



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MANUELA GAMA BITTENCOURT**

**AS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DECORRENTES DA PRÁTICA DA INSEMINAÇÃO  
CASEIRA FACE À CONFORMAÇÃO ADEQUADA DA LIBERDADE  
REPRODUTIVA**

Salvador

2019

**MANUELA GAMA BITTENCOURT**

**AS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DECORRENTES DA PRÁTICA DA INSEMINAÇÃO  
CASEIRA FACE À CONFORMAÇÃO ADEQUADA DA LIBERDADE  
REPRODUTIVA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ana Thereza Meireles Araújo

Salvador

2019

## TERMO DE APROVAÇÃO

**MANUELA GAMA BITTENCOURT**

### **AS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DECORRENTES DA PRÁTICA DA INSEMINAÇÃO CASEIRA FACE À CONFORMAÇÃO ADEQUADA DA LIBERDADE REPRODUTIVA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

Titulação \_\_\_\_\_ e  
instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

Titulação \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_  
instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

Titulação \_\_\_\_\_ e  
instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2018.

Aos meus queridos pais por sempre acreditarem em mim e nunca medirem esforços para me proporcionar o melhor.

## **AGRADECIMENTOS**

Inicialmente gostaria de agradecer aos meus pais, Vera Bittencourt e Manuel Bittencourt, sem eles nada seria possível, o apoio deles me dá coragem para seguir em frente, os conselhos me fazer ser uma pessoa melhor, eles são os meus maiores amores e maiores exemplos de pessoas dignas, batalhadoras e que prezam pela família. Obrigada por todas as oportunidades, por acreditarem em mim e sempre estar ao meu lado nos momentos bons e ruins.

Também gostaria de agradecer a minha irmã, Carla Bittencourt Massa e ao meu cunhado Júlio Massa, por serem grandes exemplos pessoais e profissionais. As minhas sobrinhas Giovanna e Giulia, por me trazerem a alegria e a esperança inesgotável de uma criança.

Gostaria de agradecer à Rodrigo Alonso, meu namorado, por todo amor, paciência, ajuda e por acompanhar de perto o desenvolvimento desse trabalho.

As minhas amigas, que compartilharam comigo toda a vida acadêmica e pessoal, além de todos os medos e alegrias que essas nos proporcionam.

À minha querida orientadora, Professora Doutora Ana Thereza Meireles Araújo, pelo empenho, paciência e carinho com o qual me guiou no desenvolvimento desse trabalho.

À todos os professores da Faculdade Baiana de Direito, por todo conhecimento que foi compartilhado e pelos ensinamentos que vão muito além da sala de aula.

“Se tivermos coragem de correr atrás dos nossos sonhos, todos eles podem se realizar”

Walt Disney

## RESUMO

A presente monografia trata da prática da inseminação caseira, assim como suas implicações jurídicas e a possibilidade de uma regulamentação guiada pelo princípio da liberdade reprodutiva. Inicialmente é necessário tratar da trajetória da mulher e seu atual papel tanto na sociedade quanto na família, também foi trazido a evolução da família culminando nos novos arranjos familiares que existem hoje. Foi feito um estudo sobre a autonomia privada, autonomia da vontade e essa no âmbito da bioética, em busca de demonstrar a existência da autonomia em relação ao próprio corpo e apresentar o princípio da liberdade reprodutiva. Além disso, foi abordado o assunto da reprodução assistida, trazendo os procedimentos e questões relacionadas como a visão da mulher infértil, o anonimato do doador, a discriminação sofrida pelas pessoas que não podem custear esses tratamento e as políticas públicas nesse sentido. Foi abordado sobre a inseminação caseira desde o seu surgimento, e todas as implicações jurídicas decorrentes de sua prática além da maneira correta de tratar esse fato jurídico. Todo esse estudo, é concluído com uma proposta de regulamentação sobre o tema.

Palavras-chave: inseminação caseira, liberdade reprodutiva, mulher, reprodução assistida, implicações.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	10
<b>2 A CONDIÇÃO DA MULHER NA SOCIEDADE E DENTRO DA FAMÍLIA</b>	13
2.1 NOTAS HISTÓRICAS E ATUAIS SOBRE O PATRIARCADO	13
2.2 A ASCENÇÃO DA MULHER NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	18
2.3 O ATUAL PAPEL DA MULHER DENTRO DA FAMÍLIA	18
2.4 A NOVA FACE DA FAMÍLIA BRASILEIRA E O RECONHECIMENTO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	19
<b>2.4.1 Famílias heterossexuais</b>	19
<b>2.4.2 Famílias monoparentais</b>	29
<b>2.4.3 Famílias homoafetivas</b>	32
<b>2.4.4 Outras formas familiares</b>	37
<b>3 AUTONOMIA E LIBERDADE REPRODUTIVA</b>	40
3.1 NOTAS ELEMENTARES SOBRE AUTONOMIA	40
<b>3.1.1 Autonomia da vontade</b>	40
<b>3.1.2 Autonomia privada hoje no Direito Civil</b>	42
<b>3.1.3 A autonomia no âmbito da bioética</b>	45
<b>3.1.4 O respeito à autonomia como uma face da proteção à dignidade humana</b>	48
3.2 PROCRIAÇÃO: UMA QUESTÃO DE LIBERDADE	50
<b>3.2.1 A liberdade negativa</b>	50
<b>3.2.2 A liberdade positiva</b>	52
<b>4 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA VERSUS REPRODUÇÃO CASEIRA</b>	54
4.1 NOTAS ELEMENTARES SOBRE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	54
<b>4.1.1 Inseminação artificial</b>	61
<b>4.1.2 Fertilização in vitro</b>	62
<b>4.1.3 Gestação de substituição</b>	63
<b>4.1.4 A doação de material biológico no âmbito dos procedimentos assistidos</b>	65
4.2 NOTAS CONCEITUAIS SOBRE REPRODUÇÃO CASEIRA	70
4.3 UM RELATO SOBRE CASOS JÁ NOTICIADOS	72



<b>5 AS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DECORRENTES DA PRÁTICA DA INSEMINAÇÃO CASEIRA</b>	74
5.1 A CONSTITUIÇÃO DA FILIAÇÃO: MATERNIDADE E PATERNIDADE	74
5.2 DEVER DE REGISTRO?	77
5.3 PENSÃO ALIMENTÍCIA	79
5.4 QUESTÕES SUCESSÓRIAS	82
5.5 A IMPOSSIBILIDADE DA VENDA DO SÊMEN E DO ÓVULO NO BRASIL	87
5.6 OS RISCOS À SAÚDE DA MULHER	89
5.7 A INTERPRETAÇÃO ADEQUADA DA CONDUTA	91
<b>6 CONCLUSÃO</b>	93
<b>REFERÊNCIAS</b>	97

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente a sociedade possui uma nova visão em relação a mulher, esta que por muito tempo foi tratada como dependente e submissa foi lutando pela sua autonomia e hoje se afirma como sujeito de direito independente e livre para tomar suas próprias decisões, hoje não é mais incomum a mulher que não quer ter filhos ou a que busca uma produção independente ou até a existência de casais homoafetivos e de novos arranjos familiares.

Muito dessa evolução foi resultado das lutas feministas, que ao longo dos anos garantiu vários direitos as mulheres como por exemplo o voto, a liberdade de expressão, de vestimenta, assim como os direitos sobre o próprio corpo e o direito à liberdade reprodutiva.

A tecnologia também avançou muito em vários aspectos, um deles ligados as técnicas de reprodução assistida, que trouxeram esperança para vários casais que possuíam o desejo de ter filhos, atendendo não só casais que possuíam problemas de infertilidades como casais homoafetivos e mulheres solteiras, mas que possuíam o desejo de ser mãe. Porém, essa nova tecnologia veio acompanhada de seus altos custos, de modo que grande parte da população não podia arcar com esses procedimentos, isso gerou uma segregação entre as pessoas que podiam pagar e usufruir dessas tecnologias e aquelas que não possuíam condições e continuavam vivendo com os mesmos anseios.

Como consequência dessa situação, surgiu a inseminação caseira que é uma técnica de inseminação doméstica onde o doador em um quarto coleta seu sêmen e o entrega para a mulher que vai se auto inseminar com o auxílio de uma seringa, entre as várias diferenças entre esse procedimento e o da reprodução assistida, está o seu baixo custo o que incentivou a adesão de muitas pessoas que possuíam o sonho de engravidar mas não podiam arcar com as despesas decorrentes dos tratamentos de reprodução artificial.

No entanto, essa prática também possui inúmeras implicações do ponto de vista jurídico que podem levar a sérias consequências, a longo prazo, se não houver uma correta regulamentação.

Entre elas tem a questão do anonimato do doador que não existirá na inseminação caseira, podendo dar origem a um vínculo de filiação movido apenas pela questão biológica, já que não há intenção do doador em assumir a paternidade, além disso tem a questão do registro pois aqui a identidade do doador é conhecida, se fala também na possibilidade do pagamento de pensão alimentícia e a impossibilidade da venda sêmen no Brasil.

É necessário atentar também para os riscos à saúde da mulher, pois essa prática é realizada em um ambiente não-estéril e com o uso de instrumentos que não foram esterilizados, o homem coleta seu sêmen e o armazena em um coletor de plástico, assim que esse é dado a mulher ela vai transferir o conteúdo para uma seringa e realizar a inseminação, logo há o risco de infecção, além disso o sêmen do homem não passa por nenhuma análise ou estudo, podendo transmitir doenças para a mãe e o bebê.

O objetivo desse trabalho é justamente tratar das implicações jurídicas decorrentes da inseminação caseira, em busca de uma regulamentação que não viole o princípio da liberdade reprodutiva, visto que trata-se de um princípio atual que reafirma a autonomia da mulher e uma regulamentação que violasse esse seria um retrocesso.

A metodologia eleita para realização desse trabalho, foi o método hipotético dedutivo proposto pelo filósofo Karl Popper, em que as hipóteses passarão pelo processo de falseamento. Além disso, do ponto de vista da abordagem do problema, a pesquisa será na forma qualitativa, trazendo hipóteses que deverão ser interpretadas com base na legislação vigente, doutrina, periódicos, Internet e artigos já publicados.

O primeiro capítulo irá trazer um resumo sobre a evolução da mulher, trazendo o antigo panorama em que ela estava inserida e como isso foi mudando ao longo dos anos, culminando no atual papel que ela ocupa na sociedade e principalmente dentro da família, acumulando inúmeras funções como a de mãe, esposa e profissional.

O segundo capítulo, irá abordar o tema da autonomia como um gênero que abarca várias espécies e como um princípio capaz de ser inserido em várias áreas do direito como a bioética. A autonomia tem papel de destaque nesse tema, pois a luta das mulheres foi justamente nesse sentido, elas queriam liberdade e autonomia para tomar suas próprias decisões e fazer suas próprias escolhas, a autonomia abarca também a questão da reprodução não se limitando a ideia da mulher que quer ter

filhos e a que não quer, indo além disso pois se relaciona com a forma eleita por ela para que isso aconteça.

O quarto capítulo irá tratar da reprodução assistida, sua origem, os procedimentos e as peculiaridades relacionadas a eles, além de trazer o tema da inseminação caseira, com o seu surgimento, como ele acontece e os casos já noticiados.

Por fim, o quinto capítulo traz as implicações jurídicas da inseminação caseira, e uma interpretação sobre essa conduta tentando encaixá-la nas espécies do mundo jurídico, até porque para que se busque uma regulamentação sobre o tema é necessário primeiro conhecê-lo, saber sua natureza e o que ele tem de igual e diferente em relação aos outros.

## 2 A CONDIÇÃO DA MULHER NA SOCIEDADE E DENTRO DA FAMÍLIA

Atualmente é possível observar uma mudança de paradigmas, isso porque a mulher está a cada dia mais consolidando seu lugar tanto na sociedade quanto na família, hoje há mulheres exercendo profissões que antes só podiam ser exercidas por homens, mulheres ficando fora o dia todo enquanto os maridos ou companheiros ficam em casa cuidando das crianças, mulheres que exercem cargos políticos e lutam pelos seus ideais, que escolhem não casar, escolhem não ter filhos ou até ter filhos mais tarde.

Enfim, toda essa autonomia foi conquistada após muitos anos de luta que foi iniciada pelo movimento feminista, esse tirou as mulheres da submissão e levou ela as ruas para lutar pelo seus direitos e por uma igualdade em relação aos homens, tanto no meio profissional quanto na vida pessoal.

Até hoje não é possível dizer que a luta foi completamente vitoriosa, já que ainda existem homens que ganham muito mais que as mulheres exercendo a mesma função e ainda existem pessoas que entendem que a mulher deve ficar em casa enquanto o homem sai para trabalhar, porém a cada dia que passa essa realidade vem mudando.

### 2.1 NOTAS HISTÓRICAS E ATUAIS SOBRE O PATRIARCADO

A família ao longo da história sofreu uma evolução, ela inicialmente era regida por uma estrutura patriarcal, onde o homem exercia sua soberania sobre as mulheres e seu pátrio poder sobre os filhos, essa rígida estrutura foi substituída por um regime de comunhão da vida e de interesses (LÔBO, 2017, p. 16).

Esse regime teve uma duração de larga escala, posto que já existia na Idade Clássica e se preservou até o Estado Liberal, durante todo esse tempo a mulher mantém o mesmo “papel” que exercia no tempo das cavernas, qual seja reproduzir e criar os filhos (MARTINS, 2008, p. 99).

Para Elizandra Iop (2009, p. 240), o regime do patriarcado se caracteriza por uma visão machista, onde se considera o homem detentor de todo o poder dentro da sociedade não sendo diferente no âmbito da família, onde o homem era responsável

pela direção da casa, era ele quem trabalhava e quem ditava a vontade dos componentes da família, já a mulher era vista apenas na sua função reprodutiva que consistia em servir seu marido e criar os filhos.

Na Idade Média, a Igreja Católica vivia seu momento de ascensão e repercutia a ideia de matrimônio e reprodução, afinal o casamento só era consumado com o ato conjugal, esse era tão importante que a impotência por parte do homem ou da mulher levava a anulação do casamento (CAMPOS, 2010, p. 224-225). Nessa mesma época, por meio dos estudos de São Tomás de Aquino, a mulher juntamente com as crianças passara a integrar o conceito de pessoa humana, embora ainda não tivessem nenhum direito político (MARTINS, 2008, p. 99).

O regime patriarcal só aceitava as famílias matrimonializadas, com uma hierarquia bem clara onde o homem detinha todo poder, essa tinha que ser heterossexual e patrimonializada (DIAS, 2017, p. 64). Aqui era imposto um modelo de família considerado como o único válido, e todos os outros que não se encaixavam nesse molde eram considerados inexistentes (DIAS, 2017, p. 64).

Segundo Elizandra Iop (2009, p. 241), a mulher quando se casava passava a ser “propriedade” de seu marido, sendo efetivamente tratada assim pois ela podia ser devolvida ao seu pai se ficasse comprovado que não era virgem, poderia ser morta se cometesse adultério, a ela era obrigatório o dever de fidelidade enquanto que para o homem inexistia esses deveres, principalmente na seara da fidelidade.

Na Idade Moderna, o Brasil é descoberto e passa a ser colonizado pelos portugueses, nesse momento o patriarcado é iniciado na história brasileira, a mulher vivia em um regime de sujeição, onde não podia realizar seus desejos e vontades tendo que se submeter aos desejos e vontades do seu cônjuge, logo a mulher devia ser tolerante a infidelidade do marido e aos casos de violência doméstica, pois era exigido delas um comportamento ordeiro (MARTINS, 2008, p. 100).

Com o tempo a ideologia patriarcal foi substituída pela ideologia do Estado, onde esse invadindo a autonomia pessoal dos sujeitos, elegeu um modelo de família e passou a consagrá-lo como o único regime aceito, sendo imposto a todos por meio de normas cogentes e imperativas, buscando com isso gerar um comportamento que esteja alinhado ao padrão de moralidade por ele estabelecido, tudo que for destoante não será regulamentado e terá como punição a invisibilidade (DIAS, 2017, p. 64-65).

Com a Constituição Federal de 1988, a igualdade entre homens e mulheres foi reconhecida, porém é necessário a compatibilizar essa igualdade com as diferenças inerentes a esses dois gêneros (LÔBO, 2017, p. 61).

O regime patriarcal ainda existe em muitas famílias, embora suas estruturas tenham sido abaladas com a emancipação da mulher, essa passou a assumir a condição de sujeito de desejos indo em busca de igualdade e liberdade (DIAS, 2017, p. 111-112).

## 2.2 A ASCENÇÃO DA MULHER NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Para entender a evolução da mulher dentro das legislações atuais, é necessário primeiro analisar as legislações pretéritas. Iniciando com as Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil de 1603 até 1916, aqui a mulher era vista como vulnerável necessitando de tutela para prática de qualquer ato, com o casamento ela perdia sua personalidade pois se fundia na pessoa do seu marido, além disso o cônjuge tinha autorização para castigá-la e até matá-la em caso de adultério (LÔBO, 2017, p. 62).

Depois veio o Código Civil de 1916, que é uma legislação do século XIX e era marcadamente patriarcal trazendo o homem como superior, ele era o chefe da sociedade conjugal logo ao se casar a mulher passava a ser relativamente incapaz, de modo que para trabalhar ou praticar atos cíveis ela precisava de autorização dele, era obrigatório a adoção de seu sobrenome, fora o fato do casamento ser uma instituição indissolúvel. (DIAS, 2017, p. 113). Além disso, como o patrimônio normalmente se encontrava em sua totalidade no nome do marido, nos casos de desquite ou de morte a mulher nada recebia (DIAS, 2017, p. 113).

Havia uma grande carga preconceituosa anexada a essa legislação, visto que era permitido ao homem a anulação do casamento caso comprovasse que a mulher não era virgem, ele também podia deserdar sua filha ante a prática de ato de desonestidade, o homem também possuía uma liberdade sexual que era limitada para a mulher (MARTINS, 2008, p. 100).

Essa situação começou a ser superada com o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), onde foi consagrada sua capacidade, além disso várias normas que perpetuavam a desigualdade foram abolidas, mas ainda assim haviam traços

expressos do regime patriarcal, pois o homem permaneceu com a chefia do relacionamento, com o exercício do poder pátrio e embora houvessem deveres decorrentes do matrimônio esses eram diferentes para cada um dos sexos (LÔBO, 2017, p. 63).

Essa legislação permitiu que a mãe ficasse com a guarda dos filhos menores nos casos de separação onde ambos tem culpa, ela não precisava mais de autorização para trabalhar, foram criados os bens reservados que correspondia ao patrimônio construído pela esposa como fruto de seu trabalho, esses não respondiam pelas dívidas do marido (DIAS, 2017, p. 113).

