vida privada, impedindo-o de ter acesso e divulgação a informações pessoais.

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DANOS MORAIS. DIVULGAÇÃO DE IMAGENS ÍNTIMAS, SEM O CONSENTIMENTO DA AUTORA, EXTRAÍDAS DE PROGRAMA DE TROCA DE MENSAGENS INSTANTÂNEAS, COM UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO DE WEB CAM. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PRIVACIDADE E INTIMIDADE (CF, ART. 5º, X). Falta de prova de fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito da autora. Ônus do réu (CPC, art. 333, II). Dever de indenizar caracterizado. Critérios para aferição do valor do dano. Razoabilidade e peculiaridades da espécie. Recurso do autor desprovido. Recurso da autora provido para majorar o montante indenizatório.²⁹

A vida privada esta ligada aos relacionamentos objetivos humanos, relações comerciais e de trabalho. Nas palavras de Gabriel Denzen Junior “é uma forma de externar a intimidade, que acontece em lugares onde a pessoa esteja ou se sinta protegida da interferência de estranhos, como a casa onde mora.”³⁰ Nesse sentido:

²⁸ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4 ed. rev. e atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 409.

²⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Segunda Câmara de Direito Cível. Apelação Cível n. 85322 SC 2007.008532-2. Rel. Des Luiz Carlos Freyesleben. Jul. 17/02/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8380420/apelacao-civel-ac-85322-sc-2007008532-2-tjsc>> acesso em 12/10/2010.

³⁰ DEZEN, Gabriel Junior. *Constituição Federal Interpretada*. Niteroi, RJ: Impetus, 2010, p. 83.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Tutela antecipada deferida para excluir os dados dos autores do site oficial da Municipalidade denominado "De olho nas contas" - Atos do Poder Executivo que configura, em tese, violação à intimidade, à privacidade e ao sigilo de dados - Presença dos requisitos ensejadores da tutela antecipada previstos no artigo 273 do CPC - Decisão mantida - Recurso improvido.³¹

A honra por sua vez pode ser caracterizada como um atributo pessoal, que reveste a imagem da pessoa conferindo valores sociais como boa fama e respeitabilidade. É refletido na consideração alheia (honra objetiva) e pessoal (honra subjetiva).

O direito à honra, como os demais direitos de personalidade, não é absoluto, nem ilimitado. Prova disto encontramos na legislação penal pátria, pelo qual o limite da honra resta estabelecido, em alguns casos, pela *exceptio veritatis*, ou seja, a exceção da verdade, por meio da qual o agente deve provar a veracidade do fato que imputou.³²

APELAÇÃO CÍVEL – FOTO DE MENOR PUBLICADA POR EQUÍVOCO E SEM AUTORIZAÇÃO DE SEUS PAIS, VINCULANDO-O A ATENTADO ONDE FORAM VÍTIMAS VARIOS JOVENS. O autor que era apenas conhecido das vítimas e sequer presenciou o fato noticiado. Desprovimento dos recursos. Sentença confirmada.³³

O direito à imagem, além de pessoal, é referente à figura física e material da pessoa, devido aos progressos dos meios de comunicação, o direito à imagem alcançou posição mais relevante, causando grande exposição da imagem, agregada a um valor econômico. Desse modo:

³¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. 11. Câmara de Direito Público. Agravo de instrumento 990103736524. Rel Des. Maria Laura Tavares. Julg. em 30/08/2010. Pub. em 10/09/2010. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16065792/agravo-de-instrumento-ai-990103736524-sp-tjsp>> acesso em: 12/10/2010.

³² MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. *Direito à honra*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/30205>> acesso em: 18/09/2010.

³³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Décima Segunda Câmara Cível. Apelação Cível nº 2009.001.47821. Des. Rel. Binato de Castro. Disponível em : <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6996337/apelacao-apl-899983020078190001-rj-0089998-3020078190001-tjrj/inteiro-teor>> acesso em 12/10/2010.

REPARAÇÃO DE DANOS - DIREITO À IMAGEM - PUBLICAÇÃO DE FOTO SEM CONSENTIMENTO EXPRESSO - INDENIZAÇÃO DEVIDA. A imagem é um direito personalíssimo, só podendo ser exibida com a autorização expressa da pessoa a que pertence, sob pena de acarretar o dever de indenizar. A responsabilidade pelo ressarcimento surge do fato do uso da fotografia desacompanhada de autorização. A ofensa nasce do simples desrespeito ao direito exclusivo à imagem, exercido apenas por seu titular. A obrigação de indenizar decorre do uso não autorizado desse direito, sendo desnecessária a prova da existência do dano.³⁴

Conforme o exemplo acima há várias violações no direito à imagem no âmbito jurídico como a utilização da imagem alheia sem o consentimento ou quando a utilização ultrapassa o que foi autorizado.

1.5 – O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é prevista na CF/88 como princípio fundamental, regada de valor superior, que engloba todos os demais direitos, cuja violação não pode ser permitida.

A norma da dignidade da pessoa humana deve ser interpretada e concretizada, utilizando-se dos meios cabíveis para garantir que todos os seres humanos tenham sua dignidade resguardada.

Nas palavras de Eder Marques de Azevedo:

[...] a noção de dignidade da pessoa humana, princípio constitucional fundador da República brasileira, é constituída pela recepção de vários conteúdos de direitos fundamentais. Nesse aspecto, conclui-se que tal princípio é recepcionado pela via de duas vertentes distintas: as concepções subjetiva e objetiva. No primeiro caso, determina que a dignidade da pessoa humana é valor intrínseco ao sujeito, fruto de sua autonomia da vontade, de sua moral autônoma, cabendo ao próprio indivíduo interpretar suas lesões. Na concepção objetiva requer a participação do Estado juiz em oferecer suporte ao conteúdo mínimo dos direitos fundamentais. Só subsiste dignidade, portanto, quando houver garantia e efetividade dos próprios direitos fundamentais, observada a igualdade entre as relações humanas.³⁵

³⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – Apelação. Cível. n.º 2.0000.00.504875-3/000 – rel. Des. Mota e Silva – Publ. em 22.06.05, disponível em: <http://www.direitoecultura.com.br/index.asp?MenuPai=20&menu=29> acesso em 12/10/2010.

A intangibilidade da vida humana é pressuposto fundamental desse princípio, com exemplo na proibição de aborto de embrião, levando em consideração que este já possui vida, mesmo que em uma pequena parcela, possuindo individualidade em relação a natureza humana, mesmo não tendo personalidade jurídica.

O valor da dignidade humana prevalecerá sobre qualquer avanço científico, em que não poderá ser admitida a “coisificação” da pessoa humana, sem que esta se veja amparada de sua dignidade e vida digna.

As descobertas científicas não poderão ser contrárias à natureza humana e sua dignidade, onde se deve retornar aos valores, caso estes estejam em detrimento, que tornam a vida humana mais digna para que seja vivida. A ciência deve servir como meio auxiliar de proporcionar a dignidade humana em suas variadas formas, e não tornar um risco para o indivíduo e a sociedade a qual ele está inserido.