Um acontecimento muito importante foi a Lei do Divórcio (Lei de nº 6.515/77), aqui a expressão desquite foi substituída pela separação judicial com os mesmos requisitos para sua concessão, porém, houveram avanços como a facultatividade na adoção do sobrenome do marido, a possibilidade do marido pleitear alimentos (possibilidade que antes só era dada as mulheres) e a comunhão parcial que passou a ser o regime base (DIAS, 2017, p. 114).

A Constituição Cidadã, como é conhecida a Constituição Federal de 1988, foi sem dúvidas um dos dispositivos legais que mais trouxe alterações no âmbito familiar, essa trouxe a família como entidade de afeto e solidariedade que busca o desenvolvimento do ser humano e a realização pessoal e dos seus membros (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 73).

Os dispositivos presentes na Constituição devem ter uma interpretação que lhes conceda a maior efetividade possível, logo ao serem analisados devem ser escolhida a interpretação que lhes deu maior alcance social (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 74).

A Constituição já em seu preâmbulo traz o direito a igualdade, assegurando a igualdade entre homem e mulher, esse é considerado objetivo fundamental do Estado, essa igualdade abrange os direitos e obrigações, assim como a chefia da sociedade conjugal que deve ser exercida por ambos de modo igualitário (DIAS, 2017, p. 114).

Essa legislação trouxe um grande avanço em relação ao reconhecimento de diversas entidades familiares, como por exemplo a família formada pela união estável e família monoparental (DIAS, 2017, p. 114).



O Código Civil de 2002 tem como seu principal mérito ter abolido todo tipo de denominação discriminatória, em relação à mulher, a filiação e a família, no entanto o mesmo não pode ser dito de alguns dispositivos que mesmo tendo conteúdo preconceituoso permanecem lá (DIAS, 2017, p. 115).

Alguns deles são: a redução do prazo prescricional para pleitear alimentos de cinco anos para dois anos, isso vem em desfavor da mulher que muitas vezes enfrenta a resistência dos filhos para pleitear os alimentos devidos na justiça, outra situação é a possibilidade da mulher casada poder dispensar a tutela, esse dispositivo é de cunho discriminatório pois viola o preceito constitucional que institui a igualdade entre homens e mulheres, pois para o marido não existe essa mesma possibilidade (DIAS, 2017, p. 115).

Outra questão, é a imposição do regime de separação de bens para quem se casa a partir dos setenta anos, esse dispositivo restringe a autonomia de homens e mulheres nessa idade, dando a entender que eles não poderia despertar o amor sincero de outra pessoa assim como não gozam de discernimento para autorregular sua vontade de modo que o Estado se vê na responsabilidade de fazer isso por eles (DIAS, 2017, p. 116).

Outra legislação de grande ganho para as mulheres foi a Lei Maria da Penha (Lei de nº 11.340/06), essa impõe a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica contra as mulheres no ambiente familiar, essa deverá sempre estar acompanhada de advogado tanto na fase policial quanto na fase judicial sendo concedido a ela o serviço da defensoria pública e assistência judiciária gratuita (DIAS, 2017, p. 120).

Além disso, é dado ao juiz a possibilidade de atuar de ofício, ou seja, ele não fica limitado a adotar somente o que foi requerido pela vítima, tendo a possibilidade de determinar o afastamento do agressor, impor limite máximo de distância, encaminhar a vítima e seus filhos para abrigos seguros, suspender a visita aos filhos, decretar a prisão preventiva por sua iniciativa ou por requerimento do Ministério Público, esse órgão tem participação obrigatória nessas ações, onde vão atuar como parte (DIAS, 2017, p. 120-121).

Um grande avanço foi a criação do Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que possui competência cível e criminal, porém esses não estão presentes em todas as comarcas e contam com uma equipe de servidores, juízes e promotores

capacitados além de profissionais na área da saúde e psicologia, embora o Conselho Nacional de Justiça tenha emitido resolução no sentido de implantar esses Juizados não há condições de promover seu imediato funcionamento (DIAS, 2017, p. 121).

Por meio dessa análise, fica claro a evolução da mulher ao longo desses anos, de uma pessoa incapaz, submissa e controlada ela passou a ter direitos e igualdade perante os homens e ainda meios de proteção nos casos de violência verbal, física ou psíquica.

Embora ainda existam em nossas legislações traços do antigo regime patriarcal, é inegável que hoje a mulher se encontra em um momento de ascensão, tanto no âmbito profissional, quanto no familiar e no pessoal.

### 2.3 O ATUAL PAPEL DA MULHER DENTRO DA FAMÍLIA

Por muito tempo, a mulher não teve voz, sua opinião era irrelevante, suas únicas funções dentro do casamento eram a reprodução e os afazeres domésticos, tarefa que não era valorizada, além de ter que cuidar dos filhos, ao marido era devido a submissão (DIAS, 2017, p.111).

O movimento feminista foi essencial para a emancipação da mulher e conseqüente declínio da estrutura patriarcal. A emancipação sofrida por ela nos âmbitos econômico e profissional, mudou drasticamente o papel ao qual estava destinada, remodelando a família (LÔBO, 2017, p. 18).

Mesmo com todo avanço ainda há um longo caminho que deve ser percorrido para que a família seja um espaço de igualdade, o que não pode ser admitido é o retrocesso e a discriminação em razão do sexo (DIAS, 2017, p. 112). É necessário notar que para o senso comum a mulher ainda é vista como dona de casa e o homem como provedor, por isso muitos juízes nos casos de separação preferem dar a guarda da criança a mãe e não ao pai (LÔBO, 2017, p. 61).

## 2.4 A NOVA FACE DA FAMÍLIA BRASILEIRA E O RECONHECIMENTO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 fez diversos avanços no que tange à família, nessa se reconheceu as famílias que não são formadas pelo matrimônio, logo foi reconhecida e dada especial proteção as uniões estáveis e as famílias monoparentais, essas merecem tutela do Estado já que são os casos mais comuns. Com esse avanço, outras relações que eram marginalizadas passaram a serem vista e sobre elas também ocorreram avanços, como a decisão do Supremo Tribunal Federal em considerar a união estável entre casais homoafetivos como uma entidade familiar (DIAS, 2017, p. 145).

Atualmente se entende que as famílias se unem com base na afetividade, essa será o laço, o vínculo que mantém aquelas pessoas unidas (DIAS, 2017, p. 147). Ao se falar em afeto nos dias de hoje, não se entende apenas como um sentimento mas como um valor jurídico, é esse afeto que vai unir as pessoas numa entidade tendo como objetivo final a busca da realização pessoal de cada um de seus membros (HIRONAKA, 2012, p. 8).

### 2.4.1 Famílias heterossexuais

A família heterossexual pode ser definida como a união entre homem e mulher com o objetivo de constituir família, muitas legislações passadas traziam esse conceito dessa maneira deixando claro que só seria possível a união de pessoas de sexos diversos, hoje isso não prospera.

No passado, com o objetivo de limitar o exercício livre da sexualidade e garantir a perpetuação da espécie por meios de parâmetros de moralidade, a Igreja Católica juntamente com o Estado estabeleceram o matrimônio como o único meio hábil de formação de uma família, considerando esse vínculo como um sacramento indissolúvel, com esse vinha também o chamado débito conjugal que seria a obrigação da mulher de reproduzir para dar continuidade à espécie (DIAS, 2017, p.148).

Após a Constituição de 1988, o casamento deixou de ser a única entidade familiar admitida, porém não deixou de ser a mais importante devido a sua longa tradição. Atualmente no Brasil o casamento ainda é uma das instituições mais procuradas, isso ocorre pela força religiosa que está inserida na sociedade, além da valoração que é dada ao casamento, porém diferentemente dos anos sombrios, anteriores a Constituição Federal de 1988, hoje as pessoas possuem uma maior liberdade de escolha (LÔBO, 2017, p. 90).

Para Paulo Lôbo (2017, p. 90), “o casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual o casal constitui família, pela livre manifestação da vontade e pelo reconhecimento do Estado”. Se considera a liberdade matrimonial um direito fundamental, que apenas será limitado havendo a existência de algum impedimento matrimonial (LÔBO, 2017, p. 90).

Também se considera o casamento como uma entidade familiar entre pessoas, que gozam de proteção estatal, constituída de modo solene e formal, por meio de uma comunhão de afetos que produzirá efeitos nas esferas pessoais, patrimoniais e sociais (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 176).

A validade do casamento depende da conjugação de dois requisitos, são eles: a manifestação livre de vontade dos nubentes concordando em se casar e a declaração do juiz de direito de que estão casados, com isso se considera o casamento consumado, como bem traduz o Código Civil de 2002 no seu art. 1.514 (LÔBO, 2017, p. 91). Nesse sentido, reconhecida sua validade o casamento produzirá seus efeitos automaticamente, não sendo admitido seu controle por meio de termo, condição ou encargo (CHAVES; ROSENVAALD, 2017, p. 226).

O direito de família como qualquer outro possui seus princípios específicos, porém o que se defende hoje é a constitucionalização do Direito Privado, isso seria se valar dos princípios constitucionais para informar todo o sistema legislativo com o objetivo de conquistar um maior alcance da dignidade da pessoa humana (DIAS, 2015, p. 39).

A Constituição enumera vários princípios, entre eles é possível ver alguns que possuam compatibilidade com o direito de família, ou até princípios que tiveram sua aplicação generalizada e hoje se aplicam a vários ramos do direito (LÔBO, 2017, p. 52).

Com a evolução da família e da própria sociedade, alguns princípios específicos do direito de família foram extintos, sendo criados novos princípios com base nessa proposta de constitucionalização (TARTUCE, 2016, p.6).

O Estatuto da Família em seu art. 5º, enumera seus princípios basilares, embora essa lei seja muito equivocada em alguns pontos, em relação aos princípios ela traz uma evolução, pois são invocados princípios que revelam a faceta da família atual. São eles:

Art. 5º Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto: I – a dignidade da pessoa humana; II – a solidariedade; III – a responsabilidade; IV – a afetividade; V – a convivência familiar; VI – a igualdade das entidades familiares; VII – a igualdade parental e o melhor interesse da criança e do adolescente; VIII – o direito à busca da felicidade e ao bem-estar.

Inicialmente se fala no princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, esse é um direito comum a todo ser humano e efetiva as ideias de proteção, respeito e intocabilidade (LÔBO, 2017, p. 54). Esse princípio é considerado por Kant como um *imperativo categórico*, pois considera a pessoa humana um ser racional com fim em si próprio (TARTUCE, 2016, p. 7).

Esse princípio traz um valor fundamental de respeito à existência da humanidade, com base em suas expectativas e possibilidades no campo patrimonial e afetivo que são indispensáveis a sua realização pessoal e busca pela felicidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 76). Logo se assegura mais do que a simples sobrevivência de uma espécie, seu objetivo é a vida plena sem qualquer tipo de intervenção (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015p. 76).

So haverá uma preservação desse, por meio da garantia de respeito a dimensão existencial do sujeito (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 78). Logo esse princípio será violado sempre que qualquer ato ou conduta tender a coisificar o sujeito ou compará-lo a um objeto (LÔBO, 2017, p. 54).

Para Paulo Lôbo (2017, p. 54), “esse princípio tem íntima ligação com a família, pois essa é o espaço comunitário por excelência para realização de uma existência digna e da vida em comunhão com as outras pessoas”. Esse princípio é resultado de uma evolução na família, pois nos antigos moldes patriarcais a cidadania se concentrava no homem, único chefe da família, para os demais membros esse direito era negado,

a dignidade para eles não podia ser a mesma, atualmente se busca um equilíbrio e o desenvolvimento da dignidade dentro da própria família (LÔBO, 2017, p.54).

Outro princípio muito importante é o da igualdade, esse é baseado na ideia de tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, ou seja, a igualdade deve estar presente na lei não bastando que ela seja aplicada de maneira igualitária e as desigualdades devem ser tratadas como uma exceção, com o objetivo de que se estabeleça uma situação de igualdade material (DIAS, 2015, p. 46).

Esse princípio provocou grandes mudanças no direito de família, isso ocorreu porque a Constituição Federal de 1988, trouxe a igualdade entre homens e mulheres, entre os filhos independentemente da sua origem ou da entidade familiar em que estão inseridos, esse direito foi estendido as uniões estáveis (LÔBO, 2017, p. 58). Isso provocou uma mudança de paradigmas, pois antigamente a família legítima era somente a matrimonial, os filhos só eram legítimos se decorrentes dessa união, deixando os demais excluídos (LÔBO, 2017, p.58).

Atualmente, homens e mulheres são iguais em seus direitos e deveres e tem igual poder na sociedade conjugal, a igualdade se estendeu também a filiação onde não poderá mais haver nenhum tipo de tratamento desigual ou discriminatório entre os filhos biológicos, adotados e os filhos advindos de outra relação, além disso a igualdade será presente na relação conjugal na hora do planejamento familiar, aqui nenhum dos cônjuges poderá impor ao outro qualquer tipo de coerção para ter ou não filhos ou sobre a quantidade de filhos (DIAS, 2015, p. 47).

Alguns exemplos desse princípio são a possibilidade do marido/companheiro poder pleitear alimentos da esposa/companheira, usar o sobrenome do outro livremente, se estabelece a mútua cooperação entre o casal e a chefia familiar que deverá ser exercida igualmente pelos dois (TARTUCE, 2016, p. 20).

Outro princípio é o da liberdade familiar que se encontra ligado ao princípio da igualdade, pois nas palavras de Maria Berenice Dias (2015, p. 46), “só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade”.

Esse princípio se refere a liberdade que o sujeito tem de escolher de seu par, de escolher se vai constituir ou extinguir uma entidade familiar assim como a liberdade

do planejamento familiar, tudo isso no pleno exercício de sua autonomia (LÔBO, 2017, p. 64).

A evolução que esse princípio trouxe resta clara, quando se lembra que o direito de família anterior não garantia essa liberdade, a começar pelo casamento que era a única entidade familiar existente, a mulher que era submissa ao homem e não tinha nenhum poder dentro da família, os filhos que se submetiam ao controle paterno e a impossibilidade de dissolver a união matrimonial (LÔBO, 2017, p. 64).

Flávio Tartuce (2016, p. 21), ressalta que cabe ao Estado propiciar recursos para que esse princípio seja efetivado, porém ele jamais deve atuar de modo coercitivo buscando influenciar um comportamento, esse também deve fornecer assistência à família para que ela se desenvolva de forma saudável sem casos de violência ou desrespeito.

Se fala também do princípio da solidariedade familiar, que tem como base a solidariedade social que é trazida pela Constituição Federal de 1988 (art. 3º, I) como um dos objetivos da sociedade, essa deve ser livre, justa e solidária (TARTUCE, 2016, p. 13-14). A solidariedade não se extingue no âmbito patrimonial, também sendo afetiva e psicológica (TARTUCE, 2016, p. 14).

A solidariedade é composta pela fraternidade e reciprocidade, seria o que cada um deve ao outro, a ideia de coexistência, isso se espelha na família quando se estabelece deveres recíprocos entre os cônjuges, como por exemplo a obrigação alimentar onde o ex-casal será ao mesmo tempo credor e devedor dos alimentos (DIAS, 2015, p. 49).

A solidariedade busca determinar a assistência e amparo moral e material entre os sujeitos de uma família, como uma forma de respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 95). Esse é resultado da vitória dos interesses individuais, com a evolução dos direitos humanos os direitos sociais passaram a concorrer com os direitos individuais pois o sujeito se enxergava como parte de um todo, com o passar do tempo ele passou a se ver como centro de tudo, de modo que atualmente se busca um equilíbrio entre a esfera privada e a pública (LÔBO, 2017, p. 56).

Outro princípio, mais específico, do direito de família é o da afetividade, atualmente ele é tratado como base das relações de família (TARTUCE, 2016, p. 23-24). Esse está implícito na Constituição e é resultado direto da evolução sofrida pelo direito de família, sendo tratado pela doutrina e pela jurisprudência (LÔBO, 2017, p. 68).

A afetividade será encarada como algo capaz de enlaçar pessoas, dando origem a uma família, ela será o vínculo que irá unir aqueles sujeitos. Porém deve-se ressaltar que o afeto falado aqui será no sentido de interação entre as pessoas e não necessariamente no sentido de amor, embora a afetividade tenha uma óbvia associação com o amor nem sempre eles caminham juntos (TARTUCE, 2016, p. 25).

Mesmo que a Constituição não trate da afetividade de modo expresso, ela concedeu a esse princípio a proteção, isso fica nítido no reconhecimento da união estável como entidade familiar, pois temos uma união que se configura fora dos termos do casamento, nascendo do afeto entre o casal, isso demonstra que o afeto foi reconhecido pelo texto constitucional (DIAS, 2015, p. 52). Esse princípio está presente também nas normas de proteção à criança, na guarda dos filhos, na adoção e na igualdade dos filhos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 92-93).

Fora os princípios aqui esposados, existem muitos outros como o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que prevê uma responsabilidade solidária da família, do Estado e da sociedade na busca do que for melhor para aquela criança, com a criação de leis que garantam seus interesse e sua devida aplicação (LÔBO, 2017, p. 72). Também se fala do princípio da função social da família, que demonstra que a família não é um fim em si mesmo, ela é influenciada pela sociedade, com isso hoje existe a paternidade socioafetiva, novas entidades familiares, entre outras configurações que demonstram que a família é mutável e se transforma com a sociedade (TARTUCE, 2016, p. 28-29).

Em relação ao casamento, ninguém casa pensando que esse pode um dia acabar, mas é necessário entender que essa hipótese é possível e que nesses casos a legislação deve indicar os caminhos possíveis: atualmente se fala no divórcio, esse será o meio voluntário pelo qual o casamento poderá ser dissolvido, por meio desse será materializado o direito que o sujeito tem de dissolver essa comunidade (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 381).



É necessário observar esse meio como um instrumento de garantia da integridade e dignidade da pessoa humana, o divórcio ser enfrentado de modo mais humanizado até para evitar a exposição do casal que está passando por essa situação, levando em conta que o direito de casar e de permanecer casado traduzem a liberdade de autodeterminação do sujeito (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 381-382).

Porém no Brasil, nem sempre a situação de dissolução matrimonial foi tratada levando em conta a liberdade do sujeito, isso porque a Igreja Católica via o casamento como uma instituição divina e por isso indissolúvel, tendo como única exceção a morte de um dos cônjuges (LÔBO, 2017, p. 138).