Necessário que haja na medicina uma imposição de limites no que se refere ao ser humano e suas atribuições. Nas palavras de Maria Helena Diniz, “para a bioética e o biodireito a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de “vida com dignidade”. ”³⁶

Ademais, as palavras de Edison Tetsuzo Namba servem como reflexão acerca desse princípio, donde se abstrai a concretização realizada, é possível se ter a convivência harmônica na sociedade que é essencial ao ser humano, pois se as pessoas possuem uma vida digna, a satisfação das necessidades ao menos primária, foi obtida. ³⁷

Enfim, a dignidade da pessoa humana, tida como princípio fundamental não pode ser considerada como privilégio de um indivíduo e sim como mínimo para sua sobrevivência, e se a sociedade não lhe dá meios para que isso se realize, é necessária a intervenção imediata para que esse princípio seja assegurado, independente de qualquer desabor por parte de cientistas e pesquisadores que visam o homem como meio de estudo e não como ser social e individual que é.

³⁵ AZEVEDO, Eder Marques de. *A aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana*. Ensaio Científico – Revista do Instituto Doctum de Educação e Tecnologia e das Faculdades Integradas de Caratinga – v.1, n.1 (jan./dez. 2009). Caratinga: Instituto Doctum de educação e Tecnologia e das Faculdades Integradas de Caratinga, 2009, p. 09.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *O estado Atual do biodireito*. 4 ed. rev. e atual. conforme a Lei 11.105/2005. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 17.

³⁷ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20.

1.6 – O direito à identidade genética

O direito à identidade genética é um reflexo do direito que a pessoa tem de conhecer sua família biológica, sendo que esse direito é essencial e básico para a formação da personalidade do indivíduo. Por tal razão deve ser reconhecido no status de direito personalíssimo, imprescritível e irrenunciável, pois deriva dos direitos fundamentais voltados aos interesses da criança e do adolescente previstos no art. 227 da Constituição de 1988.

A identidade genética possui acepções como: o genoma pertencente a cada ser humano, que é um fundamento biológico, características genéticas e pessoais. A esse respeito:

O direito à identidade genética, assim como o direito à intimidade, é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo um direito personalíssimo, irrenunciável e imprescritível, já que é fundado no direito de personalidade, garantindo que toda a pessoa tenha o direito de conhecer sua origem genética, pois se trata de um direito fundamental. Como reflexo de seu direito da personalidade, o direito do indivíduo a conhecer a sua ascendência genética é um assunto bastante delicado, já que o remete às suas origens e, assim, aos seus pais biológicos.³⁸

Não se pode negar ao homem o direito à identidade genética, pois é de extrema importância para a formação do indivíduo em seu caráter pessoal e do indivíduo em relação à sociedade como um todo. Entretanto, nesses casos, não se deve levar em consideração fatores biológicos, mas também fatores sociais e afetivos, que são os verdadeiros geradores da personalidade do indivíduo.

Adentrando um pouco mais no assunto, se a escolha do casal for “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

³⁸ CUNHA, Karla Correa. FERREIRA, Adriana Moraes. *Reprodução humana assistida: direito à identidade genética X direito ao anonimato do doador*. Publicado em 11 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081209105317401> acesso em: 19/09/2010.

vista ser esse um direito personalíssimo, indisponível e intransferível.”³⁹ O direito à identidade genética já se relaciona diretamente ao fruto da inseminação artificial heteróloga ou ao indivíduo adotado, não cabendo aos pais obstar esse direito, caso o fruto venha a exigí-lo.

³⁹ MOREIRA, José Roberto Filho. *Direito à identidade genética*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>> acesso em: 19/09/2010.

CAPÍTULO II – DIREITO DE FAMÍLIA E FILIAÇÃO

2.1 O direito de filiação e seus princípios relevantes

É certo que todo ser humano advém da junção de gametas masculino e feminino (pai e mãe), mesmo os nascidos de inseminação artificial, pois não é dispensado o progenitor e o doador. A relação entre pais e filhos é retratada desde os primórdios da civilização. Nas palavras de Venosa:

Sob o aspecto do direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que tem como sujeitos os pais com relação aos filhos. Portanto, sob esse prisma, o direito de filiação abrange também o pátrio poder, atualmente denominado poder familiar, que os pais exercem em relação aos filhos menores, bem como os direitos protetivos e assistenciais em geral.⁴⁰

A filiação compreende ao fato da procriação em si, a fatores biológicos, e ao direito da relação preexistente. Antigamente, os filhos eram diferenciados entre legítimos e ilegítimos. Atualmente, a lei os coloca como iguais, tendo os mesmos direitos. Os filhos ilegítimos eram discriminados devido à tentativa de preservação do patrimônio da família e da honra perante a sociedade da época. Os filhos ilegítimos eram conhecidos como bastardos e sofriam grande discriminação social, que mesmo sabendo ou supondo quem era seu pai, este não os reconhecia e os ignorava, com apoio de sua família e sociedade.

O artigo 1596 do Código Civil de 2002 preceitua que: "Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."⁴¹

Neste artigo, é visível a tentativa de colocar os vários tipos de paternidades no mesmo patamar, e foi um grande avanço no direito de família contemporâneo, priorizando a dignidade da pessoa humana, os laços afetivos e a cidadania.

⁴⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 4 ed- São Paulo: Atlas, 2004, p. 275.

⁴¹ Código Civil de acordo com a Lei 10.406, de 10/01/2002: Saraiva, 2007, p. 293.

Segundo Moreira Alves, “foi uma conquista justa, onde prevaleceu a ética, o afeto e os valores morais, estigmatizantes. Os filhos, havidos da relação conjugal, da adoção, da reprodução assistida, são filhos, e, portanto, recebem tratamento único no ordenamento jurídico.”⁴²

A idéia inicial de filiação vem de perpetuação da espécie humana, criando vínculo direto de parentesco do pai e filho, ascendente e descendente. Há na Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, § 6º ⁴³, o princípio da igualdade na filiação, em que todos os filhos são iguais perante a lei, impondo uma idéia de garantia no desenvolvimento da personalidade humana. Há uma desvinculação do tipo de relação mantida pelos pais do filho e a filiação propriamente dita. Dessa forma, é exercida a cidadania dando maior importância aos valores primordiais humanos.

No ordenamento civil brasileiro há três tipos de filiações: a biológica, a adotiva e a socioafetiva.

A biológica acontece quando o filho detém o material genético do pai, podendo usar o nome de seu pai, tendo direito a alimentos e herança. Com o advento do exame de DNA (ácido desoxirribonucléico), essa paternidade biológica tornou-se absoluta, tendo em vista seu altíssimo índice de certeza científica.

A filiação adotiva é uma ficção jurídica que insere alguém no núcleo familiar por meio da adoção. É necessário que haja um sentença judicial para que esse vínculo seja criado. Tendo em vista o melhor interesse da criança, há uma dissolução dos antigos vínculos consangüíneos da criança adotada, visando assegurar que haja uma melhor convivência com os adotantes e evitar possíveis conflitos. Além de que a adoção possui caráter irrevogável. O adotado tem direitos idênticos aos do filho natural do casal. Como ilustração podemos perceber na manifestação do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CONCESSÃO DE LICENÇA MATERNIDADE. ADOÇÃO. Violação a direito líquido e certo. Deferimento da licença maternidade pelo prazo de 120 dias,

⁴² ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Código das Famílias Comentado: de acordo com o estatuto das famílias (PLN n. 2.285/07)*- Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 228.