Com a separação da Igreja e do Estado, veio o Decreto 521/90 que previu a possibilidade de separação de corpos sem a dissolução do vínculo matrimonial, posteriormente sob a vigência do Código Civil de 1916, só havia possibilidade do desquite onde haveria dissolução da sociedade conjugal mas o casamento continuava existindo, aqui haveria partilha de bens, separação de corpos, definição da guarda dos filhos, mas os desquitados eram impedidos de casar novamente, esses sujeitos então acabavam constituindo novas relações mas ficavam à margem da ilegitimidade (LÔBO, 2017, p. 139).

Mais tarde em 1977, veio a Emenda Constitucional nº 9, que trouxe o instituto do divórcio, mas manteve o desquite que passou a ser chamado de separação judicial e era considerado requisito para o divórcio, que só poderia ser requerido após três anos da separação judicial (LÔBO, 2017, p. 139).

Com a Constituição se abriu a possibilidade do divórcio direto, podendo ocorrer após dois anos da separação de fato, independentemente de prévia separação, e se manteve o divórcio por um ano após a separação (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 385).

O estopim foi dado em 2010 com a Emenda Constitucional de nº 66, estabelecendo que o divórcio poderia ser requerido diretamente pelas partes, independentemente de separação judicial, logo a separação deixou de ser necessária assim como o lapso temporal de um ano (LÔBO, 2017, p. 140).

Grande parte da doutrina entende que com a Emenda Constitucional de nº 66, a separação judicial teria deixado de existir, esse entendimento é decorrente da ideia de que qualquer norma infraconstitucional que trata dessa possibilidade estaria violando preceito trazido pela Constituição (LÔBO, 2017, p. 141).

Além do casamento, existe outro instituto por meio do qual os sujeitos podem se unir com o objetivo de constituir família, qual seja a união estável, esse termo foi dado pela Constituição Federal de 1988 para uma situação que já vinha acontecendo há muito tempo, mas que só passou a ser reconhecida, protegida e regulamentada pelo Estado após esse dispositivo.

É necessário lembrar que as uniões informais, livres e afetivas sempre existiram, e eram consideradas reprováveis e condenáveis, pois se tratava da união de um homem e uma mulher que não eram casados (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 459).

Essa situação era chamada de concubinato, e apesar de ser duramente combatida pela Igreja Católica, se prolongou por vários anos, o concubinato pode ser conceituado como a união entre homem e mulher que não podiam casar, ou que não queriam casar (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 460). A própria expressão concubinato, era permeada por um sentido de condição clandestina ou incompleta que se constituía fora do modelo padrão de família defendido pela Igreja Católica (OLIVEIRA; HIRONAKA, 2005, p. 240).

O Código Civil de 1916, por exemplo, não tratava das famílias que não haviam sido formalizadas pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis, e as poucas normas esparsas que falavam dessa tema, eram restritivas (OLIVEIRA; HIRONAKA, 2005, p. 240).

Ante a pressão social, a jurisprudência brasileira passou a enfrentar alguns aspectos ligados a essa união, sendo reconhecido alguns direitos as pessoas que optavam por esse modo informal de convivência (LÔBO, 2017, p. 160). Um deles foi a possibilidade de dissolução da união e partilha dos bens adquiridos conjuntamente durante a união, esse entendimento foi trazido pela Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, essa trazia o termo sociedade de fato para designar o concubinato, isso ocorreu pois foi usado o direitos das obrigações para regulamentar esse instituto já que no direito de família so haviam normas impeditivas (LÔBO, 2017, p. 160).

Com esse avanço, passou-se a dividir o concubinato em puro e impuro, o primeiro se referia as pessoas que podiam casar mas preferiam não fazê-lo, enquanto que o impuro se referia as pessoas que por algum impedimento ou outra causa não podiam casar (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 462).

O concubinato teve como principal vítima a mulher, essa era estigmatizada pela condição de concubina, não tendo oportunidades no mercado de trabalho, dependendo economicamente de seu parceiro, e sendo malvista, inclusive pelas outras mulheres que ostentavam o *status* de casadas (LÔBO, 2017, p. 159).

Porém com a Constituição Federal de 1988, denominada de Constituição-cidadã, o concubinato puro foi elevado a posição de entidade familiar, passando a ser reconhecido pelo Estado e a se submeter as regras e diretrizes do direito de família (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 462). A Constituição Federal ao regulamentar o concubinato, deu a ele o nome de união estável, logo os companheiros de união estável são pessoas sem impedimentos para casar ou que foram casadas, mas que se encontram separadas de fato ou judicialmente (LÔBO, 2017, p. 161).

Após a Constituição, foram criadas outras leis para regulamentar algumas questões relativas à união estável que não foram solucionadas. Merecem destaque as Leis 8.971/94 e 9.278/96. A Lei 8.971/94 tratava sobre a sucessão e o direito aos alimentos e estabelecia requisitos para sua aplicação, qual sejam: os companheiros deveriam ser divorciados, solteiros ou viúvos, deveriam ter, no mínimo, convivência de cinco anos ou filhos, já a Lei 9.278/96 afastou o requisito temporal trazido anteriormente e conceituou a união estável como entidade familiar de convivência pública, duradoura, contínua de um homem e uma mulher com o objetivo de constituir família (CHAVES, ROSENVALD, 2017, p. 462).

Depois disso, coube ao Código Civil de 2002 regulamentar toda a matéria revogando as leis anteriores, em seu art. 1.723 foi conceitua a união estável nos mesmos moldes da Lei 9.278/96, trazendo os requisitos de convivência pública, contínua e duradoura e dispensando o critério temporal facilitando sua conversão em casamento (OLIVEIRA, HIRONAKA, 2005, p. 243).

Sobre os requisitos, se entende que quando se fala em convivência se pressupõe uma vida em comum, aqui não há a obrigatoriedade de coabitação ou de residir no mesmo

domicílio, a convivência duradoura seria o mesmo que estável, ou seja, uma união por um tempo razoável, a continuidade se refere a união sem interrupções e por fim, a questão da publicidade que seria o conhecimento social, de modo que, nas hipóteses onde há, entre os companheiros, encontros velados, às escondidas e sem conhecimento pelo meio social não poderá ser configurada a união estável (OLIVEIRA; HIRONAKA, 2005, p. 244).

Além disso, o Código também preleciona que a existência de impedimentos matrimoniais também impede a constituição de união estável, e traz deveres que devem ser respeitados pelos companheiros, contidos no art. 1.724 do Código Civil, são eles: os deveres de lealdade, respeito, assistência (moral e material) e guarda, educação e sustento dos filhos (LÔBO, 2017, p. 169).

O dever de lealdade, seria um dever de fidelidade, porém seu descumprimento não implica anulação ou nulidade da união, mas pode ser a causa do término da relação e pode caracterizar o surgimento de uniões adulterinas (OLIVEIRA; HIRONAKA, 2005, p. 246). Já para Paulo Lôbo (2017, p. 169), “o dever de lealdade não se confunde com o de fidelidade, restrito aos cônjuges. A lealdade é o respeito aos compromissos assumidos, radicado nos deveres morais de conduta”.

A Constituição em seu art. 226, §3º, além de estabelecer a união estável como entidade familiar, ainda ressalta que deve ser facilitada sua conversão em casamento, essa possibilidade não deve levar ao entendimento que a união estável seria um rito de passagem para o casamento, so que se reserva aos companheiros essa possibilidade (LÔBO, 2017, p. 173).

O Código Civil em seu art. 1.726, regulamenta como deveria ocorrer essa conversão, porém ao invés de indicar o procedimento a ser seguido, só é dito que deve haver pedido dirigido ao magistrado e assento no Registro Civil de Pessoas Naturais, logo se entende que o procedimento a ser seguido deveria ser o mesmo da habilitação para o casamento, onde seria apurado a existência de algum impedimento matrimonial (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 523).

Alguns autores como Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Maria Berenice Dias, sustentam a inconstitucionalidade desse dispositivo pois ele torna o procedimento de conversão complexo e difícil, ao exigir pedido direito ao juiz torna-se necessário a

contratação de advogado e consequente pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, logo ele viola o dispositivo da Constituição que diz que essa conversão deveria ser facilitada (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 524).

Importante ressaltar que havendo a conversão, esse retroagirá de modo que será considerado o regime de casamento desde o início da união estável, mas em relação aos efeitos patrimoniais esses são *ex nunc* logo eles não retroagem, logo se considera o regime patrimonial da união estável até a celebração do casamento (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 525).

Torna-se necessário contudo diferenciar a união estável do namoro qualificado que foi recentemente discutido pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do REsp. nº 1.454,643-RJ:

RECURSO ESPECIAL E RECURSO ESPECIAL ADESIVO. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. NAMORADOS QUE, EM VIRTUDE DE CONTINGÊNCIAS E INTERESSES PARTICULARES, PASSARAM A COABITAR. NAMORO QUALIFICADO. VERIFICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NA PARTE CONHECIDA; E RECURSO ADESIVO PREJUDICADO.

Por meio desse julgamento, se consolidou o entendimento de que o namoro qualificado é configurado quando um casal passa a coabitar e até compartilhar o mesmo domicílio, tendo uma relação pública, duradoura e contínua, mas diferentemente da união estável, não teriam o objetivo de constituir família, o que impediria que a situação pudesse configura uma união estável.

#### **2.4.2 Famílias monoparentais**

Se considera família monoparental aquela formada por qualquer um dos pais e sua prole, em relação ao momento de sua constituição ela é dividida em: originária ou superveniente. A família monoparental originária, tem como exemplo mais comum a mãe solteira, essa situação pode decorrer de diversos fatores como a gravidez decorrente de relação casual, o relacionamento amoroso que não resiste à gravidez, a produção independente e a pessoa solteira que resolve adotar. Quando se fala em família monoparental superveniente, se entende que houve uma quebra de vínculo

preexistente formado por duas pessoas, dando origem a essa os casos de morte, divórcio e separação de fato (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p.514).

Essa entidade é reconhecida pela Constituição Federal, que faz menção em seu art. 226, §4º, reconhecendo-a como entidade familiar merecedora de proteção estatal. Embora haja previsão constitucional essa entidade ainda não possui um diploma normativo próprio, como existe nas famílias decorrentes dos casamento ou da união estável (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 519).

No entanto a Constituição Federal se limitou ao primeiro grau, de modo que a entidade formado pelos avós e seus netos não constituiria família monoparental assim como aquela formada por tios e sobrinhos, porém ambas são de natureza parental (LÔBO, 2017, p. 81). Essa será marcada pela *transgeracionalidade*, que significa várias gerações diferentes sem que haja interação sexual entre seus componentes, nos caso em que inexistir hierarquia entre as gerações e ainda assim não houver vínculo sexual teremos a família anaparental ou parental (DIAS, 2017, p. 308).

Nas últimas décadas a família passou por inúmeras mudanças, essa deixou de ser um núcleo de reprodução para ser um espaço baseado no amor, no afeto e na união (TEIXEIRA; PARENTE; BORIS, 2009, p. 25). Com o declínio do patriarcado e a inserção da mulher no mercado de trabalho, a permanência em um casamento deixou de ser algo imposto, com isso essa constituição familiar se proliferou ganhado visibilidade (DIAS, 2017, p.308).

A revolução sexual de 1960, fez com que a mulher deixasse de ser obrigada a se casar cedo ou de permanecer em um casamento se ela não mais quisesse, além disso com a chegada das pílulas contraceptivas as mulheres passaram a ditar o momento de engravidar ou de não engravidar, deixando de associar a maternidade com o casamento (DIAS, 2017, p. 311). O uso das pílulas contraceptivas pelas mulheres, trouxe uma sobreposição da autonomia de sua vontade em relação ao desejo do homem (TEIXEIRA, PARENTE; BORIS, 2009, p. 26).

Posteriormente com o surgimento das técnicas de reprodução assistida, uma nova revolução iria acontecer. Surgia aqui a possibilidade da mulher ser mãe sem necessitar de um parceiro, companheiro ou marido, ou seja a mulher podia por ela própria realizar seu desejo de ser mãe (TEIXEIRA; PARENTE; BORIS, 2009, p. 26). A mulher passa a ter autonomia total nessa seara, hoje ela pode decidir se quer

engravidar ou não, quando vai engravidar, se a gravidez será natural ou artificial e se artificial qual método será usado.

É nesse momento que surgem as produções independentes, que são decorrentes de relações sexuais casuais ou de tratamento de inseminação artificial, surgindo uma família monoparental, sobre essas situações existem inúmeras discussões pelo fato da criança já nascer sem pai, porém se considera preconceituosa a não recomendação dessa técnica somente por essa razão (DIAS, 2017, p. 311). Sobre a inseminação artificial, é interessante tocar nas hipóteses de inseminação post mortem onde o parceiro já faleceu e a viúva usa seu esperma para engravidar, se houver sucesso será formada uma entidade monoparental (DIAS, 2017, p. 312).

A utilização das técnicas de reprodução assistida abriu caminho para várias possibilidades de procriação, isso gerou polêmica em várias áreas, chegando a conclusão que o ato sexual vem perdendo e seu papel de vínculo entre as gerações, sendo esse espaço preenchido pela tecnologia que por meios das técnicas de inseminação artificial vem tornado as questões de filiação mais complexas, por exemplo, a criança pode ser gerada a partir de uma doação de esperma ou de óvulo ou até dos dois, ela pode ser gerada por um parente próximo ou até por um desconhecido, podendo essa criança ser filho(a) de uma mãe solteira ou até de um casal homoafetivo (TEIXEIRA; PARENTE; BORIS, 2009, p.28).

Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2013, p. 230), entendem que a família formada pela mulher e sua prole decorrente da inseminação artificial heteróloga é chamada de família unilinear, essa é um desdobramento da família monoparental.

Necessário tratar da pessoa solteira que resolve adotar, nos casos de adoção o objetivo maior é garantir o melhor interesse da criança, logo entende-se que partindo dessa premissa é melhor ter só uma mãe ou um pai do que permanecer nas casas de acolhimento, ainda assim existem muitas entraves para concretização dessa adoção (DIAS, 2017, p. 310).

A entidade monoparental necessita de proteção, pois será formado por um genitor que arcará com todas as despesas sozinho, o número de mulheres nessa situação costuma ser bem maior que o número de homens, e essas muitas vezes recebem um salário inferior aquele recebido pelo sexo masculino (DIAS, 2017, p. 308).

Quando os filhos atingem a maioridade ou são emancipados, deixa de existir a autoridade parental, no entanto, a família monoparental continua existindo mas se reduz as relações de parentesco (LÔBO, 2017, p.82).

Haverá hipóteses de extinção dessa entidade, isso ocorre quando os filhos constituem novas famílias, ficando o ascendente sozinho, assim como nas hipóteses em que esse ascendente estabelece novo relacionamento onde esse novo(a) cônjuge ou companheiro(a) passa a ocupar o papel vago na bilateralidade, não podendo deixar de falar dos casos de morte do ascendente, mesmo que venham a ser nomeados tutores ou curadores para os descendentes (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p.520).

### **2.4.3 Famílias homoafetivas**

Essa união pode ser conceituada como duas pessoas do mesmo sexo, ligadas por um vínculo afetivo com o objetivo de estabelecer uma relação duradoura, pública formando um núcleo familiar, como se fossem casadas. Sua única diferença seria a impossibilidade de gerar filhos (DIAS, 2017, p. 287).

Ao sair da situação de invisibilidade ao qual estava imersa, essa união passou a ser enfrentada pela doutrina e pelo poder judiciário brasileiro com mais frequência (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 484).

Se entende que essa união só será considerada entidade familiar, se preencher alguns requisitos como: a afetividade, estabilidade, ostentabilidade e tiver o objetivo de constituir família (LÔBO, 2017, p. 83).

A Constituição Federal no seu art. 226, trouxe a expressão entidade familiar, isso levou ao entendimento de que houve uma expansão no conceito de família, embora a união homoafetiva não esteja expressamente permitida por essa lei, não há na Constituição nenhum artigo que traga uma vedação expressa a esse relacionamento, logo considera-se que não haveria impedimento (DIAS, 2017, p. 286).

De acordo com Paulo Lôbo (2017, p. 83), “a ausência de lei que regulamente essa união não é impedimento para sua existência, porque as normas do art.226 são autoaplicáveis, independentemente de regulamentação”.



Todas as conclusões alcançadas até esse momento foram feitas com base em entendimentos implícitos, isso ocorre, pois, os homossexuais ainda hoje sofrem preconceito por sua orientação sexual.

O preconceito é tanto que intimida o legislador a produzir normas que visem proteger uma categoria que a sociedade rejeita, o que o leva ao pior dos caminhos que é a omissão (DIAS, 2017, p. 288).

A consequência disso, foi que muitos juízes pela falta de norma expressa negavam juridicidade a essa união, entendendo que a ausência de lei representaria a reprovação do Estado (DIAS, 2017, p.288). Nas palavras de Maria Berenice Dias (2017, p.289): “toda vez que o juiz nega algum direito sob a justificativa de inexistir lei, desrespeita a própria lei e deixa de cumprir com o seu dever”.

Contudo, no ano de 2011 por meio da ADI 4.277, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre casais homossexuais, entendendo que embora o art. 1.723 da Código Civil fale expressamente sobre a união estável entre um homem e uma mulher, isso não pode impedir que a união de pessoas do mesmo sexo seja reconhecida e protegida pelo Estado (LÔBO, 2017, p. 84).

Todos os dez ministros votantes no julgamento da ADI 4.277, optaram pela procedência, levando ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar sendo aplicado a essa o regime da união estável nos mesmo termos em que é aplicado aos casais heterossexuais (CHAVES, 2011, p. 9).

Alguns votos tiveram como fundamento a interpretação constitucional, outros defendiam que a constitucionalidade dessa união era uma questão de direitos fundamentais, ainda houve aqueles que entendiam que a nomenclatura união estável homoafetiva não estaria correta, corrigindo-a para união homoafetiva estável. Porém, a conclusão foi que se entendeu que havia uma lacuna legislativa que precisava ser suprida e isso foi feito com base em uma interpretação analógica com o instituto jurídico mais próximo, qual seja a união estável (CHAVES, 2011, p. 9).

Entende-se que a aplicação analógica das regras que disciplinam a união estável foi uma solução hermenêutica reputada como justa e necessária, que respeita esse instituto como um fato jurídico que não se subordina a observância de diversidade sexual (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 489).

Após esse julgamento, houve uma discussão que questionava se o Poder Judiciário não estaria realizando um papel que caberia ao Poder Legislativo, sobre isso se entendeu que o magistrado pode se valer de seu ativismo judicial, porém não de modo exacerbado, contudo aqui se estava diante de um assunto permeado pela absoluta omissão e indolência pelo Poder Legislativo, logo o uso do ativismo se justifica (CHAVES, 2011, p.10).