⁴³ Reza o texto constitucional no seu art. 227, § 6º: “os filhos havidos ou não da relação do casamento, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Saraiva, 2007, p. 69.)

na forma do art. 7º, XVIII da CR/88. Impossibilidade de distinção entre filho adotivo ou biológico. Em reexame necessário, reformaram parcialmente a sentença.⁴⁴

Por fim, tem-se a filiação socioafetiva, que valoriza o amor, o afeto existente nas relações familiares, pois a família é ou ao menos deveria ser fruto de uma relação de afetividade recíproca. O estado de família pode ser traduzido como uma posição que a pessoa tem no núcleo familiar, com os sentimentos advindos da relação de afetividade que deve ter uns com os outros, convivendo em harmonia no mesmo âmbito. Logo:

Com a finalidade de demonstrar a configuração desta modalidade de relação parental, imprescindível o estabelecimento de três *standards* que servirão de norte para concretização da filiação socioafetiva, dentre os quais: a) o estado de filiação; b) a posse do estado de filho; e c) a valoração do afeto como valor jurídico e formador de núcleo familiar.⁴⁵

Os princípios atinentes a filiação são reflexos dos direitos constitucionais, e os valores sociais predominantes. Princípios se tratam de normas presentes na Constituição e que trazem uma idéia de necessidade mínima humana, o que não pode faltar, são aplicados nos direitos individuais e na sociedade como um todo, visando o bem estar da população e a unidade familiar saudável.

A dignidade da pessoa humana, enquanto princípio fundamentador, está inserida no direito de filiação, por ser sustentáculo dos direitos fundamentais, devendo, pois, ser resguardada. Para que haja o direito de família, é necessário que haja dignidade em seu núcleo, haja vista que a vida e a liberdade estão inseridas nessa dignidade, não podendo ser negado do sistema jurídico vigente, pois nossa democracia se reflete com o respeito dos direitos fundamentais, que tem como pilar a dignidade da pessoa humana.

A igualdade⁴⁶ é também um dos princípios constitucionais pilares do Estado Democrático de Direito e aparece com grande força no direito de família, e no que

⁴⁴TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Seg. Cam. Cível, Mandado de segurança 1.0629.07.036979-4/0011. Rel Des. Brandão Teixeira. Julg. Em 10/02/2009. Public. em 04/03/2009 Decisão disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>> acesso em: 19/09/2010.

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. :Lumen Juris, 2010, p. 22.

tange a filiação, como já dito anteriormente, não pode haver distinção entre filhos adotivos, biológicos ou socioafetivos.

A igualdade, enquanto princípio constitucional, reporta-se a concepções distintas, quais sejam: igualdade formal e material. Quanto à primeira, diz respeito ao fato de que todos devem ser constituídos como iguais perante a lei. No tocante à segunda, refere-se à visão de justiça distributiva de Aristóteles, em que se determina a necessidade de determinações positivas pela máxima de se tratar com desigualdade os desiguais até que se coloque no mesmo status de igualdade, e tratar com igualdade os iguais.⁴⁷

O melhor interesse do menor é também um princípio da filiação, pois deve-se levar em consideração que todos os direitos inerentes à criança devem ser preservados, conforme art. 227, caput da CF/88⁴⁸. Esse princípio foi enraizado nas mudanças da estrutura familiar atual, e visa o zelo pelo menor e seus interesses, como no caso de guarda, proveniente do divórcio dos pais.

Outro princípio relevante na filiação é a paternidade responsável, que compete ao pai, ou chefe de família, planejar como e de que forma o filho será recebido no âmbito familiar, isso óbvio, da melhor forma possível, com responsabilidade e dedicação, visando o bem estar e propiciando condições benéficas para o crescimento de seus filhos, contido no artigo 226, § 7º da CR/88, *in fine*:

Art. 226, § 7º: fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.⁴⁹

⁴⁶ A igualdade constitucional é “mais que uma expressão de Direito, é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.” SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 31. edição - São Paulo: Malheiros, 2007.

⁴⁷ AZEVEDO, Eder Marques de. Direito Constitucional [notas de sala de aula], 2010.

⁴⁸ Reza o artigo 227 da CF/88: “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 e comunitária, além de colocá-los a salvo de todo tipo de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Saraiva, 2007, p. 68.)

⁴⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Saraiva, 2007, p. 68.

Acrescente-se também que o artigo menciona a vedação de qualquer proibição no tocante ao fornecimento de recursos que propiciam o exercício desse direito, pois “em um país de dimensões gigantes como o nosso, não se poderia admitir qualquer restrição impositiva à procriação.”⁵⁰ Entretanto, deve-se ressaltar que à procriação da forma que está sendo descrita visa o equilíbrio, por isso o artigo antecedente trata da paternidade responsável e o planejamento familiar juntos, pois estão diretamente interligados.

Não compete ao Estado, à luz da paternidade responsável, interferir diretamente no planejamento familiar, o qual deriva da autonomia da vontade dos genitores. Não obstante, o que lhe resta instruir são políticas públicas de conscientização e controle relativo da natalidade (como por exemplo, a distribuição de anticoncepcionais e preservativos, bem como a realização de campanhas.)⁵¹

2.2 Estado de filiação e origem genética

O estado de filiação é caracterizado pelo indivíduo que assume a condição de filho e por outro lado o indivíduo que aceita a condição juntamente com todos os deveres e direitos oriundos da paternidade. Como o pai é quem cria, e não quem faz, tal como diz o ditado popular, o estado de filiação trata-se de um direito subjetivo e bilateral. Possui características pessoais e de unicidade, ou possui esse estado de filiação determinado indivíduo, ou não possui. Assim:

Afirmar que os laços familiares decorrentes puramente de afeto e carinho constituem relação de menor importância do que aquelas formadas por critérios biológico é um erro gravíssimo. A filiação biológica não está mais em pé de superioridade, uma vez que o filho afetivo insere-se na família por circunstância que retratam situações de puro amor e respeito, valendo-se, ainda, de fator preponderante para estabelecimento de guarda de menores quando disputada entre pais biológicos e afetivos.⁵²

⁵⁰ MELO, Edson Teixeira de. *Princípios Constitucionais do Direito de Família*. 10/2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9093/principios-constitucionais-do-direito-de-familia>> acesso em: 27/10/2010.

⁵¹ AZEVEDO, Eder Marques de. *Direito Constitucional [notas de sala de aula]*, 2010.

⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*: Lumen Juris, 2010, p. 23-24.

O afeto delimita os valores familiares e auxilia na determinação da filiação, sendo que essa posse do estado de filiação se dá quando a afetividade q traz consigo os direitos e deveres inerentes a espécie, sendo que a verdade genética não é suficiente para a filiação afetiva.

Enquanto que a origem genética se dá por fatores biológicos, comprovados atualmente de maneira rápida e fácil através de exames periciais e não traz ao indivíduo direitos e deveres inerentes ao estado de filiação. Todos têm direito a identidade genética, até mesmo para prever problemas como o incesto, entretanto, a origem genética não traz consigo o estado de filiação. Acerca do assunto, preceitua Maria Berenice Dias:

Essas realidades não se confundem nem conflitam. O direito de reconhecer a origem genética, a própria ascendência, é um direito fundamental, um direito de personalidade. Trata-se de direito individual, personalíssimo, e não significa necessariamente direito a filiação. Seu exercício não significa inserção em relação de família. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação de paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem biológica.⁵³

Então, não basta apenas que se prove a filiação biológica, é necessário provar que detém a posse de filiação de outrem, enquanto ao pai, cabe provar que o filho detém a posse socioafetiva de um terceiro, inviabilizando a filiação biológica.

2.3 Presunções de paternidade

A paternidade é a relação de parentesco do pai com seus filhos, resumidamente. Advem do pátrio poder. Com efeito:

Fato é que *pater familias* passou a ser termo designador de pai de família, não por encerrar em si o conceito de paternidade, mas sim, por empregar a importância da autoridade dentro do seio da família que, mesmo através de

⁵³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5 ed- São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2009, p. 330.

mudanças sociais, não pôde ser, até bem pouco tempo, sequer contestado.⁵⁴

A presunção da paternidade adveio do Código de Hamurabi, em que são presumidos filhos nascidos da relação do casamento, considerando que as pessoas casadas mantenham relação sexual entre si e não admitindo a infidelidade, sendo que o filho da mulher casada é portanto, de seu marido. No direito romano tem-se a expressão *pater is est quem justae nuptiae demonstrand*, que quer dizer que o pai é o indicado pelas núpcias, pelo casamento; acompanhada da presunção certa da mãe. No direito brasileiro, a indicação da mãe é feita pelo parto e do pai de seu marido.⁵⁵

Conforme o art. 1597 do CC/08:

Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
 II – nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
 III – havidos por fecundação artificial homologa, mesmo que falecido o marido;
 IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes da concepção artificial homologa;
 V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha previa autorização do marido.⁵⁶

Importante salientar que no inciso II do artigo acima, fala de separação judicial, sendo que este instituto foi abolido do ordenamento jurídico de acordo com nova emenda constitucional.

A presunção e a limitação da paternidade visam a boa-fé e o bom comportamento. O artigo é claro ao delimitar essa presunção. Entretanto, essa presunção admite prova em contrário, mediante ação negatória de paternidade. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

⁵⁴ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 45.

⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 565-567.

⁵⁶ Código Civil de acordo com a Lei 10.406, de 10/01/2002: Saraiva, 2007, p. 293.

Somente incide a presunção *pater is est* se houver convivência do casal. Com o desenvolvimento da ciência e a possibilidade de se realizarem exames que apurem a paternidade com certeza científica, especialmente por meio de exame de DNA, cuja molécula contém o código genético pela herança cromossômica de cada indivíduo, prevalecerá a verdade biológica.⁵⁷

Essas presunções são fundadas em probabilidades. Inciso I do artigo fala de 180 dias depois de estabelecida a convivência conjugal pois pode haver casamento por procuração. No inciso II fala da possibilidade de que ainda na constância da relação tenha tido a concepção do filho, mesmo que essa ruptura tenha se dado logo após a concepção. No inciso III traz-se à tona a situação dos filhos havidos por inseminação artificial *post mortem*, para que estes não fiquem desamparados, essa presunção deverá ser feita na forma da lei, mesmo que a lei se mostre ainda divergente e omissa, o que não é motivo de reflexão deste trabalho. No inciso IV fala da reprodução assistida *in vitro* homologa, a qualquer tempo, dos embriões excedentários, com anuência do casal.

No inciso V fala dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga com previa autorização do marido, motivo do presente estudo, que traz a tona até onde se pode presumir a paternidade nesse caso específico, sendo portanto até onde o marido consente com tal prática.

A presunção do art. 1597, V, visa a instaurar a vontade procriacional no marido, como um meio de impedi-lo de desconhecer a paternidade do filho voluntariamente assumido ao autorizar a inseminação heteróloga de sua mulher. A paternidade, então, apesar de não ter componente genético, terá fundamento moral, privilegiando-se a relação socioafetiva.⁵⁸

As complicações atinentes a falta do consentimento do marido e a impossibilidade da presunção da paternidade especificamente nesse inciso serão abordadas mais adiante.

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. v.2 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107.

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 5: direito de família*. 25 ed.- São Paulo: Saraiva, 2010, p. 565.

CAPÍTULO III – REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A reprodução humana assistida são operações com o intuito de unir o gameta feminino e o masculino e para dar origem a um novo ser. Podem ser *in vitro* ou *in vivo*:

A ectogênese ou fertilização *in vitro* concretiza-se pelo método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*), que consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra. Como se vê, difere da inseminação artificial que se processa mediante o método GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*), referindo-se à fecundação *in vivo*, ou seja, à inoculação do sêmen na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião.⁵⁹

Essas técnicas têm o papel de auxiliar casais com problema de infertilidade e quando outros tipos de práticas terapêuticas tenham sido ineficazes. Podem ser utilizadas se houver probabilidade de sucesso na prática, isso se não colocar em risco a saúde da paciente e seu descendente.⁶⁰

O Conselho Federal de Medicina fala que para que se realizem essas práticas é necessário haver prévio consentimento do doador e paciente, e o médico deverá informar aplicação, resultado e informações a respeito da técnica. A intenção não é selecionar sexo ou outra característica, exceto se o intuito for evitar doença ligada ao sexo do feto que virá a nascer. É proibida qualquer outra fecundação que não a procriação humana.⁶¹

Com essa nova possibilidade de criação de novos serem em laboratório, houve um entusiasmo por parte da embriologia e da engenharia genética, o que, em contrapartida, configurou-se um desafio para o direito; porque diante dessas novas técnicas e suas realizações desmedidas, é possível se deparar com problemas e possibilidades decorrentes dessas técnicas, que tendo em vista serem atuais, anteriormente não eram sequer cogitadas. A sociedade e a base familiar também

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *O estado Atual do biodireito*. 4 ed. rev. e atual. conforme a Lei 11.105/2005. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 497.

⁶⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Resolução CFM nº 1.358, São Paulo, 11 de novembro de 1992.

⁶¹ *Ibidem*.

não evoluíram na mesma medida que a ciência, o que gera transtornos ao que utilizaram ou que se relacionam com quem utilizou essas técnicas. Transtornos que chegam aos operadores do direito e juristas, como veio e esperança para solução desses problemas.

3.1 Inseminação artificial homóloga e heteróloga

A biotecnologia da reprodução humana veio possibilitar que casais com problemas de procriação viessem através de práticas artificiais conceber a filiação, gerando, por meios próprios adquiridos graças ao avanço tecnológicos, descendentes de forma afetiva e biológica.

É extremamente necessário que se haja cautela na utilização dessas técnicas, e que haja regulamentação dos meios para sua utilização, ainda escassa no ordenamento jurídico e regime interno para utilização dos meios, pois age diretamente na vida do indivíduo como um todo e como ser individual, daí gerando direitos e deveres inerentes a família que será constituída e à sociedade a qual será inserida.

Segundo Juliane Fernandes Queiroz, “a palavra inseminação tem origem na expressão latina *inseminare*, formada pela conjunção de *in*, que significa dentro e *sêmen*, que quer dizer semente.”⁶²

A inseminação artificial é realizada no próprio corpo da mulher; o médico implanta o material genético previamente preparado no corpo da mulher, que irá gerar e dar a luz ao novo indivíduo. A inseminação artificial pode ser feita de forma homóloga e heteróloga.

A inseminação artificial homóloga, intraconjugal ou homofecundação se utiliza do sêmen do marido para fecundação, não modificando portanto a hereditariedade biológica da criança a ser gerada, não oferecendo problemas jurídicos maiores, onde pode ser aplicada a presunção legal de paternidade, pois coincide paternidade biológica e legal.⁶³

⁶² QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 77.

⁶³ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 78-81.

No caso da união estável, a presunção não é feita da mesma forma, sendo necessário que o filho comprove a relação de coabitação da mãe com o possível pai, com a possibilidade do exame de DNA que comprova o liame biológico.⁶⁴

A inseminação artificial heteróloga, extraconjugal ou heterofecundação é quando tem utilização de gametas de terceiro, quando um dos cônjuges tem completa infertilidade, se faz necessário a doação de óvulos ou espermatozóides de um terceiro para que haja a fecundação.