No entanto existe uma grande corrente doutrinária que se opõe ao ativismo judicial, por entender que só o Congresso Nacional poderia introduzir qualquer modificação na lei suprema, concluindo como inconstitucional a união estável entre casais homossexuais (MARTINS, 2011, p. 78).

Vários são os argumentos, é defendido por eles que não haveria violação a princípios como o da dignidade humana e o da liberdade com a proibição dessa união. Entende-se que o princípio da dignidade humana não seria violado, uma vez que, é permitido aos casais homossexuais se unirem assim como celebrar contratos com a previsão de obrigações e direitos mútuos, ou de cunho patrimonial, em relação ao princípio da liberdade também não haveria violação já que é permitido a esses casais a vida em conjunto, a prática de qualquer atividade profissional, a escolha por cursar uma universidade assim como diversas outras, o que demonstra que esse princípio em nada foi desrespeitado (MARTINS, 2011, p. 78).

Com base nesse entendimento, o princípio da liberdade teria sua efetividade limitada, pois impede que os casais homossexuais possam, no uso de sua liberdade deferida pela Constituição Federal, optar por se submeter a um regime jurídico previsto por esse mesmo texto legal, além disso se eles possuem a liberdade para firmar negócios jurídicos assim como para viver em conjunto, por que não teriam liberdade para firmar uma união estável?

Os defensores dessa corrente visam impedir a comparação da união estável formada por casais homossexuais daquelas formadas por casais heterossexuais, pelo simples fato de que a união homossexual não pode gerar filhos, ressaltando que se toda a sociedade fosse homossexual a humanidade se extinguiria (MARTINS, 2011, p. 79).

Além disso, é dito por eles que com base numa interpretação constitucional, é possível extrair que o texto legal entende que não há Estado sem família e por isso essa deve ser protegida, visando essa proteção o casamento passa a ser o maior objetivo do

Estado que busca meios de facilitar sua adoção como, por exemplo, tornar gratuita sua celebração assim como dotado de efeito civil, entende-se que por meio disso a ideia do constituinte era de garantir a maior estabilidade à família e a prole gerada e uma união homossexual não poderia gerar essa família pois não poderiam procriar, exceto por métodos artificiais(MARTINS, 2011, p.80).

Esse argumento está permeado pelo preconceito, visto que não há distinção, garantida pela legislação, entre os filhos tidos naturalmente e aqueles artificialmente gerados, assim como não há distinção entre os filhos adotado e aqueles naturais, logo não haveria nenhum tipo de desrespeito à família a união entre casais homossexuais, que embora não possam naturalmente procriar, podem pelos métodos artificiais e pela adoção formar sua família.

Em relação ao casamento entre casais homoafetivos, se entende que esse já era possível no Brasil mesmo antes desses julgamento e Resoluções, isso se concretiza devido ao fato de que no Código Civil e na Constituição Federal não se conceitua casamento como um instituto restrito ao casal heterossexual assim como não traz a diversidade de sexos como requisito (CHAVES, 2011, p. 11).

Posteriormente em 2012, o Superior Tribunal de Justiça garantiu, por meio do Recurso Especial de nº 1.183.378, a legalidade ao casamento direto de casais homossexuais, e não apenas pela conversão da união estável. Mais tarde em 2013, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução de nº 175, onde proibia que qualquer oficial de registro ou outra autoridade competente, se negassem a realizar a habilitação, celebração ou conversão de união estável em casamento de casais homossexuais (LÔBO, 2017, p. 85).

Com isso, atualmente há possibilidade tanto de união estável como de casamento aos casais homossexuais, aplicando-se os mesmos impedimentos e restrições legais.

O argumento usado para sustentar a impossibilidade de filiação por casais homossexuais era o da impossibilidade de procriação, contudo, esse não se sustenta, pois, a capacidade procriativa não constitui elemento essencial para o reconhecimento da entidade familiar (LÔBO, 2017, p. 85).

Além disso, a família sem filhos também é tutelada constitucionalmente, fora isso ainda existe a possibilidade de casais homossexuais constituírem uma família com

filhos, isso ocorre pela adoção ou pelas técnicas de reprodução assistida (DIAS, 2017, p. 287).

Sobre a adoção, Paulo Lôbo (2017, p. 85) diz que:

Não há nenhum impedimento constitucional para que duas pessoas do mesmo sexo, casadas ou que vivam em união estável, possam adotar a mesma criança, nem impedimento legal, pois se duas pessoas do mesmo sexo são casadas ou companheiras de união estável preenchem o requisito do art. 1.622 para a adoção conjunta.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art.42, §2º, traz requisitos para a adoção, entre eles está que os candidatos devem ser casados ou viverem em união estável, devendo ser comprovada a estabilidade. Logo nada é dito sobre a necessidade de sexos diversos, com isso levando em conta que a união estável homoafetiva já é plenamente reconhecida conclui-se que não há nenhum impedimento para que casais homossexuais possam adotar (CHAVES, 2011, p. 14).

A adoção tem como objetivo atender ao melhor interesse da criança, atualmente não se sustenta a ideia de que a adoção por casais homossexuais poderia violar esses interesses. Além disso, deve ser evitada a afirmação de que a adoção por casais homoafetivos poderia influenciar na sexualidade do adotado, não havendo nenhum tipo de comprovação para isso. No momento de autorizar a adoção, cabe ao juiz analisar as condições sociais, morais, e psicológicas dos adotantes, podendo se valer de laudo psiquiátrico se for necessário (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 506).

Já em relação a reprodução assistida, tem a Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina que expressamente autoriza o acesso as técnicas de reprodução assistida independentemente da orientação sexual (DIAS, 2017, p. 287).

Superada essa discussão, e tendo em vista o reconhecimento da constitucionalidade da união estável entre casais homoafetivos, torna-se necessário falar sobre seus efeitos jurídicos. Inicialmente se fala dos deveres e direito recíprocos que são tratados pelo art.1.724 do Código Civil, que traz quatro deveres básicos, são eles: o dever de lealdade, dever de respeito, dever de assistência e dever de guarda, sustento e educação dos filhos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 499).

Também existem os deveres de cunho patrimonial, contempla-se aqui a questão dos alimentos, não há dúvida sobre sua existência na união estável, embora seja mais fácil de imaginar sua aplicação entre um casal heterossexual, ele acontecerá da

mesma forma em relação aos casais homossexuais, podendo ser negado apenas se ficar comprovado o binômio necessidade do alimentando x capacidade econômica do alimentante. Será aplicado do mesmo jeito que aos casais homossexuais o regime de bens, sendo a comunhão parcial o regime adotado caso não haja pacto antenupcial em contrário. Por fim, é necessário falar sobre a sucessão onde deve ser aplicado o regramento da união estável heterossexual, aqui vale destacar que nos casos de separação de fato não há o que se pleitear a título de direitos sucessórios (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 502-505).

Diante de tudo isso, é necessário a aceitação do outro como ele é, pela sociedade atual sendo a única forma de compreender que a igualdade só é alcançada quando se reconhece a diferença e combate o preconceito (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p.483).

#### **2.4.4 Outras formas familiares**

Quando se fala em família, muitos logo imaginam aquela composta por um homem, uma mulher e seus filhos, a família convencional, porém com o tempo esse conceito de família foi sendo ampliado, resultando em uma diversidade de modelos familiares que embora não estejam previstos no texto legal merecem proteção (DIAS, 2017, p. 144).

Embora a Constituição tenha atendido aos anseios de uma parte da sociedade, muitos outros arranjos não foram tratados, de modo que, poderia se entender que eles não existiam à luz da legislação (HIRONAKA, 2012, p. 6).

Atualmente se entende que o modelo de família hierarquizada deixou de existir, com a emancipação das mulheres e sua entrada no mercado de trabalho, muitas foram levadas para fora de casa o que levou a uma troca de papéis, o homem hoje não é mais o único provedor da casa, sendo exigido sua participação ativa nas tarefas domésticas e na criação dos filhos (DIAS, 2017, p. 146).

Atualmente, é necessário ter uma visão plural de família, para que todos esses novos arranjos familiares existentes possam ser incluídos no conceito de família, que passou a se basear no elo de afetividade que une as pessoas (DIAS, 2017, p. 147).

Seria impossível esgotar aqui todos os novos enlaces familiares, mas existem aqueles mais comuns, entre eles a família anaparental, essa pode ser definida como a entidade baseada na afetividade e formada por pessoas que podem ou não possuir grau de parentesco mas que convivem juntas, um exemplo famoso são irmãos que moram juntos (MALUF; MALUF, 2013, p. 226).

Aqui inexisteria qualquer conotação de ordem sexual, mas se entende que entre essas pessoas há uma parceria no sentido de formação de um acervo patrimonial, se entende que devido a isso poderia ser aplicado analogicamente as disposições relativas ao casamento ou a união estável, nesse caso havendo o falecimento de um dos componentes se entende que o sobrevivente deveria ficar com todo o patrimônio que foi construído por eles conjuntamente, justamente em razão dessa parceria (DIAS, 2017, p. 154).

Ainda sobre a família anaparental Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2013, p. 227), entendem que ela pode ser formada por uma única pessoa visando a proteção do bem de família, essa ideia se sustenta pela existência da Lei 8.009/90, que não trata expressamente da quantidade de pessoas necessárias para constituir a entidade familiar, podendo então ser aplicada a uma só pessoa independente de seu estado civil.

Também existem as famílias pluriparentais, que são aquelas que surgem da ruptura de antigos vínculos familiares, dando origem a um novo vínculo que irá englobar a prole decorrente da antiga relação e a que eles possuem em comum (MALUF; MALUF, 2013, p. 227).

Essa família também é chamada de família recomposta, mosaico, reconstruídas, e muitos outros, a própria falta de uma nomenclatura específica já demonstra a resistência de aceitar essa nova formação familiar, inclusive por isso não existe nenhuma previsão legal sobre o tema (DIAS, 2017, p. 155).

Essa família é caracterizada pela multiplicidade de vínculos, e composta por casais que já passaram por uma relação anterior que pode ou não ter resultado em filhos (DIAS, 2017, p. 155). O principal aqui é observar o vínculo afetivo que une essas pessoas, levando-as a seguir em frente e reestruturar sua família com um novo companheiro.

Sobre essa formação há um ponto de debate, o questionamento é se o vínculo formado por um dos companheiros com o seu filho unilateral seria de origem monoparental, quem entende que sim defende a ideia de que a formação de uma família pluriparental não interfere nessa relação parental, composta por direitos e deveres que devem permanecer inalterados (MALUF; MALUF, 2013, p. 227). Já quem entende que não, defende que o novo casamento não levará a nenhum tipo de restrição aos direitos e deveres parentais (DIAS, 2017, p. 155-156).

Por fim, há a possibilidade da adoção unilateral, que seria a adoção pelo cônjuge ou companheiro do genitor, essa é tratada pelo art.1626, § único do Código Civil e para que ela ocorra é necessário anuência do pai registral (DIAS, 2017, p. 156).

Também existem as famílias paralelas ou simultâneas, são aquelas relações que violam o princípio da monogamia, são formadas por pessoas que possuem uma outra relação matrimonial ou outra união estável, ou seja, nessa relação um dos sujeitos sera cônjuge ou companheiro em outra relação (MALUF; MALUF, 2013, p. 228).

Embora essa união seja repudiada pela sociedade, é uma realidade que sempre existiu, os deveres de fidelidade no casamento e de lealdade na união estável não impediram que essas estruturas familiares se formassem (DIAS, 2017, p. 152).

Não se confunde essa formação familiar com o concubinato, pois na família simultânea sempre haverá a existência de mais de uma família enquanto que no concubinato pode existir so uma família que não é formalizada, pois os sujeitos não possuem interesse ou porque existe algum impedimento matrimonial que inviabilize o matrimônio a e união estável (MALUF; MALUF, 2013, p. 228).

Também existem as famílias eudemonistas, essas acreditam na filiação pela afetividade, seus componentes acreditam na busca da felicidade individual e se unem pelo sentimento de afeto, também existem as famílias substitutas que são aquelas que estão cadastradas para a adoção e podem acolher essas crianças mediante guarda, essas ficam com essa família até que se esgotem as possibilidades da criança ser reinserida na sua família biológica (DIAS, 2015, p. 143-144).

### **3 AUTONOMIA E LIBERDADE REPRODUTIVA**

A autonomia é um termo muito usado, ela se adequa a vários ramos do direito principalmente no direito civil contratual, porém a autonomia também pode ser entendida como um princípio além de orientar a criação de vários outros.

É o caso do princípio da liberdade reprodutiva, que foi criado tendo como base a autonomia que a mulher detém. A autonomia também orienta os direito sobre o próprio corpo, dando a mulher a liberdade de dispor dele como ela desejar.

É necessário, no entanto, ter noção da extensão dessa autonomia e dos limites impostos a ela pela legislação.

#### **3.1 NOTAS ELEMENTARES SOBRE AUTONOMIA**

De acordo com Maurício Requião (2007, p. 40), “no Direito Civil o termo autonomia é dotado de inúmeros sentidos, tornando-se polissêmico”.

Esse capítulo tem como objetivo tratar sobre a autonomia da vontade, a autonomia privada, a autonomia no âmbito da bioética e o conceito de autonomia frente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

##### **3.1.1 Autonomia da vontade**

De acordo com Aline Storer (2008, p. 111), a autonomia da vontade pode ser conceituada como “a liberdade de contratar baseada na vontade dos indivíduos de se obrigarem livremente, caracterizando, assim, o exercício pleno da liberdade subjetiva, na qual a vontade se pressupõe plenamente livre”.

Esse conceito se baseia na teoria contratual clássica, que foi uma das primeiras teorias a tratar da questão da autonomia da vontade, ela se baseia na ideia de que a liberdade é inerente a condição humana, logo tudo poderia ser pactuado com base nessa, desde que não violasse os bons costumes e a ordem pública (STORER, 2008, p. 112).



Essa teoria surge durante o século XIX e XX, houve uma valorização da liberdade que consagrou uma autonomia plena do indivíduo e o conceito de autonomia da vontade passou a regular as relações negociais, inclusive nessa época a regra da *pacta sunt servanda* foi amplamente difundida (HIRONAKA; TARTUCE, 2008, p. 42).

Porém, essa ideia de liberdade com o tempo acabou se revelando como uma ficção, pois ela se apresentava como algo ilimitado que não seria afetado pelas influências externas (STORER, 2008, p. 112). Essa crise ocorre no século XX, pois foi nesse momento que se observou uma preocupação da lei em proteger nas relações contratuais aqueles sujeitos considerados mais vulneráveis, como por exemplo os trabalhadores e consumidores, gerando um fator limitante para essa liberdade (HIRONAKA; TARTUCE, 2008, p. 43).

A partir desse momento a doutrina se divide, pois uma parte dela entende que ainda existem a autonomia privada e autonomia da vontade e uma outra parte entende que a partir desse momento histórico, houve uma superação do conceito de autonomia da vontade, restando apenas a autonomia privada.

Os autores que entendem que a autonomia da vontade continua existindo, fundamentam isso pelo surgimento da teoria contratual contemporânea, onde a autonomia da vontade passa a ser limitada pelas cláusulas gerais trazidas pelo Código Civil, assim como pelos novos princípios vigentes. Ou seja, essa teoria leva em consideração a função social do contrato, assim como os princípios da boa-fé, da honestidade e lealdade entre as partes. Além disso, se fala também no dirigismo estatal, onde o Estado passa a intervir na esfera privada de modo mais rígido, buscando igualar os contratantes, e quando isso não for possível, proteger a parte que se encontra em situação de hipossuficiência (STORER, 2008, p. 120).

Em relação à diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada essa se dá pois se considerava o negócio jurídico como o acordo entre vontades, como se somente a vontade das partes fosse necessária para criar os efeitos jurídicos. No entanto, essa ideia foi superada pela corrente do consensualismo, essa previa que o consenso de vontade só cria direito se ele for visto pelo ordenamento jurídico como legítimo (BORGES, 2005, p. 52).

Atualmente se entende que:

O poder de gerar regras jurídicas para as próprias situações ou relações não está na simples vontade da pessoa, mas na declaração de vontade que estiver autorizada pelo ordenamento jurídico, quanto à forma, quanto ao conteúdo, e quando a capacidade e legitimidade do sujeito (BORGES, 2005, p.54).

Contudo, existe a outra linha de pensamento que entende que houve uma superação da autonomia da vontade pela autonomia privada. Para esses, na segunda metade do século XX, surgiu a autonomia privada como consequência da crise da autonomia da vontade, essa tem como fundamento institutos do direito contratual e também do direito de família (HIRONAKA; TARTUCE, 2008, p. 44).

Aqui se considera que o negócio jurídico e sua celebração são considerados instrumentos de liberdade do ser humano, se entende que essa liberdade se aplica também no momento em que se escolhe com quem o negócio será celebrado, porém haverá limitações a esse direito fundamental no tocante ao conteúdo do negócio jurídico, por exemplo, é nesse momento que surge o conceito de liberdade contratual que é a mesma liberdade que é dada aos sujeitos porém é composta por limitações devido as normas jurídicas (HIRONAKA; TARTUCE, 2008, p. 46).

Essa é diferente da liberdade de contratar, que seria ilimitada visto que é um reflexo da autonomia privada do sujeito que pretende contratar, inclusive essa liberdade é trazida pelo Código Civil de 2002, em seu art. 425 onde é permitido a formação de contratos atípicos, ou seja que tratam sobre assuntos que ainda não estão legalmente previstos, com isso começa a se questionar a substituição do termo autonomia da vontade pelo da autonomia privada pois com as revisões contratuais parou de se falar na liberdade plena de contratar, além disso a nomenclatura é mais adequada pois a autonomia não decorre da vontade e sim da pessoa (HIRONAKA; TARTUCE, 2008, p. 46-48).

### **3.1.2 Autonomia privada hoje no Direito Civil**

O conceito de autonomia privada já foi muito discutido e comentado por inúmeros doutrinadores jurídicos, porém, esse conceito, assim como o Direito, evoluiu no tempo e hoje ganha proporções antes não pensadas.

Se considera a autonomia privada como a liberdade que é dada pelo ordenamento jurídico ao sujeito para que ele realize negócios jurídicos dotados de efeitos jurídicos,

seria a possibilidade do sujeito se autorregular, praticar atos e assumir suas consequências no campo do direito (BORGES, 2005, p. 46). Essa liberdade é dada ao sujeito, porém, vem com limitações, regras e especificidades previstas e reguladas pelo ordenamento jurídico (BORGES, 2005, p. 47).