Dessa forma, se mostra de maneira distinta a procriação com a paternidade, pois a concepção é feita por terceiros e o marido assume a figura de pai jurídico, pelo estatuto da paternidade sócio afetiva, caso haja consentimento expresso do mesmo.

A doação de gametas é feita por um terceiro, pelo princípio do anonimato, por isso a técnica é vedada para mulheres solteiras e em união estável, para que não corra o risco do filho nascer “sem pai”, configurando uma paternidade incerta.⁶⁵

3.2 A falta de consentimento do cônjuge

Para que se realize a prática da reprodução assistida heteróloga é necessário que haja consentimento do cônjuge da paciente. Agora é possível deparar com um problema de ordem jurídica: e se não houver esse consentimento? E de que forma esse consentimento deverá ser feito?

Fato é que se não houver consentimento do cônjuge, a este não poderá ser imputada a paternidade presumida devido a vontade procracional, o que será melhor explicado a seguir. E quanto a este consentimento, a legislação se torna omissa, tanto em relação a imputação da paternidade não sendo viável no caso em que não haja consentimento do cônjuge quanto a forma desse consentimento.

É necessário que o consentimento do cônjuge para a prática da inseminação artificial heteróloga em sua esposa seja de forma escrita e explícita, para que não

⁶⁴ *Ibidem*, p. 81.

⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 571.

haja posteriores problemas para a família que estará sendo constituída com a vinda do bebê, fruto da inseminação artificial heteróloga.

Corroborando tal entendimento, nas palavras de Eder Marques de Azevedo:

Se a mulher casada se submeter à fertilização heteróloga sem consentimento do marido, a paternidade não poderá lhe ser imputada e constituirá até mesmo causa de dissolução do vínculo matrimonial e de ação negatória de paternidade cumulada com anulação do registro de nascimento, se houver sido feita enganadamente. Além da falta de filiação socioafetiva, há a presença da fraude e da deliberada intenção de levar a erro.⁶⁶

Essa questão de dissolução do vínculo matrimonial devido à falta de consentimento do cônjuge hoje deve se entender como divórcio do casal, tendo em vista que com o advento da emenda constitucional foi abolido o instituto da separação judicial bem como com a culpa do cônjuge pelo rompimento do casamento; o que de certa forma não desclassifica a injúria grave e a humilhação a qual o cônjuge é submetido se houver ocorrido essa prática sem seu consentimento.

Os direitos do cônjuge são claramente desrespeitados no ato cometido por sua esposa. Princípios como o da dignidade da pessoa humana, direitos da personalidade, vendo sua honra abalada pela fraude a que foi submetido.

Essa dissolução do vínculo matrimonial não é embasada na culpa ou na falta do dever de fidelidade, mas sim na falta de respeito de um para com o outro. Da mesma forma que a esposa tem o direito de desejar constituir uma família, o marido também tem, e essa sua vontade de constituir uma família deveria ser considerada, o que não estaria sendo no caso em apreço. Assim:

Os atos praticados devem ser regidos por uma autonomia independente e incondicional, formalizando-se sempre o consentimento de maneira explícita e material. Assim, o doador consente na doação de seu esperma, a mulher paciente consente na realização da técnica da fecundação, o esposo consente inclusive na utilização de sêmen de terceiro e a sociedade consente na readaptação dos moldes sociais.⁶⁷

⁶⁶ AZEVEDO, Eder Marques de. *Reprodução humana assistida [slides e notas de sala de aula]*; Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil/ Faculdades Integradas de Caratinga, 2010.

⁶⁷ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 83.

Para que essa prática seja realizada com sucesso e para que não haja abalo nas estruturas familiares, é necessário que o marido autorize, caso contrário, que não seja realizada a prática e de maneira alguma seja imputada a presunção de paternidade ao marido.

3.2.1 Impossibilidade de paternidade presumida

Não se pode presumir a paternidade do cônjuge que não anuiu com a inseminação artificial heteróloga de sua mulher pois não houve a vontade procracional dele, não houve o seu consentimento, sua anuência com tal prática.

O doador não tem vontade procracional, essa vontade emana do marido. O doador apenas cede o sêmen sem pensar no filho, é feito de forma impessoal, como quem doa sangue a um banco de sangue de um hospital.⁶⁸

Não há o que se falar em paternidade presumida sem *animus procracional*, mas sim em induzimento ao erro do marido pela mulher e desrespeito mútuo. Corroborando tal entendimento nas palavras de Moreira Filho:

Se a mulher casada se submeter a uma fertilização com sêmen de doador (heteróloga) sem o consentimento do marido, a paternidade não poderá lhe ser imputada, legitimando até mesmo a dissolução do vínculo matrimonial e de ação de negatória de paternidade cumulada com anulação do registro de nascimento, se houver sido feito mediante equívoco.⁶⁹

A presunção de paternidade caracteriza-se um liame biológico, no caso em questão, se configura a vontade procracional, socioafetiva, se o cônjuge houver consentido explicitamente com a prática dessa forma de reprodução.

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado Atual do biodireito*. 4 ed. rev. e atual. conforme a Lei 11.105/2005. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 507.

⁶⁹ MOREIRA, José Roberto Filho. *Artigo: O Direito civil em face das novas técnicas de reprodução assistida (1)*. IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 13/02/2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=33>> acesso em: 16/10/2010.

Se o companheiro não assentiu com a realização da técnica de inseminação artificial heteróloga, é mostra de que jamais manifestou sua vontade no sentido de assumir a paternidade socioafetiva, tomando para si a responsabilidade na criação de uma criança como seu filho.⁷⁰

Tendo em vista que o exame de DNA nesse caso, obviamente afastaria o vínculo biológico e a identidade do doador é resguardada, a criança se depara com pai desconhecido, sendo o mesmo que se essa inseminação heteróloga fosse realizada em uma mulher solteira, tirando da criança seu direito ao biparentesco, ao direito de ter uma mãe e um pai. Em contrapartida, não se pode pensar nas conseqüências que serão geradas ao fruto dessa inseminação ao se deparar com a paternidade desconhecida em detrimento da honra, dignidade e vontade procracional do cônjuge enganado. Necessário é, e somente que não seja feita a inseminação artificial heteróloga sem o consentimento do cônjuge, e caso for, antes vem o direito do cônjuge se não lhe ser imputada a paternidade do que a criança que ainda nem foi gerada.

3.2.2 Impugnação de paternidade

Quanto à falta de consentimento do cônjuge na reprodução assistida heteróloga, a legislação brasileira é omissa. Fato é que se a inseminação for feita com o consentimento do cônjuge, esta não poderá ser impugnada por quem a assumiu. Entretanto, a lei não esclarece como a autorização deve ser feita; se refere apenas a uma “autorização prévia”, o que dá a entender que este ato de aceitação não poderá ser aceito ou ratificado posteriormente pelo marido, não se afigurando como verdadeiro, pois deve ser feito de forma prévia.⁷¹

Quanto ao marido que não consentiu na prática da inseminação artificial:

Não lhe será computada a paternidade do filho havido de sua mulher por técnica de inseminação heteróloga quando não houver seu consentimento,

⁷⁰ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 85.

⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 4 ed- São Paulo: Atlas, 2004, p. 291.

cabendo, inclusive, ação negatória de paternidade neste sentido, em que pese tal procedimento redundar num inegável prejuízo à criança concebida, que se verá a mercê de uma paternidade inexistente, pela igualmente possibilidade de se estabelecer vínculo com o doador do material genético.⁷²

Entretanto, se ao cônjuge lhe for imputada a presunção de paternidade arbitrariamente, resta como remédio jurisdicional a possibilidade da impugnação da filiação contida no art. 1601, *caput*, do CC, in fine: “cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.”⁷³

Rosenvald anui com a imprescritibilidade da ação do referido artigo: “Sem dúvida, considerado o desenvolvimento da ciência e da precisão científica na determinação da filiação, não se poderia cogitar do estabelecimento do prazo extintivo para essa hipótese.”⁷⁴

Segundo Maria Helena Diniz a presunção de paternidade poderá ser excepcionalmente desconstituída por iniciativa do marido. A irrevogabilidade do consentido só poderá se dar até o momento da inseminação,⁷⁵ e caso não haja esse consentimento e por erro seja imputada a paternidade presumida ao marido, a este cabe propor ação de negatória de paternidade, tendo em vista que não há vínculo biológico nem tampouco socioafetivo face a inexistência da vontade e consentimento do marido de ser pai.

Corroborando tal entendimento, Tycho Brahe Fernandes afirma que “...caso uma mulher casada venha a se valer sem o consentimento do marido ou companheiro de uma das técnicas heterólogas de reprodução assistida, a ele caberá o aforamento de ação negatória de paternidade, ao argumento de não-consentimento.”⁷⁶

Essa ação tem como base o caráter personalíssimo, intransmissível e imprescritível.

⁷² ALMEIDA, Jesualdo Eduardo de Junior. Artigo: Técnicas de reprodução assistida e biodireito. IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de família. 23/12/2003. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=110>> acesso em: 16/10/2010.

⁷³ Código Civil de acordo com a Lei 10.406, de 10/01/2002: Saraiva, 2007, p. 293.

⁷⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 581.

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. *O estado Atual do biodireito*. 4 ed. rev. e atual. conforme a Lei 11.105/2005. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 508.

⁷⁶ FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 117.

É personalíssimo, pois somente poderá ingressar com a ação a pessoa diretamente interessada na sentença. É pessoal (intransmissível) porque visa a integridade da pessoa humana; e imprescritível, como todas as ações de estado porque esta inserido neste contexto os direitos constitucionais da personalidade.⁷⁷

3.3 Filiação socioafetiva e o melhor interesse do menor

Ao se negar a paternidade presumida ao cônjuge enganado na inseminação artificial heteróloga, é inevitável a repercussão que irá gerar na vida da criança, e esta não pode ser desamparada e é necessário que se reflita a respeito e encontre uma solução para amenizar da menor forma possível as conseqüências a que esta estará submetida.

A filiação socioafetiva é a saída mais viável para o crescimento sadio da criança no âmbito familiar se houver o consentimento do cônjuge. O que não é o caso do presente trabalho, pois não houve o consentimento do marido, não podendo atribuir a filiação socioafetiva, esta que, nas palavras de Maria Helena Diniz é atribuída quando é:

[...]fundada no princípio da boa-fé e da lealdade de comportamento, instaurar a vontade procracional do marido, como um meio de impedi-lo de desconhecer a paternidade do filho voluntariamente assumido ao consentir na inseminação heteróloga de sua mulher. A paternidade, nessa última hipótese, apesar de não ter fundamento genético, terá o moral, privilegiando-se a relação socioafetiva.⁷⁸

Ainda, conceituando a filiação socioafetiva, nas palavras de Rosenvald:

O pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai (a função). É uma espécie de adoção de fato. É aquele que ao dar abrigo, carinho, educação e amor... ao filho, expõe o foto íntimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa

⁷⁷ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 156/157.

⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15 ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1128.

ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é do filho o olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre ele se projetam.⁷⁹

A conceituação do autor acima corrobora o entendimento de que não se pode aplicar a filiação socioafetiva para o marido que não consentiu com a reprodução assistida heteróloga de sua mulher, pois além de não consentir a prática, o marido não teve qualquer vínculo afetivo com o fruto da prática, dissolvendo o vínculo conjugal antes mesmo que a criança venha a nascer, ou assim que descobrir que tenha sido levado a erro.

Entretanto, se o cônjuge, induzido a erro, criou o fruto da inseminação artificial heteróloga, mesmo sem saber que a prática foi realizada, achando que o filho era seu, mesmo que caiba a impugnação da paternidade ao cônjuge, cabe a paternidade sócio afetiva, pois mesmo que enganado, o marido exerceu a função de pai, cuidando e amando a criança, com convivência diária, e nesse caso, o melhor interesse do menor deve ser levado em consideração.

A socioafetividade depende da comprovação da convivência respeitosa, pública e bem estabelecida. Se a filiação for discutida em juízo, não é necessário que nesse momento haja afeto, pois se chegou as vias judiciais, provavelmente o afeto já acabou por diferentes motivos próprios de cada caso. É necessário que se prove que o afeto existia quando da convivência. Sendo que a afetividade somente poderá ser usada para determinar o estado de filiação, e não para negá-lo.⁸⁰ No caso da inseminação artificial heteróloga sem o consentimento do cônjuge, não há o que se falar em “desafetividade”, mas sim em falta de consentimento.

Entretanto, se houver conflito entre pai biológico e socioafetivo, deve-se prevalecer a socioafetividade, pois a questão da paternidade biológica cai por terra ao se levar em consideração o melhor interesse do menor. “Parece não merecer acolhida, no mundo moderno, qualquer alegação de que, se o doador possui vínculo biológico, deve-se atribuir-lhe a paternidade. São argumentos arcaicos que não mais traduzem a evolução da medicina e os interesses da sociedade.”⁸¹

⁷⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 590.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 592/594.

⁸¹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 147.

Nesse sentido, preceitua Maria Helena Diniz ao se referir no possível conflito entre paternidade biológica e socioafetiva, onde prevalece os direitos da criança e do adolescente, averiguando se há desenvolvimento sadio da criança, se a convivência é mais saudável com os pais biológicos ou com os não biológicos, pois a real filiação advém da dimensão cultural, social e afetiva a qual o menor está inserido.⁸²

Ainda acerca do melhor interesse do menor, o artigo 227, caput da CR/88 preceitua 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, exploração, violência, crueldade e opressão.⁸³

A questão do melhor interesse da criança tem fundamento na mudança da estrutura familiar dos últimos tempos, “através de qual despojou-se de sua função econômica para ser um núcleo de companheirismo e afetividade, *locus* do amor, sonho, afeto e companheirismo.”⁸⁴

Diante desse quadro e visando também o melhor interesse do menor que necessário se faz a regulamentação e limitação da prática da reprodução assistida heteróloga, pois já que não é possível imputar paternidade presumida ao cônjuge enganado, e a paternidade socioafetiva só lhe será imputada se comprovada a relação ininterrupta e amorosa entre cônjuge e fruto da inseminação, as conseqüências irão repercutir diretamente na criança, e nesse ponto que devemos pensar no menor e evitar que ela passe por tais transtornos, legislando a respeito da utilização de tal prática e cercando-a de todos os cuidados possíveis, prevendo as complicações que poderão ser decorrentes e eliminando-as antes de concretizadas.

⁸² DINIZ, Maria Helena. *O estado Atual do biodireito*. 4 ed. rev. e atual. conforme a Lei 11.105/2005. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 509.

⁸³ Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Saraiva, 2007, p. 68.

⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*: Lumen Juris, 2010, p. 42.