O exercício da autonomia atua de modo a concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, pois essa é a manifestação da liberdade (AGUIAR; MEIRELES, 2018, p. 136). Devido a isso se fala em uma relação entre o direito privado e a Constituição Federal de 1988, pois essa em seu art. 3º, I, traz a liberdade como um dos objetivos da federação, assim como no art. 5º, *caput*, onde se considera o direito à liberdade como um direito fundamental (HIRONAKA; TARTUCE, 2008, p.52).

Como se pode ver, é notável a aproximação entre os conceitos de autonomia privada e liberdade. De acordo com Maurício Requião (2015, p. 41), isso ocorre pois:

Primeiro porque a autonomia privada, ao menos no campo teórico, se situa como princípio derivado da liberdade em sentido amplo, guardando a ideia de liberdade econômica do sujeito. Em segundo lugar porque, embora o uso concreto da autonomia privada se dê como reflexo e ferramenta do sistema econômico vigente, acaba ela sendo elemento essencial para o próprio agir do sujeito dentro do mesmo sistema.

A autonomia privada é considerada um dos princípios fundamentais do direito privado e, como já dito anteriormente, se materializa pela realização de um negócio jurídico, esse pode ser considerado lícito ou ilícito a depender de seu objeto, normalmente esses negócios tem cunho patrimonial, porém também há a possibilidade de tratarem de situações subjetivas, existenciais como a doação de óvulos ou esperma nos casos de reprodução assistida. Nesses casos, a atuação desse princípio está mais ligada aos direitos da personalidade (BORGES, 2005, p.49-50).

Os negócios jurídicos podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais. Se considera patrimonial o negócio jurídico que envolve o patrimônio das partes envolvidas, eles possuem cunho econômico, já os negócios jurídicos extrapatrimoniais são aqueles em que o objeto do negócio não pode ser avaliado economicamente.

Enquanto os negócios jurídicos patrimoniais encontram sua fronteira regulada por normas jurídicas, principalmente aquelas ligadas à sua existência, validade e eficácia, os negócios jurídicos extrapatrimoniais têm seu limite no princípio da dignidade da pessoa humana, base da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, esses negócios possuem maior proteção na sua realização pois seus limites são

fixados com base no que é considerado legítimo para a sociedade (BORGES, 2005, p. 55/56).

Quando se trata de questões ligadas ao próprio corpo, essas nunca poderão ser objetos de um negócio jurídico patrimonial, visto que, embora o ordenamento permita a doação de órgãos e outras substâncias para pesquisa e tratamento, sua comercialização é vedada pelo art.199, §4º. Devido a essa vedação, se entende que esses negócios jurídicos extrapatrimoniais são uma manifestação da solidariedade humana, a gratuidade é imprescindível para que esses negócios jurídicos sejam considerados lícitos (BORGES, 2001, p. 123).

A doação de óvulos ou de sêmen para fins de reprodução artificial, como exemplo de negócio jurídico extrapatrimonial, é comedido pela Resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que em seu item IV, nº 1, veda o caráter lucrativo desse ato.

Devido a isso esses negócios jurídicos têm como pressupostos a gratuidade e o consentimento livre e informado, logo é necessário que tanto o doador como a receptora expressem seu consentimento na realização da prática.

Embora o campo principal da autonomia privada seja o patrimonial, ela também possui uma esfera voltada para questões existenciais, que possuem muita importância pois estão intimamente ligadas com a concretização da dignidade da pessoa humana possuindo grande importância, principalmente no campo do direito de família (HIRONAKA; TARTUCE, 2008, p. 49).

A autonomia existencial, pode ser conceituada como a possibilidade que o sujeito tem de gerir sua personalidade, sua vida de maneira digna. Esse conceito pode se confundir com o da autonomia privada, mas a autonomia existencial foi criada justamente para designar situações onde estão em voga questões não patrimoniais (REQUIÃO, 2014, p. 43).

Segundo Débora Gozzo (2017, p. 29):

Essa autonomia encontra sua base no livre desenvolvimento da personalidade, no pleno exercício de sua dignidade. Ela tem a ver com a pessoa em si, não com sua esfera patrimonial. Ela tem a ver, portanto, com o exercício de seus direitos de personalidade, com interesses meramente não patrimoniais.

Essa foi reforçada no direito brasileiro no momento em que se regulamentou a Convenção de Nova Iorque, que trata do direito de pessoas com deficiência, no entanto sua essência advém da dignidade da pessoa humana (GOZZO, 2017, p. 29).

Quando se trata da autonomia existencial, podem surgir alguns pontos delicados, como por exemplo, discussões sobre morte digna, pena de morte, eutanásia, etc. (REQUIÃO, 2014, p. 44).

No que toca a reprodução, uma das hipóteses são os casos de mulheres que pretendem tratar sua infertilidade, e para isso dispõe do poder que tem sobre seu próprio corpo para se submeter a procedimentos e tratamentos com esse fim. Aqui a autonomia existencial resta clara, pois a mulher está deliberando com base na sua personalidade no seu direito de modo livre (GOZZO, 2017, p. 29).

O fato da mulher buscar ajuda médica para tratar um problema como esse, é compreensível, visto que em muitas mulheres é presente o desejo de ser mãe, de gerar uma vida, de ter descendentes, no entanto é preciso observar que o exercício da autonomia existencial pode ter como fim o nascimento de uma criança, logo deve haver uma reflexão sobre a realização desses tratamentos e procedimentos pois é necessário pensar, antes de tudo, na criança que pode vir a nascer e em seu direito à dignidade que deve ser respeitado (GOZZO, 2017, p. 30).

### **3.1.3 A autonomia no âmbito da bioética**

No contexto da bioética a ideia de autonomia está ligada liberdade do sujeito em tomar decisões individuais, e ao respeito em relação as decisões tomadas no decorrer dos processos médicos, logo a autonomia aqui está mais relacionada as manifestações de vontade nas situações que envolvem o fim da vida (ARAÚJO; SILVA, 2017, p. 722-723).

Logo se diferencia totalmente da ideia de autonomia privada, que é originária das relações contratuais e abrange a esfera patrimonial, que não interessa ao estudo da bioética (AGUIAR; MEIRELES, 2018, p. 135).

A autonomia é pressuposto inerente a condição de ser humano, e não pode ter seu exercício constantemente impedido por concepções morais, normas jurídicas ou

recomendações éticas, é necessário saber quais são essas limitações e até que ponto elas influenciam para que não careçam de legitimidade (ARAÚJO; SILVA, 2017, p. 728-729). Porém não há como negar que a relação entre autonomia e o direito à vida normalmente vem permeada de concepções morais e éticas, e nesse ponto é preciso ressaltar que o próprio exercício da autonomia está ligado ao direito fundamental da liberdade que interfere nessas escolhas (AGUIAR; MEIRELES, 2018, p. 135).

Partindo desse contexto de fim da vida, a autonomia será manifestada por meio de uma diretiva antecipada de vontade, esse documento deve ser assinado pelo paciente somente após ele ler e entender tudo que está contido, no entanto nem sempre essa compreensão se dá de forma completa e isso gera um problema pois o exercício da autonomia resta prejudicado devido à falta de alcance (ARAÚJO; SILVA, 2017, p. 729).

Tom Beauchamp e James Childress, contribuíram para o surgimento da bioética com a publicação de uma obra que revolucionou a matéria, nessa eles indicaram os quatro princípios basilares da bioética, são eles: a autonomia, beneficência, não maleficência e equidade (AGUIAR, 2010, p.399).

Nessa obra a autonomia é vista sob três modelos: a autonomia plena, o julgamento substituto e o dos melhores interesses. Todos esses três trazem a ideia da autonomia associada a pacientes em fase terminal de vida.

O modelo da pura autonomia, preceitua que quando o paciente se encontrar sem capacidade plena para tomar decisões, se levará em conta o que foi decidido por ele em momento anterior, quando ainda gozava dessa capacidade, dessa forma se garante que o paciente possa ter controle de sua vida mesmo quando não estiver mais apto (AGUIAR, 2010, p. 400).

Já o modelo dos melhores interesses, entende que as decisões em relação ao paciente devem ser tomadas por um terceiro que esteja em posição de decidir o que seria melhor, mesmo que o paciente não seja incapaz, aqui se fala normalmente no médico ou em algum membro da família do paciente (AGUIAR, 2010, p. 401).

Essa teoria trata de um pensamento médico-paternalista, a partir do ponto de vista que o médico sozinho tomará as decisões relativas à vida e a morte de seu paciente, não se questiona a capacidade técnica do profissional da medicina nem o seu reconhecimento como tal, apenas se chama a atenção para o paciente que tendo

compreensão de sua situação deve escolher o caminho a ser seguido, e caso ele não esteja apto, essa escolha deve ser transferida a esse profissional (ARAÚJO; SILVA, 2017, p. 731).

Aqui além do médico há a possibilidade de um membro da família tomar essa decisão, porém essa não será levada em consideração, se houver a diretiva antecipada de vontade, como dispõe a Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina em seu art. 2º, §3º. No entanto, mesmo que a família venha a ser apta para decidir algo o médico pode optar por não seguir essa recomendação se ela for contrária ao Código de Ética Médico, isso também se encontra expresso no art.2º, §2º da Resolução do Conselho Federal de Medicina.

E por fim, o modelo do julgamento substituto, onde deve ser chamado alguém da família do paciente para decidir o que deve ser feito, caso esse esteja incapaz, esse modelo tem como base o instituto do poder familiar que é reconhecido pelo Código Civil (AGUIAR, 2010, p. 402).

Para além desses modelos, a autonomia na bioética está ligada ao fato de que o homem é um ser racional, tendo o poder de se autorregular, exercendo sua autonomia (GOGLIANO, 2000, p. 111).

Já passou a época em que o paciente era refém das decisões do seu médico, atualmente houve o resgate dos valores da pessoa humana e o respeito a sua dignidade (GOGLIANO, 2000, p. 111/112).

Embora se fale muito da questão da autonomia em relação ao paciente terminal, esse princípio não se exaure somente neste tema.

De acordo com Daisy Gogliano (2000, p. 110):

Nas questões que envolvem os atos de disposição do próprio corpo na Medicina firmou-se o conceito largamente difundido que todo paciente tem o direito ínsito de proteger a sua própria inviolabilidade física e psíquica e o direito de, por auto-determinação, conduzir o que pode ser feito com o seu próprio corpo, incluindo os atos de disposição tanto para depois da morte como em vida.

Vale ressaltar, que a autonomia no âmbito da bioética não se limita, apenas, ao final da vida sendo percebida também na liberdade de escolha do método de reprodução ou do método contraceptivo, na escolha da doação de órgão e tecidos, entre outros.

Logo, a ideia de autodeterminação reside nesse ponto, tendo como objetivo dar ao sujeito capaz a possibilidade de dispor sobre seu corpo da melhor maneira possível.

A autonomia torna o sujeito um ser dotado de poder para tomar as rédeas de sua própria vida.

### **3.1.4 O respeito à autonomia como uma face da proteção da dignidade da pessoa humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana ingressou no ordenamento jurídico brasileiro, no ano de 1988 com a Constituição Federal. Esse princípio se tornou a base do ordenamento, de modo que, todos os direitos fundamentais assegurados pela Constituição se relacionam direta ou indiretamente com ele (LEVY, 2011, p.27).

Esse princípio teve seu surgimento entre o século XVII e XVIII, devido ao desenvolvimento da corrente jusnaturalista, no entanto nesse momento ele não teve tanta aplicabilidade. Posteriormente, veio o período de guerras mundiais e depois desse começou a se buscar uma reconstrução desse princípio, com esse suporte o direito internacional originou um sistema normativo de proteção dos direitos humanos concretizando o princípio da dignidade da pessoa humana (LEVY, 2011, p. 28).

O sentido da dignidade da pessoa humana é muito amplo, visto que dispõe de um conteúdo subjetivo, ele está relacionado as ideias de respeito a essência do ser humano, as características, aos sentimentos e principalmente o respeito as diferenças de um sujeito para outro (BORGES, 2005, 143).

Segundo Laura Affonso da Costa Levy (2011, p. 30), “a dignidade da pessoa humana sustenta, agrega e encetra o sistema constitucional ao redor de seu conteúdo fundamental: direito à igualdade material, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade”.

As definições de dignidade da pessoa humana são sempre pautadas em conceitos abstratos, que dizem respeito ao sentimento da pessoa ao seu interior, no entanto é necessário que haja um conceito delimitado para esse princípio, pois a falta desse pode levar a perda de sua força normativa (REQUIÃO, 2014, p. 14-16).

Por ser um princípio subjetivo, o conceito de dignidade da pessoa humana varia conforme a pessoa, ou seja esse princípio vai ter um significado diferente para cada



indivíduo, pois a pessoa com base nas suas crenças, ideias e vivências é quem vai definir o que seria a dignidade (BORGES, 2005, p. 143).

Logo se conclui que análise desse princípio em busca de uma conceituação deve ser feita com base no caso concreto, visto que para cada indivíduo esse princípio terá uma formação diferente (REQUIÃO, 2014, p. 16). Ao conceituar a dignidade da pessoa humana, deve-se fazer da maneira mais ampla possível pois sua definição é varia conforme a pessoa.

Não cabe ao Estado ou ao ordenamento, definir um conceito concreto sobre a dignidade da pessoa humana, sendo mais importante que eles busquem mecanismos para promover o respeito a esse princípio, fazendo valer o direito à dignidade das pessoas (BORGES, 2005, p. 142).

O Estado só poderá promover o bem-estar social ou os seus fins se esses não violarem a dignidade da pessoa humana, essa irá funcionar como limite à atuação estatal, nunca sendo permitido a ele, atuar em favor de uma razão maior, se essa não considerar esse princípio (BORGES, 2005, p.145).

A dignidade da pessoa humana, é composta por vários elementos, entre eles a autonomia, essa é indispensável para que esse princípio seja verdadeiramente eficaz, visto que a autonomia se concretiza no poder que o ser humano tem de se autodeterminar, na liberdade que ele possui para tomar suas próprias decisões, demonstrando a relação de dependência entre eles.

A autonomia, é elementos inerente ao sujeito independentemente da posição social que ele esteja inserido, por ser inerente, quando ela é negada a uma pessoa está se negando também sua dignidade (BORGES, 2005, p. 144).

Devido a isso temos a autonomia como um elemento de concretização desse princípio, essa ideia é trazida por Maurício Requião (2014, p.18), onde ele usa o termo concreção da dignidade da pessoa humana, ele acredita que o único modo de efetivar a aplicação desse princípio é trazendo ele para o caso concreto, fugindo das definições abstratas que lhe são dadas, e nesse contexto a autonomia se mostra o elemento apto a realização dessa concreção.

Essa concreção se baseia em duas premissas, a primeira é que o princípio da dignidade humana vem sendo amplamente utilizado, de modo que muitas vezes ele é aplicado sem nenhum critério o que faz com que ele perca sua força normativa por

ter sido mal colocado, a segunda premissa se baseia na ideia de usar a autonomia concreta do sujeito para diminuir essa carência (REQUIÃO, 2014, p. 13).

Essa ideia de analisar o caso concreto é tão enfatizada, justamente porque a realização da dignidade da pessoa humana vai se dar de modo diferente para cada sujeito, logo essa será fundada numa ideia individual de realização de cada sujeito que vai se basear no seu direito a liberdade, tudo isso compõe a ideia de autonomia (REQUIÃO, 2014, p. 20).

Se conclui, que a dignidade da pessoa humana atua no nosso ordenamento garantindo a emancipação do homem, através de sua autodeterminação e do seu respeito as diferenças e características do outro (BORGES, 2005, p. 146).

### 3.2 PROCRIAÇÃO: UMA QUESTÃO DE LIBERDADE

As questões ligadas a procriação, infertilidade e esterilidade tem repercussão social, política, jurídica, filosófica e até religiosa, pois se percebe um ideologia que acaba exercendo um controle social intenso, sendo difícil se desvencilhar para tomar suas próprias decisões (SOUZA, 2011, p. 472).

Quando se fala sobre liberdade no âmbito da procriação é necessário esclarecer que essa se divide em duas espécies. Nas palavras de Maurizio Mori (2001, p.57):

A liberdade de procriação comporta dois aspectos diferentes: a liberdade de procriar (ou liberdade positiva), que permite à pessoa ter filhos quando decide tê-los; e a liberdade de não procriar (ou liberdade negativa), que tem o efeito da pessoa não ter filhos quando decide não tê-los.

Logo, se fala em liberdade sob dois pontos de vista possíveis, porém se torna importante não só explorar esses dois tipos, como também seu enquadramento na sociedade atual, ou seja, como socialmente essas liberdades são encaradas.

#### 3.2.1 A liberdade negativa

A liberdade negativa está intimamente ligada com a doutrina tradicional do casamento, isso ocorre posto que antigamente o casamento era a instituição responsável pela

transmissão da vida de uma geração para a outra, logo quando se falava em não procriar isso ia contra uma das principais funções do casamento (MORI, 2001, p. 58).

Devido a isso, se considerava o casamento como um contrato *sui generis*, onde as condições são estabelecidas pela natureza do contrato e não pelos seus contraentes, quando se pensava em casamento, deveria se pensar também em procriação e filhos como algo inerente a essa instituição, por ser o meio capaz de dar continuidade a família (BOTTEGA, 2016, p. 48).

Com base nessa doutrina, a ideia de liberdade negativa estava ligada a mulher que renunciava ao casamento e a relação sexual. Nas palavras de Clarissa Bottega (2016, p. 44):

A liberdade de não procriar, ou seja, a liberdade negativa de procriação era vista como um direito apenas àquelas pessoas que estivessem dispostas a renunciar à prática de relações sexuais e ao casamento, vez que tradicionalmente o casamento era a instituição social encarregada de controlar a transmissão da vida de uma geração a outra, pressupondo assim relações sexuais entre os cônjuges.

Logo, o casamento incentivava a liberdade positiva e limitava a liberdade negativa, por entender que essa ia contra todos os deveres intrínsecos do casamento (MORI, 2001, p. 58).

Todo esse pensamento também tem ligação direta com o papel que a mulher exercia na família, isso por que antigamente a mulher tinha um papel submisso, tendo como uma de suas principais funções a reprodução, a criação dos filhos e o cuidado com a casa, de modo que era inconcebível imaginar que a mulher poderia não ter o desejo de ser mãe.

Atualmente esse pensamento foi atualizado, tratando da liberdade negativa como um direito civil fundamental, não é mais estranho que uma mulher escolha não ter filhos, desde que essa decisão seja tomada de modo autónomo e voluntário (MORI, 2001, p. 58).