3.4 Paternidade biológica e doação de gametas: os limites da paternidade presumida em face da reprodução assistida heteróloga

Uma das complicações decorrentes da reprodução assistida heteóloga é o conflito entre identidade genética e o anonimato do doador. No caso da reprodução assistida heteróloga, a paternidade biológica advém de um terceiro, doador de gametas.

A doação de gametas é indicada em casos que os companheiros ou apenas um deles possuem problemas de infertilidade ou doença genética que pode ser transmitida com alta frequência a seus descendentes.⁸⁵

A doação é feita de forma pré-estabelecida e garante anonimato ao ato de doar e receptor.

A manutenção do anonimato entre doadores e receptores é de extrema importância no sentido de evitar-se, no futuro, complexas situações emocionais e legais entre doadores e receptores, com repercussões no desenvolvimento psicológico das crianças nascidas através desse procedimento. Sob essa ótica alguns especialistas acreditam que a manutenção do anonimato torna possível aos pais exercerem uma maior influência de suas identidades sobre seus filhos. Entretanto, outros afirmam que as crianças com desconhecimento de sua origem genética poderiam apresentar incompleta percepção de sua identidade, com graves repercussões psicológicas.⁸⁶

Entretanto, esse direito à origem genética não determina o estado de filiação nem direitos e deveres dele inerentes. Nesse sentido, esclarece as autoras Adriana Moraes Ferreira e Karla Corrêa Cunha que quando tiver necessidade de preservar a vida do receptor ou para se evitar a formação de vínculos parentais proibidos pelo Código Civil, como o incesto, por exemplo, é incontestável o direito ao reconhecimento da ascendência genética, já que, o direito de se reconhecer a identidade do doador de material genético é personalíssimo e impassível de

⁸⁵ COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 117.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 118.

violação. Ademais, esse direito só deve sobrepor ao direito do anonimato do doador, se o receptor comprovar a necessidade dessa revelação.⁸⁷

Essa quebra de sigilo deve ser prevista em lei, feita com autorização judicial e quando o interessado completar a maioridade, com objetivo de revelar a origem genética da pessoa gerada com o gameta do doador.⁸⁸

Corroborando tal entendimento, nas palavras de Maria Helena Diniz:

O direito à origem genética (direito da personalidade da pessoa advinda de inseminação artificial heteróloga) é o de saber a história da saúde dos seus parentes consangüíneos para fins de prevenção de alguma moléstia física ou mental ou de evitar incesto, logo não gera o direito a filiação, nem o direito alimentar e tampouco o sucessório.⁸⁹

Nesse sentido há um Projeto Lei n. 2285/2007, que é conhecido como Estatuto das Famílias:

Art. 77 – É admissível a qualquer pessoa, cuja filiação seja proveniente de adoção, filiação sócio-afetiva, posse de estado ou inseminação artificial heteróloga, o conhecimento de seu vínculo genético, sem gerar relação de parentesco.

Parágrafo único – o ascendente genético pode responder por subsídios à manutenção do descendente, salvo em caso de inseminação artificial heteróloga.⁹⁰

Claro que mesmo com o advento da legislação referente a esse impasse, será feito “sem que isto influencie o estabelecimento da paternidade, constituindo ou alterando o estado de filho original e afetando seus vínculos de parentesco.”⁹¹

⁸⁷ CUNHA, Karla Corrêa, FERREIRA, Adriana Moraes. Artigo: *Reprodução Humana Assistida: Direito à identidade genética x direito ao anonimato do doador*. 11/12/2008. Disponível em: <<http://lfg.com.br>> acesso em: 19/09/2010.

⁸⁸ FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 112/113.

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. *O estado Atual do biodireito*. 4 ed. rev. e atual. conforme a Lei 11.105/2005. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 510.

⁹⁰ Projeto Lei n 2285/2007. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Autor: Sérgio Barradas Carneiro PT/BA. Data da apresentação: 25/10/2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/prop_detalhe.asp?id=373935> Acesso em 16/10/2010.

⁹¹ PAULO, Beatrice Marinho. Artigo: *Novos caminhos da Filiação: A responsabilidade de pais e de genitores - Questões Polêmicas*. 11/08/2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=658>> acesso em 16/10/2010.

Portanto, já que não pode-se atribuir a paternidade presumida ao cônjuge enganado, da mesma forma “não pode atribuir-se ao doador qualquer vínculo de filiação. Deve ser usada analogia ao instituto da doação, devendo a criança ser registrada somente em nome da mãe, mas podendo no futuro requerer o reconhecimento de seu vínculo genético.”⁹²

Sem que se restrinja somente ao conflito da paternidade biológica *versus* anonimato do doador, mas também fazendo referencia a todo conteúdo até aqui abordado, e tendo em vista o *déficit* legislativo a respeito das técnicas de reprodução assistida, necessário se faz moldar os parâmetros para que essa legislação seja feita.

Com relação a reprodução assistida, não é mais justificável a abstenção do legislador, pois há varias posições e interesses em questão, devendo o Estado pensar em uma legislação segura e adequada. A ausência de debates a respeito é devida a falta de litígio envolvendo essas técnicas, entretanto, não se deve aguardar que venham a ocorrer para então somente legislar o que antes poderia evitá-lo. Trata-se de uma legislação preventiva. Ademais, há no país farta e renomada doutrina a respeito, em que já é tempo de sua “maturação”.⁹³

A proibição dessas técnicas não é razoável tendo em vista que ela se apresenta eficaz no tratamento de doenças de infertilidade, mas deve ser regulamentada, tendo como primórdio o direito de família, autorizando tudo o que, no momento do desenvolvimento social atual do país não venha a ferir valores éticos que são aceitos pela sociedade.⁹⁴

Nesse sentido, em consonância com as necessidades da bioética e com os princípios fundamentais, é necessário o estabelecimento de normas que garantam que os valores naturais, humano e social sejam respeitados, protegendo a vida e a saúde física e mental.⁹⁵

Finalizando, os limites da paternidade presumida em face da reprodução assistida heteróloga se dão quando falta o consentimento do cônjuge. Não sendo cabível a presunção de paternidade quando não houver consentimento do marido

⁹² AZEVEDO, Eder Marques de. *Reprodução humana assistida [slides e notas de sala de aula]*; Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil/ Faculdades Integradas de Caratinga, 2010.

⁹³ FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 97-101.

⁹⁴ FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 102-104.

⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. *O estado Atual do biodireito*. 4 ed. rev. e atual. conforme a Lei 11.105/2005. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 554.

pelas razões expostas e apoiadas pelos mais diversos doutrinadores, deixa-se espaço em branco na legislação para que o legisladores exerçam seu papel e explicitem a não-presunção da paternidade na falta de anuência do cônjuge.

O Brasil é silente no tocante à existência de jurisprudência específica sobre o tema, o que se justifica sobre a escusa de questões econômicas (altos custos que decorrem dessa forma de reprodução, via laboratorial), o que restringe o acesso à grande parte da população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há um velho ditado que diz: “não adianta chorar o leite derramado”, então, vem a ser este a síntese da necessidade do presente trabalho, visando seu caráter preventivo quanto a falta de legislação referente a paternidade presumida na reprodução assistida heteróloga e o caráter protetivo do cônjuge que ao ser enganado, se viu diante de uma situação a qual não teve conhecimento, e que a falta de anuência deve prevalecer diante da arbitrariedade da imposição da paternidade. Deve aí ter o limite da paternidade presumida, na falta de consentimento do cônjuge no tocante a técnica de reprodução assistida heteróloga.

Há que se falar em diversos valores e princípios inerentes ao cônjuge no caso acima citado, tais como personalidade, honra, dignidade entre outros já abordados e também, como incapaz, deve alertar as conseqüências às quais o fruto desta inseminação estará submetido e se possível, o resguardar de tais litígios.

Tendo em vista que há uma política preventiva a respeito desse tema, com pareceres de diversos e renomados doutrinadores, sempre visando a constituição e preservação familiar, é necessário nesse momento em que a sociedade esta vivendo, diante de tantas novas técnicas tecnológicas, que haja uma legislação a respeito; pois a sociedade não está preparada para os impactos sociais decorrentes das conseqüências das técnicas de inseminação artificial.

Outro adágio popular diz que “é melhor prevenir do que remediar”. Portanto, é necessário que a sociedade esteja prevenida quando da ocorrência dessas desventuras causadas pela reprodução assistida heteróloga, em especial, pois ao cônjuge que não consentiu com a técnica, deverá, por meio de legislação própria estar explícito que a ele não cabe a paternidade presumida, tendo em vista a falta de anuência de sua parte e falta de vontade procracional.

Há que se legislar também a respeito de como e quando essas técnicas devem ser realizadas, já que a proibição seria negar o direito ao avanço tecnológico. Deve resguardar, antes que de fato aconteça, as possíveis implicações às quais estarão incluídos a genitora, criança, cônjuge e doador, e se caso acontecer qualquer desventura a respeito, a Lei, precavida do jeito que deve ser, já

apresentaria uma solução para a demanda, restabelecendo a ordem social e a paz familiar.

Há de se ressaltar que ainda não existem registros jurisprudenciais sobre o assunto em tela. Não obstante, a inexistência de casos concretos no ordenamento jurídico pátrio justifica-se devido ao alto custo que essa técnica possui, e como o Brasil é um país de terceiro mundo, a maioria de sua população ainda não tem acesso a essas técnicas, devido a condições financeiras; o que em um futuro próximo, com a proliferação da ciência pertinente a essa técnica e com a utilização da mesma pela população em massa, é necessário que se resguarde desde já as implicações provenientes e possíveis soluções.

Como o mundo está carente de paz e a cada dia é inserido ao âmbito familiar novas tecnologias, que, em alguns casos, se perde a noção da estrutura familiar e de sua importância no desenvolvimento psicossocial do ser humano, seria de grande valia ao indivíduo e à sociedade em geral que se restabelecesse a família como pilar de desenvolvimento e assegurasse ao indivíduo seus direitos e garantias individuais previstos na Constituição. Dessa forma, com a esperança de uma nova lei que regule o avanço tecnológico e as novas técnicas de reprodução assistida, espera-se que todos possam viver em um mundo mais harmônico e feliz.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jesualdo Eduardo de Junior. Artigo: Técnicas de reprodução assistida e biodireito. IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de família. 23/12/2003. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=110>> acesso em: 16/10/2010.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Código das Famílias Comentado: de acordo com o estatuto das famílias (PLN n. 2.285/07)*- Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ARNAUD, André-Jean. *Dicionário Enciclopédico da Teoria e Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AZEVEDO, Eder Marques de. *A aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana*. Ensaios Científicos – Revista do Instituto Doctum de Educação e Tecnologia e das Faculdades Integradas de Caratinga – v.1, n.1 (jan./dez. 2009). Caratinga: Instituto Doctum de educação e Tecnologia e das Faculdades Integradas de Caratinga, 2009.

AZEVEDO, Eder Marques de. *Direito Constitucional [notas de sala de aula]*, 2010

AZEVEDO, Eder Marques de. *Reprodução humana assistida [slides e notas de sala de aula]*; Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil/ Faculdades Integradas de Caratinga, 2010.

BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (org). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Código Civil de acordo com a Lei 10.406, de 10/01/2002: Saraiva, 2007.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Resolução CFM nº 1.358, São Paulo, 11 de novembro de 1992.

Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Saraiva, 2007.

COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

CUNHA, Karla Correa. FERREIRA, Adriana Moraes. *Reprodução humana assistida: direito à identidade genética X direito ao anonimato do doador*. Publicado em 11 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081209105317401> acesso em: 19/09/2010.

DEZEN, Gabriel Junior. *Constituição Federal Interpretada*. Niteroi, RJ: Impetus, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5 ed- São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15 ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 5: direito de família*. 25 ed.- São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *O estado Atual do biodireito*. 4 ed. rev. e atual. conforme a Lei 11.105/2005. – São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. :Lumen Juris, 2010.

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

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio Século XXI Escolar*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA, Rodolfo Filho. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil: direito de família, v. 2. 8 ed. atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002)*. – São Paulo: Saraiva, 2002. – (Coleção sinopses jurídicas)

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família.v.2* 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEI nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, Lei do planejamento familiar. Regula sobre o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

LEI nº 11.105, de 24 de março de 2005, Lei da Biotecnologia. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n.º 8.974, de 5 de janeiro de 2001, e a Medida Provisória n.º 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10 e 16 da Lei n.º 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14 ed, São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. *Direito à honra*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/30205>> acesso em: 18/09/2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, José Roberto Filho. Artigo: *Direito à identidade genética*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>> acesso em: 19/09/2010.

MOREIRA, José Roberto Filho. Artigo: *O Direito civil em face das novas técnicas de reprodução assistida (1)*. IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 13/02/2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=33>> acesso em: 16/10/2010.

NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4 ed. rev. e atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

PARISE, Patrícia Spagnolo. *O que é biodireito?* Disponível em: ><http://www.faculdadeobjetivo.com.br/arquivos/ART4.pdf>< Acesso em 10/05/2010.

PAULO, Beatrice Marinho. Artigo: *Novos caminhos da Filiação: A responsabilidade de pais e de genitores - Questões Polêmicas*. 11/08/2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=658>> acesso em 16/10/2010.

Projeto Lei n 2285/2001. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Autor: Sérgio Barradas Carneiro PT/BA. Data da apresentação: 25/10/2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/prop_detalhe.asp?id=373935> Acesso em 16/10/2010.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 45

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 31a. edição - São Paulo: Malheiros, 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – Apelação. Cível. n.º 2.0000.00.504875-3/000 – rel. Des. Mota e Silva – Publ. em 22.06.05, disponível em: <http://www.direitoocultura.com.br/index.asp?MenuPai=20&menu=29> acesso em 12/10/2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Seg. Cam. Cível, Mandado de segurança 1.0629.07.036979-4/0011. Rel Des. Brandão Teixeira. Julg. Em 10/02/2009. Public. em 04/03/2009 Decisão disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>> acesso em: 19/09/2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Segunda Câmara de Direito Cível. Apelação Cível n. 85322 SC 2007.008532-2. Rel. Des Luiz Carlos Freyesleben. Jul. 17/02/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8380420/apelacao-civel-ac-85322-sc-2007008532-2-tjsc>> acesso em 12/10/2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. 11. Câmara de Direito Público. Agravo de instrumento 990103736524. Rel Des. Maria Laura Tavares. Julg. em 30/08/2010. Pub. em 10/09/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16065792/agravo-de-instrumento-ai-990103736524-sp-tjsp>> acesso em: 12/10/2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Décima Segunda Câmara Cível. Apelação Cível nº 2009.001.47821. Des. Rel. Binato de Castro. Disponível em : <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6996337/apelacao-apl-899983020078190001-rj-0089998-3020078190001-tjrj/inteiro-teor>> acesso em 12/10/2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 4 ed- São Paulo: Atlas, 2004.