Hoje, acredita-se que o controle da fertilidade e a liberdade de não procriação sejam uma esfera da dignidade da pessoa humana, essa ideia está ligada ao exercício da autonomia, isso acontece pois não se pode negar a importância de um filho na vida da mulher visto que com ele vem inúmeras responsabilidades além de afetar tanto as oportunidades profissionais como escolhas afetivas e pessoais, logo a decisão de procriar ou não pode definir o planejamento de sua vida (MORI, 2001, p. 59).

Também concorda com esse pensamento Clarissa Bottega, quando diz que (2016, p. 60):

É fácil concluir que a liberdade de não procriar faz parte dos direitos fundamentais da pessoa humana como parte integrante do seu direito à vida, à liberdade e à sua autodeterminação, bem como é reflexo direto do princípio da dignidade da pessoa humana, por representar um desejo inerente do ser humano na geração ou não de descendência, ou mesmo, no momento próprio, para a geração da descendência, ou ainda a forma pela qual será gerada a descendência (natural ou com recurso às técnicas de procriação medicamente assistida).

Dito isso, se conclui que a liberdade de não procriar está inserida na sociedade, não sendo mais considerada algo incomum, isso se deve, entre outros fatores, a liberdade que a mulher vem assumindo de regular suas próprias escolhas, especialmente aquelas ligadas a disposição de seu corpo.

### **3.2.2 A liberdade positiva**

Muito se fala sobre a existência de uma liberdade positiva, porém há toda uma discussão doutrinária quando se fala na existência de um direito à procriação e se esse seria um direito fundamental, isso ocorre por que admitir a existência desse direito acarretariam bater de frente com questões que até hoje não foram bem consolidadas pelo nosso ordenamento, como por exemplo as técnicas de reprodução assistida (SOUZA, 2011, p. 476).

Segundo Maurizio Mori (2001, p. 62), o termo procriação poderia ser conceituado como:

Entendida em seu sentido biológico, a procriação é aquele processo através do qual se dá a transmissão da vida de uma geração à outra. Nesse sentido, a procriação compreende tudo aquilo que se refere ao nascimento e ao crescimento de uma nova pessoa até que alcance a maturidade biológica, ou seja, a capacidade de transmitir, por sua vez, a vida a novos indivíduos.

Se entende que a procriação era vista apenas como um fato biológico, mas com o passar do tempo esse fato foi sofrendo com a interferência das técnicas de reprodução assistida, onde ele ganhou uma nova dimensão. Agora, existia a possibilidade de um terceiro, externo a relação, agir com conhecimento técnico interferindo decisivamente na procriação (SOUZA, 2011, p. 477).

Quando se fala em procriação, se abarca tanto ela acontecendo naturalmente quanto por qualquer uma das técnicas de reprodução assistida.

Um dos fundamentos para a existência do direito a procriação, seria o art. 226, §7º da Constituição Federal, esse versa sobre o planejamento familiar garantindo sua tutela constitucional, devido a isso se acredita que essa norma esteja abrangendo o direito a procriação visto que esse está intimamente ligado ao planejamento familiar (SOUZA, 2011, p. 479).

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

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

Segundo Débora Gozzo (2017, p. 27), “esse dispositivo foi praticamente transcrito pelo legislador civil, no art. 1.565, §2º. Ora assim, o planejamento familiar compreende o direito de toda e qualquer pessoa, a reproduzir sexualmente, mantendo sua descendência”.

Com a criação da Lei de nº 9.263/96, que versa sobre planejamento familiar, se torna inegável a existência do direito à procriação, visto que essa lei se diz competente para regular a questão da fecundação, assim como condutas para que esse direito seja garantido a toda mulher e a todo casal (SOUZA, 2011, p. 480).

Com essa lei, o governo garante a toda pessoa o direito de formar sua família e moldá-la conforme sua vontade, e para isso põe seus serviços a disposição para que esse objetivo seja alcançado (GOZZO, 2017, p. 27).

Essa legislação entende que o planejamento familiar deve ser uma decisão tomada pelo casal, devido a isso, por exemplo, se autoriza que a mulher ou o homem se submeta a esterilização desde que maior de 25 anos, com pelo menos dois filhos e com a autorização do cônjuge ou companheiro (GOZZO, 2017, p. 27).

Concluindo, o direito a procriação acaba sendo entendido como uma extensão da personalidade jurídica, pois se relaciona com a capacidade do casal de se autodeterminar, tanto na escolha de procriação, dos métodos utilizados e da quantidade da prole (SOUZA, 2011, p. 480).

## 4 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA VERSUS REPRODUÇÃO CASEIRA

Esse capítulo destina-se a traçar um panorama, mostrando o que é a reprodução humana assistida, suas práticas, suas limitações e a as políticas públicas nesse sentido. Além disso, também será tratado a questão da inseminação caseira, seu surgimento, aspectos e os casos mais conhecidos. Se busca diferenciar as duas práticas.

### 4.1 NOTAS ELEMENTARES SOBRE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Inicialmente é importante fazer uma retomada histórica, que vai indicar quando as técnicas de reprodução artificial surgiram, e como essas se desenvolveram dando origem a gama de possibilidades existentes hoje.

Segundo Barbara Pinela, Mariana Hafiz e Thainá Zanfolin (2018, p. 06), o primeiro relato do uso de uma técnicas de inseminação se deu em 1779, quando Lázaro Sapanzani, inseminou uma cadela com o sêmen de um cachorro, procedimento que resultou em três filhotes, já em 1790, aproximadamente, foi realizado, por um médico inglês, a inseminação do sêmen no útero da mulher, dando os primeiros resultados em seres humanos, já em 1890 houve o primeiro nascimento a partir de um sêmen doado.

Em 1940, Jean Rostand descobre que o esperma animal pode ser conservado se for congelado, em 1952 o médico Robert Edwards inicia seus testes de fertilização em ratos, mais tarde em 1953 ocorre nos Estados Unidos a primeira inseminação artificial com sêmen congelado, em 1968 Robert Edwards e Barry Bavister fertilizam o primeiro ovo humano in vitro, no mesmo ano, Robert Edwards se une a Patrick Steptoe para trabalhar com a Fertilização in vitro (FIV), em 1975 a primeira gravidez é alcançada, porém é tubária (PINELA; HAFIZ; ZANFOLIN, 2018, p. 06).

Em 1978, nasce Louise Brown na Inglaterra, ela é considerada a primeira bebê de proveta do mundo, e nasce graças aos esforços de Robert Edwards e Patrick Steptoe, um ano depois o Departamento de Saúde dos Estados Unidos aprova a Fertilização

in vitro (FIV), em 1984 nasce no Brasil a primeira bebê por Fertilização in vitro (FIV), chamada Anna Paula Caldeira (PINELA; HAFIZ; ZANFOLIN, 2018, p. 06).

A mulher muitas vezes é criada com a ideia de gravidez como um ideal máximo, uma realização da feminilidade, e a ideia de infertilidade pesa muito para a mulher, além de ser considerado, por elas, um fator estigmatizante (BRAGA; AMAZONAS, 2005, p. 15).

Além disso, a condição de infertilidade provoca inúmeras repercussões pessoais como: baixa auto-estima, depressão, e dificuldades emocionais que acabam afetando a relação do casal, e até mesmo a vida profissional (BRAZ; SCHRAMM, 2005, p. 183).

Segundo Carolina Graciano Bucoski e Rafael Alexandre Silveira (2008, p. 305):

Durante muitos anos a infertilidade era vista como um problema exclusivo relacionado as mulheres, porém é o homem que apresenta alterações em 40% dos casos de casais com infertilidade, isso pode ocorrer devido a prática de exercícios extenuantes e repetitivos, ganho ou perda exagerada de peso, drogas como nicotina e álcool, exposição a toxinas ou metais pesados assim como infecções, disfunções hormonais, varicocele, ejaculação retrógrada, entre outras.

É importante salientar, que a infertilidade atinge mulheres de todos os níveis sociais, afetando nelas esse desejo de ser mãe, a diferença é que nas mulheres de classe baixa, a infertilidade costuma decorrer de abortos e infecções maltratadas, enquanto que nas mulheres de classe alta, muitas vezes sua infertilidade é determinada pela alta idade e ao adiamento da maternidade em função de sua carreira (BRAGA; AMAZONAS, 2005, p. 17).

De acordo com Marisa Decat de Moura, Maria do Carmo Borges de Souza e Bruno Brum Scheffer (2009, p.36):

Dados da Sociedade Americana de Fertilidade mostram que, até os anos de 1960, o índice de infertilidade no mundo variava entre 10% e 15% da população. Hoje, os patamares oscilam entre 25% e 30%. A explicação desse fenômeno está ligada à vida moderna. Entre as razões mais conhecidas, reina a procura tardia pela gravidez e suas consequências.

Porém, um dos maiores êxitos da atualidade é a possibilidade que a mulher tem de transformação do seu corpo, isso resultou na criação das técnicas de procriação assistida, que abrem uma gama de procedimentos que trazem esperanças as mulheres, permanecendo infértil apenas quem quer (BRAGA; AMAZONAS, 2005, p. 11 e 12).

Porém, os tratamentos de reprodução assistida, trazem uma esperança, mas também são carregados de vivências e experiências. Segundo Maria da Graça Reis Braga e Maria Cristina Lopes de Almeida Amazonas (2005, p. 15), esses tratamentos provocam tanto um desgaste físico como psíquico, trazendo à tona uma mistura de angústia, esperança, tensão e frustração, o casal é invadido no seu íntimo”.

A reprodução é vista como a capacidade de produzir outros semelhantes, entretanto com o tempo os casais têm tido dificuldades para engravidar. Os médicos conceituam a infertilidade como a falta de habilidade para engravidar, após tentativas durante um ano, sem o uso de métodos contraceptivos, logo a escolha do melhor tratamento de reprodução, vai depender da duração da infertilidade e da sua causa, as mais comuns, nas mulheres, são: a endometriose, alterações na ovulação, lesões nas tubas uterinas, idade etc. (BUCOSKI; SILVEIRA, 2008, p.305).

Quando se fala em infertilidade, deve-se lembrar que essa pode ter fatores absolutos ou relativos, quando esses fatores são absolutos se fala em esterilidade, nesse caso a única solução é por meio do uso das técnicas de reprodução assistida. Já em relação aos fatores relativos, se fala em hipo-fertilidade que pode ser resolvida com o uso de medicamentos (XAVIER, 2017, p. 68).

Vale lembrar que, em 40% dos casos o problema ligado a infertilidade está no homem, esse pode ser causado por: uso de roupas apertadas, repetição de exercícios extenuantes e repetitivos, uso de drogas e álcool, ganho ou perda exageradas de peso, além de problemas como: alterações na produção dos espermatozoides, infecções, disfunções hormonais, varicocele e ejaculação retrógrada (BUCOSKI; SILVEIRA, 2008, p. 305).

Logo, o objetivo da reprodução assistida é “dar uma ajuda a natureza”, para que se obtenha um óvulo ou um espermatozoide de boa qualidade, com maior chance de fertilizar e formar um embrião” (BUCOSKI; SILVEIRA, 2008, p. 305).

A possibilidade de engravidar por meio das técnicas de reprodução humana assistida, consiste em um sonho para as mulheres que não podem engravidar ou que tem alguma dificuldade, porém, esses procedimentos tem um outro lado não tão explorado, que se refere aos riscos associados a essas práticas.

Inicialmente, é necessário destacar que a reprodução assistida pode ser homóloga ou heteróloga. Essa será homóloga, quando o material biológico usado for do casal, e



será heteróloga, quando o material usado for proveniente de uma doação (DINIZ, 2011, p. 615).

Os riscos mais alarmantes desses procedimentos são, sem dúvida, aqueles que podem ser causados a mulher que se submete a essas técnicas, e a criança gerada, caso o procedimento seja bem-sucedido. Uma das grandes preocupações, são nos casos da reprodução heteróloga, quanto ao material doado, isso porque esse deve passar por uma criteriosa análise clínica, para que se certifique que não há nenhum tipo de doença ou infecção que possa ser transmitida à criança (FRANÇA; AMARAL, 2013, p. 6).

Em relação à mulher, existe a grande possibilidade de desenvolver uma gravidez de risco, pré-eclâmpsia ou até mesmo o aborto, logo questiona-se sobre a realização dessas técnicas de reprodução frente ao princípio da dignidade da pessoa humana assim como o direito à vida, considerado inviolável por essa mesma legislação (FRANÇA; AMARAL, 2013, p. 5/6).

A preocupação é que caso a criança gerada por um desses procedimentos ou a mulher, artificialmente fertilizada, desenvolvam uma doença ou má-formação que acabe abreviando sua existência, isso seria uma violação ao direito à vida. No mais, o campo da reprodução artificial, tem passado por inúmeros avanços e pela criação de novas tecnologias, mas não deixa de ser experimental, o que provoca inúmeros riscos (FRANÇA; AMARAL, 2013, p. 7).

Tendo em vista toda essa problemática, se pensa na adoção, onde haveria o mesmo resultado e sem todos esses possíveis riscos. Segundo Loreanne de Castro França e Ana Claudia Corrêa do Amaral (2013, p. 7):

Pela adoção, o casal que não tem a possibilidade de gerar um filho biologicamente, realiza uma ação altruísta e, certamente, nutrirá pelo seu filho o mesmo sentimento de amor que reuniria em torno da criança gerada artificialmente, abandonando todos os riscos que pode sofrer com a realização do procedimento artificial de geração de uma vida.

Entretanto, na maioria das vezes, o maior desejo da mulher é justamente o de gerar uma vida, e de experimentar todas as emoções e sensações advindas da gravidez, algo que não seria possível na adoção (FRANÇA; AMARAL, 2013, p. 7).

Logo, é inegável os riscos decorrentes dessa prática e os conflitos com direitos protegidos pela Constituição, mas para os casais que possuem o sonho de ser pais,

os riscos acabam sendo superados pelas vantagens, caso o procedimento venha a dar certo (FRANÇA; AMARAL, 2013, p.8).

Na tentativa de tentar diminuir os riscos decorrentes dessas práticas, a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, trouxe toda a regulamentação dessas técnicas, entre as quais se fala do consentimento:

#### I - PRINCÍPIOS GERAIS

4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

Logo, as clínicas de reprodução assistida têm o dever de informar os pacientes sobre todo e qualquer risco decorrente do procedimento, além de explicar como esses vão ocorrer, e os procedimentos só podem ser iniciados, caso haja consentimento livre e esclarecido do paciente (FRANÇA; AMARAL, 2013, p. 8).

No Brasil, existe a Lei de nº 9.263/96, essa versa sobre planejamento familiar, que é um direito de todo cidadão, e é descrito na lei como:

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Além disso, no que fere a reprodução, essa lei se compromete em juntamente com o Sistema Único de Saúde (SUS), garantir assistência no momento da concepção, como resta claro no parágrafo único do art.3º:

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção

Ela ainda vai mais longe, garantindo que em respeito ao direito de planejamento familiar, serão oferecidos métodos e técnicas de concepção, como é dito no art. 9º:

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Logo essa lei não só assegura a assistência a mulher que engravida naturalmente, como também busca ajudar aquela mulher que sofre com algum problema ou dificuldade para engravidar, por meio do uso das técnicas de reprodução assistida, que serão realizadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), ou seja, gratuito.

Em um país que cria uma lei com esse cunho, não haveria como imaginar algum tipo de desigualdade de acesso a essas técnicas de reprodução assistida, contudo a realidade é justamente essa.

As técnicas de reprodução assistida são uma evolução no mundo gestacional, atualmente existem inúmeros procedimentos, do menos invasivo ao mais invasivo, tudo em prol de ajudar as mulheres a realizarem seu projeto de vida, porém toda essa tecnologia tem um preço, e nesse caso o preço é bem alto, pois em média um tratamento com essas técnicas custam em torno de R\$ 15.000,00, cada aplicação.

Enquanto esse valor pode ser facilmente pago por uma mulher de classe média alta, existem as mulheres mais humildes que não tem condições de pagar esse valor, mas ainda sim tem o projeto de ser mãe, essas mulheres, sem dúvidas, são a maioria. O fato de não poder pagar para realizar os tratamentos em clínicas, é o que leva muitas mulheres a se aventurarem nos procedimentos de reprodução caseira, pondo em risco sua saúde por um sonho maior, que é o de ser mãe.

Nesse momento a Lei de Planejamento Familiar deveria entrar em ação oferecendo tudo que dispõe o art. 9º, porém isso não acontece, de modo que esse direito acaba sendo desrespeitado tanto pela carência, na rede pública, de ofertas desses serviços ou pelas ofertas eticamente discutíveis (BRAZ; SCHRAMM, 2005, p. 185).

Embora exista uma lei que garanta as técnicas de reprodução caseira na rede pública, os gestores trazem inúmeros argumentos para não implantá-las, como a falta de profissionais treinados, o alto custo dos procedimentos e o argumento mais absurdo que seria o fato da população mais carente não ter condições financeiras de criar uma criança, de modo razoavelmente desejável (BRAZ; SCHRAMM, 2005, p. 185).

Logo a desigualdade se mostra explicitamente aí, ou seja, só pelo fato da mulher ser humilde ela não poderá ser mãe? Então se uma mulher de baixa renda, tem dificuldade para engravidar ela não pode contar com um sistema de saúde que esteja preparado para tratá-la? Ela deve então desistir do seu projeto de ser mãe?

Essa série de perguntas, só demonstra que no nosso país há essa desigualdade apesar das recomendações feitas pela Constituição, pouco tem sido feito para atender os casais inférteis que necessitam dos serviços de saúde pública (BRAZ; SCHRAMM, 2005, p. 187).

Segundo Marlene Braz e Fermin Roland Schramm (2005, p.192):

Assim, esgotada a técnica cirúrgica tradicional, elas também querem a inseminação. Algumas nunca conseguiram engravidar; outras tantas sofreram sequelas de abortos ou de doenças sexualmente transmissíveis, o que as deixou estéreis. Todas podem querer engravidar e, nesse caso têm o direito de recorrer à reprodução assistida, mas o Estado lhes nega, de fato, o acesso, embora não possa fazê-lo de jure, visto ser inconstitucional. Tal negativa pode ser vista como uma estratégia cujo foco é o interesse em não aumentar a população, sobretudo a de baixa renda, o que é pelo menos questionável.

A conclusão que se chega, é que nos casos das mulheres de baixa renda o exercício da autonomia se mostra prejudicado, se as pessoas tivessem acesso a informação saberiam que elas possuem o direito de receber a medicação necessária para seu tratamento, seja lá qual for (BRAZ; SCHRAMM, 2005, p. 191).

Porém toda essa problemática, tem uma consequência, o que ocorre é que muitos desses casais que não possuem recursos suficientes para pagar por esses tratamentos, estão ingressando com ações no Poder Judiciário, para que o Estado arque com o seu custeio, por intermédio das verbas designadas ao Sistema Único de Saúde (BUCOSKI; SILVEIRA, 2008, p. 311).

Com isso, o Poder Judiciário, que realiza o papel de julgar as questões com o objetivo de efetivar a aplicação do direito de modo equânime e compatível com os interesses contrastantes, se vê diante de uma situação chamada de contraposições de interesses públicos-privados, onde de um lado teremos um sujeito em busca de seu direito individual e do outro lado teremos os interesses coletivos. Logo, é necessário pensar em como compatibilizar um interesse individual com um custo considerável, frente a uma gama de interesses coletivos ainda não efetivados (BUCOSKI; SILVEIRA, 2008, p.311/312).

Essa questão deixa o julgador em uma posição delicada, é certo que tratando de uma contraposição de direitos, no momento que se efetiva um deles o outro será deixado de lado, logo é necessário medidas prudentes (BUCOSKI; SILVEIRA, 2008, p. 313).

A atividade jurisdicional deve ser exercida com base na proporcionalidade, essa é um parâmetro de valoração, ela tem como requisitos qualificadores a exigibilidade ou a

necessidade da medida “ que impõe a verificação de inexistência de meios menos gravosos para atingir fins visados, sendo vedado o excesso, isto é, o tratamento diferenciado além do que é imprescindível” (BUCOSKI; SILVEIRA, 2008, p. 313).

Vejamos alguns julgados sobre o tema:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO E TRATAMENTO. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. [...]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÚDE PÚBLICA. reprodução humana – fertilização in vitro. DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO – ART. 196, CF. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS.

Pelo tema da reprodução artificial ainda não ser consolidado, os julgados que tratam sobre o custeio desses tratamentos, tem tido inúmeras interpretações. Normalmente, quando o julgado nega o provimento, é em decorrência do Estado não possuir recursos suficientes para arcar com uma situação individualizada, enquanto que quando se concede o provimento, é em decorrência da incapacidade de gerar um ser pelos meios tradicionais (BUCOSKI; SILVEIRA, 2008, p. 316).

#### **4.1.1 Inseminação artificial**

Segundo Carolina Graciano Bucoski e Rafael Alexandre Silveira (2008, p. 306), “quando a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher, se fala em inseminação artificial, essa pode ser homóloga ou heteróloga.”

A inseminação artificial, tem como objetivo o depósito de espermatozóides, após um processo de melhoramentos, nas trompas uterinas da mulher, nesse caso a mulher deve tomar medicamentos para que haja um maior número de óvulos. Aqui, após a coleta do sêmen, esse será preparado, no laboratório, e colocado em uma seringa com um cateter sendo injetado no útero da mulher (BUCOSKI E SILVEIRA, 2008, p. 306).

A inseminação pode ser homóloga ou heteróloga. Ela será homóloga quando o sêmen implantado na mulher pertencer ao seu marido ou companheiro, e será heteróloga quando o sêmen a ser implantado pertencer a um terceiro, decorrente de uma doação (DINIZ, 2011, p. 612).

Vale ressaltar, que quando o sêmen usado pertence a um terceiro, a identidade desse será protegida assim como a identidade do casal, aqui o terceiro fixa um contrato com a clínica que realiza o procedimento e essa, fixa um segundo contrato com o casal que deseja realizar a inseminação, a clínica irá atuar como intermediária nessa relação.

A identidade da receptora também deve ser protegida, ela deve anuir com o procedimento e preencher um formulário, manifestando sua vontade, após ser esclarecida de como esse vai se dar (DINIZ, 2011, p. 616).

#### **4.1.2 Fertilização in vitro**

A fertilização in vitro, é a técnica mais usada, e que mais vem mostrando resultados, aqui vai ocorrer a união do espermatozóide com o óvulo, em laboratório, formando o embrião que depois será transferido para o útero da mulher.

Essa técnica tem entre 20% a 30% de êxito, e é a mais usada pelas mulheres sem ovulação espontânea ou com obstrução das trompas de falópio (XAVIER, 2017, p. 70).

Essa prática se divide em: fertilização in vitro clássica e a injeção intracitoplasmática de espermatozóides (ICSI). Na técnica clássica, não podem ser transferidos mais de quatro embriões para o útero da mulher, pois isso pode gerar a gestação múltipla, e os embriões excedentes devem ser congelados e de acordo com Conselho Federal de Medicina, não poderão ser desprezados. É possível que o casal opte pela prática de inseminação in vitro com o uso do ICSI, onde é selecionado um espermatozóide com o uso de uma micro agulha, e depois esse é injetado dentro do óvulo (BUCOSKI E SILVEIRA, 2008, p. 306 e 307).

A Fertilização in vitro é uma das técnicas de reprodução humana assistida que era regulamentada pela Resolução de nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que trazia o seguinte enunciado “ o número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.”. Porém atualmente essa técnica é regulamentada atualmente pela Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de

Medicina, que dispõe que cabe as partes decidirem quantos embriões devem ser implantados.

De acordo com Marise Cunha de Souza (2010, p. 351), essa regulamentação foi necessária, visto que:

Quando a FIV começou a ser utilizada aqui no Brasil, considerando que o embrião implantado no útero tem apenas 28% de chance de produzir uma gestação, os médicos costumavam implantar de seis a oito embriões no útero materno e começaram a nascer gêmeos, trigêmeos, quadrigêmeos. Isso fez com que se diminuísse o número de embriões transferidos.

Porém isso resolveu um problema, mas acabou causando outro, relativo ao armazenamento desses embriões excedentes, esse são congelados e ficam guardados para serem usados posteriormente, caso seja o desejo do casal, esses embriões, no entanto, não podem ser destruídos (SOUZA, 2010, p. 351/352).

A problemática sobre o descarte dos embriões excedentes, passa pela ideia de quando se inicia a vida, essa por si só já é complicada, posto que existe várias correntes que versam sobre isso, mas de maneira simplificada existe uma corrente que considera o início da vida se dá no momento da concepção, e a outra entende que o início da vida, se dá com a implantação do embrião no útero materno, processo chamado de nidação (SOUZA, 2010, p. 352).

Para a primeira corrente, o descarte dos embriões não poderia ocorrer pois já haveria uma vida, e para a segunda corrente poderia haver o descarte, desde que não ocorresse a nidação (SOUZA, 2010, p. 352).

#### **4.1.3 Gestação de substituição**

Embora a inseminação artificial e a fertilização in vitro sejam um dos procedimentos mais famosos quando se fala em reprodução assistida, esses não são os únicos.

Outro procedimento bem conhecido é a barriga de aluguel, esse termo, no entanto é considerado pejorativo, sendo preferível usar o termo de gestação por substituição, essa pode ser conceituada como: “A gestação quando há a fertilização in vitro e a mulher doadora do material genético possui algum problema que faz com que seu útero não seja apto a gerar o embrião, assim, o embrião se desenvolverá no útero de uma “mãe hospedeira”” (SOUZA, 2010, p.356).

Inicialmente, as técnicas de reprodução assistida se dividem em: extracorpóreas e intracorpóreas, as primeiras se referem as técnicas onde a reprodução ocorre fora do corpo da mulher e a segunda se refere as técnicas onde a reprodução ocorre dentro do corpo da mulher. A gestação por substituição é extracorpórea, pois o primeiro é realizado a fertilização *in vitro*, e posteriormente a implantação no útero da mãe hospedeira, essa pode ser homóloga ou heteróloga, ou seja, a fecundação pode se dar com o material biológico do casal ou com material decorrente da doação (SOUZA, 2010, p. 350 e 356).

Não existe uma legislação sobre o tema, somente a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que estabelece como deve ocorrer esse procedimento, instituindo um rol de requisitos:

#### VII –SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.

1. A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe/filha; segundo grau –avó/irmã; terceiro grau –tia/sobrinha; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

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

Logo além de proibir o serviço de “barriga de aluguel”, ainda se institui que essa prática só pode ser realizada por algum parente pertencente à família do casal.

Vale lembrar, que as Resoluções do Conselho Federal de Medicina não possuem força de lei, sendo seguida apenas pelos médicos (SOUZA, 2010, p. 357).

A questão mais polêmica ligada a essa prática, está relacionada a filiação, isso porque nos casos em que há a gravidez por substituição homóloga, existe temos uma mãe que vai doar o material biológico e uma mãe que vai gestar a criança e posteriormente, dar à luz. No hospital, por exemplo, é o nome da “mãe hospedeira” que vai constar (SOUZA, 2010, p. 357).

Nesta técnica o princípio da “*mater semper certa est*” foi posto em questionamento, pois aqui, de fato, haverá duas mães, no entanto se leva em consideração a herança genética, de modo que será considerada mãe biológica aquele que realizou a doação do material e não aquela que apenas gestou a criança (ROCHA, 2014, p. 37).



O art. 1.597, IV, do Código Civil de 2002, tem a seguinte redação: “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”.

Logo, a criança gerada vai ser registrada como concebida na constância do casamento, não importando, para fins de registro, se a gestação foi por substituição ou se foi natural (ROCHA, 2014, p. 38).

Quando se fala em gravidez por substituição heteróloga ai é que a situação se torna mais complexa, pois nesse caso teremos material doado de um terceiro e a gestação pela “mãe hospedeira”, logo pode ser que a criança não possua nenhum traço genético dos pais (SOUZA, 2010, p. 357).

Devido a isso, muitas vezes se opta por realizar um contrato para regular a situação, porém existe toda uma controvérsia sobre se esse contrato seria válido ou não e ainda se ele seria oneroso ou gratuito (SOUZA, 2010, p. 361/362).

Segundo Loreanne Manuella França e Ana Claudia Corrêa do Amaral (2013, p. 13):

Surge, então, a necessidade de que sejam fixados outros parâmetros para se definir a filiação no que tange à gestação sub-rogada, definidos nas cláusulas do próprio contrato celebrado entre os pais biológicos e a mulher que gestou, bem como na permissão ao interprete de adotar o melhor posicionamento dentro do caso concreto, assumindo como pressuposto mais importante a vontade do que a genética.

Isso acaba gerando um problema, posto que temos uma evolução dessas novas técnicas de reprodução, que vem sendo largamente utilizadas, mas temos uma legislação que não acompanha essa evolução social, tendendo a se tornar ultrapassada.

#### **4.1.4 A doação de material biológico no âmbito dos procedimentos assistidos**

Segundo Cristiano Chave e Nelson Rosenvald (2017, p. 756), “a doação trata-se de uma relação jurídica onde o doador assume a obrigação de transferir bem jurídico ou vantagem para patrimônio de outrem, sendo esse ato decorrente de sua vontade”.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2016, p.277), a doação teria como características “a) a natureza contratual, b) o *animus donandi* (intenção de realizar a doação), c) a transferência de bens para o patrimônio do donatário e d) a aceitação deste.”

Atualmente, com a evolução e criação das técnicas de reprodução assistida em suas várias espécies, é possível falar em doação de material biológico, que seria, no caso do homem a doação dos espermatozóides e, no caso da mulher, a doação dos óvulos.

A doação de material biológico, consiste em um ato de liberalidade, sem caráter econômico e que será destinada a um terceiro, que irá usá-la para realização do seu projeto pessoal (FARIA; NOGUEIRA, 2018, p.113).

Para que ela aconteça é indispensável o consentimento do doador, visto que a possibilidade de doação de material biológico é uma questão que perpassa pela autonomia de cada um, ou seja, a pessoa é livre para decidir se quer realizar a doação ou não. Além disso, é necessário respeitar também o direito à informação, que deve ser passada ao doador de maneira clara (FARIA; NOGUEIRA, 2018, p.110).

Com base nisso, todas as cláusulas devem constar no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), que possui natureza contratual e deverá conter toda informação que deve ser passada ao doador, além das justificativas, objetivos e procedimentos onde aquele material deverá ser utilizado e sua destinação para procedimentos de reprodução assistida. Esse termo, é que vai efetivar a doação, tendo em vista que possui a manifestação de vontade das partes (FARIA; NOGUEIRA, 2018, p. 111 e 113).

Por esse termo ser considerado um contrato, ele vem acompanhado dos deveres anexos, sendo dever da clínica passar toda informação ao doador, assim como o da boa-fé objetiva, da lealdade, entre outros. O cumprimento desses, vai repercutir na validade do negócio jurídico existencial (FARIA; NOGUEIRA, 2018, p. 111).

De acordo com Alexandra Clara Ferreira Faria e Roberto Henrique Pôrto Nogueira (2018, p. 116):

Neste sentido, para a realização das técnicas de reprodução humana heteróloga medicamente assistida há a necessidade de material biológico doado. Entretanto, não há que se falar em acesso à identidade pessoal e social do doador do material biológico humano, visto que ao celebrar o negócio jurídico existencial (TCLE), o doador dispõe de seu material, através da doação neutra, desvinculado, assim, de sua personalidade.

Essa vedação à identidade do doador, é corroborada pela Resolução de nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe:

#### IV - DAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

4- Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).

Segundo José Augusto Lourenço Santos, Gustavo Lana Ferreira e Ítalo Henrique Cupertino Castro (2014, p. 12):

A Resolução n.º 1.957/2010 traça princípios gerais sobre as técnicas de reprodução assistida, definindo os pacientes que podem fazer uso das técnicas, bem como traçando requisitos a serem observados pelas clínicas, centros ou serviços que apliquem as técnicas de reprodução assistida. Disciplina, também, sobre a doação de gametas ou embriões e a criopreservação dos mesmos. Por fim, aborda matéria relativa à gestação de substituição (doação temporária do útero) e a reprodução assistida post mortem.

Logo, quando uma família procura uma clínica de reprodução assistida e opta por realizar um procedimento onde é necessário o uso de material biológico doado, do qual a clínica dispõe, a identidade do doador não poderá ser revelada em hipótese alguma, assim como a identidade da receptora daquele material também não deve ser divulgada. Aqui haverá um contrato firmado entre a receptora e a clínica, e um outro contrato que é firmado entre a clínica e o doador, logo a clínica atua como um agente intermediário entre o doador e a receptora, sendo o anonimato um direito.

Um das grandes diferenças entre a inseminação caseira e os procedimentos de reprodução assistida realizados em clínicas, é que a inseminação caseira é realizada no âmbito da informalidade, aqui não haverá um contrato firmado entre as partes e muito menos um agente intermediário, também não haverá anonimato visto que a receptora e o doador se encontram no momento da doação, em algumas situações o doador até aceita registrar a criança em seu nome, devido a essa informalidade demasiada inúmeras implicações jurídicas decorrem dessa prática.

Indispensável falar sobre o Provimento nº 52/2016 do Conselho Nacional de Justiça, esse trata do registro de crianças resultantes de técnicas de reprodução humana assistida, por casais heterossexuais e homoafetivos, ou seja, por meio dessa se admite a multiparentalidade no registro dessas crianças. Porém um ponto importante desse provimento, foi que ele fere o direito de anonimato do doador de material genético (GALLO; GRACINDO, 2016, p. 251).

Isso fica explícito no art. 2º, que tem a seguinte redação:

Art. 2º. É indispensável, para fins de registro e da emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

§ 1º. Nas hipóteses de doação voluntária de gametas ou de gestação por substituição, deverão ser também apresentados:

I - termo de consentimento prévio, por instrumento público, do doador ou doadora, autorizando, expressamente, que o registro de nascimento da criança a ser concebida se dê em nome de outrem:

II - termo de aprovação prévia, por instrumento público, do cônjuge ou de quem convive em união estável com o doador ou doadora, autorizando, expressamente, a realização do procedimento de reprodução assistida.

Com base nesse artigo se conclui que para que haja o registro de uma criança que foi concebida por uma técnica de reprodução assistida é necessário que o doador autorize que o registro seja feito pela receptora e seu parceiro e além disso também é necessária uma autorização advinda de cônjuge ou companheira do doador, atestando saber do procedimento.

Com isso há um avanço no sentido de permitir a multiparentalidade no registro dessas crianças, mas também um retrocesso quando se permite a quebra do sigilo do doador.

Muito se fala sobre o doador de material biológico, mas existe um outro lado que se refere a criança e seu direito em conhecer suas raízes biológicas. Segundo José Augusto Lourenço Santos, Gustavo Lana Ferreira e Ítalo Henrique Cupertino Castro (2014, p. 12), “com o nascimento com vida, o ser humano adquire um direito que lhe é inerente, qual seja o direito de conhecer suas raízes, o direito à sua identidade biológica, sendo o direito à personalidade um princípio fundamental.”

Vale ressaltar, que não se confunde origem biológica com estado de filiação, pois esse último está ligado a relação de pai e filho e a afetividade decorrente dessa, enquanto a origem biológica está ligada aos traços históricos de um sujeito, de onde ele vem (SANTOS; FERREIRA; CASTRO, 2014, p.12).

A busca pela identidade biológica escondem alguns viés, muitas vezes está relacionada ao autoconhecimento, mas pode ser decorrente de prevenções médicas, na medida em que se almeja conhecer sua origem genética para o tratamento de doenças por meio de compatibilidade sanguínea, ou até conhecer possíveis doenças hereditárias, acaba sendo uma busca em prol da proteção da vida (SANTOS, FERREIRA; CASTRO, 2014, p. 13).

Logo, se chega a um conflito, pois de um lado tem o doador e a questão do anonimato que lhe é assegurada no momento da doação, assim como o anonimato em relação a quem receberá o material doado (SANTOS; FERREIRA; CASTRO, 2014, p. 14).

Por outro lado, tem-se um sujeito interessado em desvendar sua origem biológica, algo que é direito dele, essa busca pode se dar tanto em razão do tratamento de uma doença ou até pela mera curiosidade. Vale ressaltar que, independente do motivo, o doador não terá nenhum tipo de obrigação pecuniária ou afetiva com a criança (SANTOS; FERREIRA; CASTRO, 2014, p. 14).

Concluem José Augusto Lourenço Santos, Gustavo Lana Ferreira e Ítalo Henrique Cupertino Castro (2014, p. 14), que:

Ocorre que nos dois casos se está diante de princípios fundamentais derivados do inviolável princípio da dignidade da pessoa humana. De um lado está o direito à intimidade, na defesa ao sigilo do doador do material genético, contraposto ao direito da personalidade, resguardando a busca pela identidade biológica, indiferente do fim almejado pela pessoa originada da reprodução assistida.

É uma questão complexa, mas atualmente o que vigora é que o anonimato do doador deve prevalecer. Se protege tanto a identidade do doador, para preservar o ato da doação, para que ela continue acontecendo, sem que o doador tenha que se preocupar em futuramente receber possíveis reclames da criança gerada (SANTOS; FERREIRA; CASTRO, 2014, p. 15).

Por outro lado, existe uma linha de pensamento que considera que não existe ainda no Brasil um direito à origem genética e que esse não pode ser considerado um direito da personalidade (BORGES, 2002, p. 332).

Essa conclusão se baseia na ideia de que os direitos da personalidade são aqueles direitos onde a pessoa defende algo que lhe é próprio, porém para que seja identificada a origem genética de alguém isso não depende apenas da pessoa que tem interesse nessa descoberta, depende também de um terceiro que também possui direitos a sua personalidade, logo para que essa descoberta pudesse se feita seria necessário ingressar no direito de outrem (BORGES, 2002, p. 331).

Se conclui, portanto, que o direito à origem genética não é um direito da personalidade posto que ele não se realiza naquele sujeito, para que ele possa ser conhecido ele depende da atuação de uma outra pessoa (BORGES, 2002, p. 332).

Esse cenário gera uma situação de insegurança jurídica, recentemente foi publicada a Resolução de nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina que continua prevendo a proteção ao anonimato do doado ou da doadora, assim como esses não devem ter acesso a identidade do casal receptor.

#### 4.2 NOTAS CONCEITUAIS SOBRE REPRODUÇÃO CASEIRA

A reprodução caseira é uma técnica de inseminação doméstica que ocorre fora do âmbito de uma clínica especializada, e consiste em uma doação de sêmen, aqui a mulher e o doador terão contato direto sem no entanto haver relações sexuais entre eles.

A reprodução caseira é uma prática relativamente nova, ela surgiu nas redes sociais, e hoje chega a ter grupos com mais de 5 mil integrantes. Nesses grupos, os doadores se descrevem fisicamente e deixam seu contato, as vezes acompanhado de uma foto sua ou de um retrato de quando eram crianças (BBC NEWS, 2017, p. 02).

Essa técnica consiste em uma doação de esperma, aqui após a mulher entrar em contato com o doador, eles marcam de se encontrar para que a doação seja realizada, nesse encontro, eles se conhecem e podem chegar a divulgar seus nomes ou não, as mulheres costumam exigir que o doador apresente seus exames para saber se ele possui alguma doença que possa ser transmitida ou alguma anomalia, depois disso o doador coleta seu esperma em um pote de coleta de exame, entrega a mulher, e ela vai por meio de uma seringa introduzir o líquido em seu órgão genital, para que o procedimento tenha chances de funcionar, a mulher precisa estar em período fértil (BBC NEWS, 2017, p. 05).

Essa técnica costuma ser escolhida por mulheres homossexuais, ou que optam por uma produção independente, e até por casais heterossexuais, quando a infertilidade provém do homem, decorrente da azoospermia (ausência de espermatozóides).

De acordo com a reportagem veiculada pela BBC News Brasil (2017, p. 08), normalmente o único contato que a mulher tem com o doador seria o encontro onde ocorre a doação, mas tem casos em que as mulheres formulam um contrato onde o doador abriria mão de seus direitos sobre a criança assim como existem mulheres que pedem para que o doador registre a criança e até visite ela. Os doadores, por outro

lado, só pedem para que as mulheres não cobrem pensão alimentícia, e que avisem se o procedimento der certo.

Um fato que chama atenção nessa prática é o seu público, isso porque as mulheres que normalmente optam por essa técnica, são justamente aquelas que não teriam condições de realizar o tratamento em uma clínica especializada, logo elas acabam escolhendo esse procedimento onde os gastos estão relacionados a: um pote de coleta, uma seringa e posteriormente o teste de gravidez, enquanto que os tratamentos realizados nas clínicas, custam por volta de 15 mil reais.

Órgãos como o Ministério da Saúde e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) já se manifestaram sobre o tema, dizendo que não há regulamentação sobre, e que por se tratar de uma decisão individual, não é possível haver nenhuma proibição (BBC NEWS, 2017, p. 02).

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (2018, p. 1) emitiu pronunciamento no sentido que:

A prática é normalmente feita entre pessoas leigas e em ambientes domésticos e hotéis, ou seja, fora dos serviços de Saúde e sem assistência de um profissional de Saúde.

Por isso, as mulheres que se submetem a esse tipo de procedimento na tentativa de engravidar devem estar cientes dos riscos envolvidos nesse tipo de prática. Como são atividades feitas fora de um serviço de Saúde e o sêmen utilizado não provém de um banco de espermatozoides, as vigilâncias sanitárias e a Anvisa não têm poder de fiscalização.

Do ponto de vista biológico, o principal risco para as mulheres é a possibilidade de transmissão de doenças graves que poderão afetar a saúde da mãe e do bebê. Isso se dá devido à introdução no corpo da mulher de um material biológico sem triagem clínica ou social, que avalia os comportamentos de risco, viagens a áreas endêmicas e doenças pré-existentes no doador, bem como a ausência de triagem laboratorial para agentes infecciosos, como HIV, Hepatites B e C, Zika vírus e outros.

As próprias mulheres que já realizaram o procedimento, informaram a BBC News Brasil, que os maiores riscos ligados à prática são os doadores que insistem em ter relações sexuais, que não apresentam seus exames e que vendem o sêmen, prática ilegal no Brasil, conforme o art. 199 da Constituição Federal de 1988:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Fato é que esse procedimento não é aconselhado por especialistas na área médica, tendo em vista que é realizado por pessoas leigas, em local não estéril, sem nenhum

tipo de precaução e com riscos ligados a infecção, transmissão de doenças e até riscos ao futuro feto, caso a prática de resultado (BBC NEWS, 2017, p. 09).

Já os especialistas na área jurídica, alertam para os contratos firmados entre a mulher e o doador pois como não existe nenhum tipo de regulamentação dessa prática, esses contratos podem ser questionados judicialmente. Logo, tanto o doador de má-fé quando a própria receptora podem alegar falsidade com base nesses contratos. Além disso, vale ressaltar que como é uma prática sem regulamentação não são encontrados nenhum posicionamento judicial, qualquer implicação jurídica decorrente dessa, deixaria a população a mercê do ativismo judicial, levando a decisões diversas.

#### 4.3 UM RELATO SOBRE CASOS NOTICIADOS

Em matéria realizada pela BBC News Brasil, foi trazido os dois doadores de sêmen mais conhecidos no Brasil.

O primeiro deles é João Carlos Holland, que tem 61 anos e é analista de sistemas, ele se apresenta nos grupos sobre reprodução caseira, dizendo ser loiro, ter olhos azuis, 1,80m de altura além de ter descendência portuguesa, alemã e indígena. Holland é um dos doadores de esperma mais conhecidos nas redes sociais e ele começou a fazer as doações em outubro de 2015 e nunca mais parou, ele acredita que já contribuiu para a gravidez de 24 mulheres. A questão para ele é lidada com muita naturalidade, ele diz estar feliz por poder contribuir para que várias mulheres realizem seus sonhos (BBC NEWS, 2017, p. 01).

Holland é casado e tem 15 filhos, sua esposa o incentiva na prática e é quem organiza a agenda de doações e tem contato com as mulheres que buscam a inseminação caseira. O procedimento, é realizado na casa de Holland, que mora em São Paulo, lá existe um quarto destinado para a prática onde a mulher fica, enquanto em outro quarto Holland mantém relações sexuais com sua esposa, para coleta do material, depois da coleta, esse é dado para a mulher. Holland diz não cobrar pelo material, mas cobra pela hospedagem em sua casa, pois muitas mulheres vêm de estados diferentes só para realizar a inseminação. Holland faz exames uma vez por mês e exige que a receptora seja maior de idade, além disso, ele também pede que as mulheres informem se o procedimento deu certo. Ele costuma pedir para que elas não



cobrem pensão alimentícia, mas não se incomoda em registrar a criança seu nome, ele não firma nenhum contrato com as receptoras, prefere confiar nelas (BBC NEWS, 2017, 03).

Outro doador conhecido nas redes sociais é Aleksandro Machado de 23 anos, que é cozinheiro, e realiza as doações há oito meses, ele não acreditava que seria procurado por ninguém, após anunciar que era doador em sua página nas redes sociais. Aleksandro se descreve como homossexual e explica que a doação deve ser feita sem contato físico (BBC NEWS, 2017, p. 07).

Diferentemente de Holland, Aleksandro viaja até as mulheres que tem interesse na reprodução caseira. Ele não cobra pelo material, apenas pelas despesas com deslocamento, hospedagem, e pede as mulheres um valor que elas considerem justo. Ele diz que, embora seus pais aceitem o que ele faz, sofreu muito preconceito pelas pessoas da sua cidade, que questionavam onde ele conseguia dinheiro para viajar tanto, o que o levou a divulgar abertamente seu trabalho nas redes sociais (BBC News, 2017, p. 07).

Ele destaca não ter interesse em assumir a paternidade, porém não se nega a participar da vida do bebê, desde que não seja visto como pai, ele também não firma nenhum tipo de contrato com as mulheres que realizam o procedimento, preferindo confiar nelas (BBC News, 2017, p. 07).

## **5 AS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DECORRENTES DA PRÁTICA DA INSEMINAÇÃO CASEIRA**

A inseminação caseira é uma técnica de reprodução doméstica que não pode ser ignorada, pois ela vem sendo amplamente utilizada e difundida, porém não deixa de ser recente sendo necessário analisar a longo prazo as implicações no plano jurídico que ela pode causar, tanto para a mulher que se dispõe a realizá-la, quanto para o doador de sêmen e para a criança que pode ser gerada a partir dessa situação.

### **5.1 A CONSTITUIÇÃO DA FILIAÇÃO: MATERNIDADE E PATERNIDADE**

A filiação é considerada o instrumento de formação dos núcleos familiares, que se baseiam em uma relação de afeto e de solidariedade e preservam a dignidade do sujeito devido à realização pessoal (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 564-565). Ela é decorrente da convivência familiar e da afetividade e abrange vínculos biológicos e não-biológicos (LÔBO, 2017, p. 211).

Um dos marcos foi a igualdade entre os filhos garantida constitucionalmente, pois antes disso havia uma distinção entre filhos legítimos, que eram aqueles havidos na constância do casamento e os filhos ilegítimos, que eram decorrente de relações fora do casamento, esses filhos costumavam ser vítimas de discriminação e acabavam excluídos (DIAS, 2015, p. 387).

Cada sujeito terá a possibilidade de realizar sua filiação como bem entender, essa pode ser puramente biológica, decorrente das técnicas de reprodução assistida ou apenas decorrente da socioafetividade, independentemente de sua origem não haverá nenhum efeito discriminatório entre elas (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 565).

A filiação tem ganhado força nos últimos tempos, não é a toa que a Constituição reconheceu novos arranjos familiares como a família monoparental e as uniões estáveis, a jurisprudência vem alargando esse conceito de família permitindo as uniões homoafetivas, as técnicas de reprodução assistida inauguram a filiação sem a

necessidade de contato sexual, desse modo a questão genética foi secundarizada a família atual se funda no afeto (DIAS, 2015, p. 389).

O projeto de parentalidade, se forma a partir do planejamento familiar que também é um direito garantido constitucionalmente (DIAS, 2015, p. 392). Dentro desse planejamento não haverá intervenção estatal, havendo somente a relação de filiação contendo os deveres dos pais com seus filhos (LÔBO, 2017, p. 214).

É necessário estabelecer uma diferença entre estado de filiação e origem genética, essa distinção passou a ser necessária no momento em que houve uma mudança na constituição da filiação, quando essa deixou de levar em conta o caráter genético para privilegiar o caráter afetivo isso trouxe efeitos em outras questões.

O direito ao conhecimento da origem genética é um direito da personalidade humana, e seu exercício não configura a inserção em uma família (DIAS, 2015, p. 396). Por outro lado, o estado de filiação deriva justamente do vínculo afetivo que se forma entre um pai ou uma mãe e seu filho, independentemente de serem biológicos ou não (LÔBO, 2017, p. 224).

No cenário atual, a certeza de origem genética deixa de estabelecer a filiação, devido a essa mudança de paradigma, as situações ligadas a inseminação artificial heteróloga comprovam isso, pois aqui haverá uma criança gerada com material biológico de um doador, mas não haverá vínculo de filiação afetiva entre eles, esse vínculo será criado com o pai jurídico (LÔBO, 2017, p. 225).

No entanto, não pode ser tirada da pessoa a possibilidade de ter acesso à sua origem genética, quando há uma igualdade biológica entre pais e filhos, esse tema perde relevância, mas nos casos de inseminação artificial heteróloga que envolve material genético de um terceiro, esse conhecimento se torna fundamental, devido a isso o Conselho Federal de Medicina exige que as clínicas guardem um histórico genético de cada dador além de outras informações clínicas (LÔBO, 2017, p. 225).

Na inseminação artificial homóloga os laços genéticos são iguais aos da filiação, não restando dúvida sobre isso, o questionamento surge quando essa inseminação ocorre após a morte do cônjuge ou companheiro, nesse caso não haverá dúvida sobre a origem genética, mas se questiona sobre a filiação.

Sobre essa temática o Código Civil so regula uma hipótese, que são os casos em que a criança nasce nos trezentos dias após a morte do cônjuge, nesse caso fica

comprovado os laços biológicos e a filiação, porém quando essa inseminação ocorre em momento posterior, outras coisas serão exigidas para essa comprovação da paternidade como a prova de que o gameta pertencia ao de cujos e uma declaração expressa desse no sentido de permitir a inseminação (LÔBO, 2017, p. 218).

A autonomia da vontade condiciona essa declaração ao uso do material genético, pois sem ela não haveria como presumir que aquele sujeito ia querer ser pai, se essa não existisse os embriões deveriam ser eliminados (DIAS, 2015, p. 401).

Como já foi visto anteriormente, nos procedimento de reprodução assistida heteróloga em uma clínica especializada deve haver o consentimento das partes, esse é de suma importância pois vai acarretar para o homem e para a mulher o status de pais mesmo que ali não esteja presente o DNA deles, além disso também impede que o marido posteriormente venha negar a paternidade pois houve seu consentimento, aqui a verdade biológica é afastada permanecendo a medida do afeto (BORGES, 2005, p. 213). Já para o doador o consentimento significa apenas contribuir, de maneira anônima, para aquela reprodução não cabendo nenhum direito ou obrigação sobre a criança (BORGES, 2005, p. 213).

Nos casos de reprodução assistida heteróloga a filiação vai se dar em relação ao pai jurídico, mesmo que o aspecto biológico não esteja presente, aqui não se admite a retratação do consentimento esse não poderá ser impugnado após a implantação do óvulo, chamando atenção somente aos casos de divórcio ou separação da união estável, nesse caso seria admitida a retratação desde que ocorra antes da implantação do óvulo (DIAS, 2015, p. 402-403).

Nesses procedimentos se regulamenta que a identidade do doador deve ser anônima assim como a do casal, isso torna-se interessante para todos, porém mesmo que a identidade do doador seja revelada, os vínculos de maternidade e paternidade não são abalados, logo não cabe ao doador pretender direitos sobre aquela criança como também não se pode exigir do doador ou da doadora pagamento de pensão alimentícia em relação aquela criança por ser a mãe ou o pai biológico (BORGES, 2005, p. 214).

O princípio da paternidade responsável, oriundo da Constituição Federal, também será aplicado nos casos de reprodução assistida, com isso o vínculo jurídico será

consagrado assim como a responsabilidade parental desses sujeitos (BORGES, 2005, p. 216).

Em relação a inseminação caseira, nesse tema de filiação serão aplicadas as mesmas regras relativas a inseminação artificial heteróloga, visto que teremos uma situação semelhante, pois haverá um casal que pode ou não ser homoafetivo, e a criança apenas terá o DNA de um deles, a grande diferença é que a inseminação artificial heteróloga ocorre em uma clínica especializada onde são aplicadas as regras do Conselho Federal de Medicina quanto ao anonimato das partes, já a inseminação caseira vai ocorrer normalmente na residência do doador ou da receptora e não haverá o anonimato, ambos vão se conhecer e manter contato para combinar o rito da prática, da mesma forma esse doador não será parte da filiação, tendo apenas fornecido o material para a prática.

Concluindo, é necessário entender que o contexto social atual é pautado na afetividade, característica que deve prosperar em qualquer família independente do modo como ela tenha sido concebida.

## 5.2 DEVER DE REGISTRO?

A partir do registro de nascimento, é adquirida a parentalidade registral que terá presunção de veracidade (DIAS, 2015, p. 398). O registro no Brasil é gratuito e obrigatório, e servirá como prova da filiação, para que ele seja feito não é exigido vínculo genético, basta a declaração perante o Oficial de Registros Públicos, isso é posto reconhecendo que existem hipóteses diferentes de filiação (LÔBO, 2017, p, 228).

O reconhecimento voluntário de paternidade também pode ser realizado por escritura pública, escrito particular, por testamento e até por declaração feita ao magistrado, sendo essa declaração voluntária vão surgir para esse sujeito deveres e direitos perante a criança decorrentes do poder familiar (DIAS, 2015, p. 398).

As regras de registro funcionam da seguinte forma, se a mãe for casada constará no registro como pai o nome do marido devido a presunção *pater is est*, cabendo só ao próprio sujeito afastar essa presunção, no caso de união estável o companheiro só

será considerado pai se ele for o declarante, comparecendo ao registro sozinho ou acompanhado de sua companheira, e nos casos onde não há casamento ou união estável não será posto no registro o estado civil dos pais ou a natureza da filiação, porém é necessário que os dois compareçam para fazer o registro (LÔBO, 2017, p. 228-229).

O registro so poderá ser invalidado nos casos de erro ou falsidade, o primeiro se configura quando há um desvio na declaração no momento em que se vai fazer o registro, esse será imputado ao Oficial de Registro, já a falsidade é quando é dada uma declaração contrária a verdade (LÔBO, 2017, p. 231).

É considerado obrigatório a Declaração de Nascido Vivo (DNV), que é formada por um número de identificação gerado pelo Ministério da Saúde, tendo validade nacional até que seja feito o registro, nessa estará presente o nome do pai mas esse não gera presunção nenhuma e só será transmitido para o registro civil se ele assim declarar (LÔBO, 2017, p. 229).

Existe uma diferença entre conhecer a origem genética e a investigação da paternidade, em relação a primeira, como já foi dito, é um direito personalíssimo do sujeito logo uma criança que nasceu por meio da inseminação artificial heteróloga pode busca obter dados genéticos do doador para fins de direito da personalidade, já a investigação de paternidade é diferente, pois a paternidade é um estado de filiação que independe da origem genética (LÔBO, 2017, p. 230). Dessa forma, se uma criança é registrada como sendo filha de um sujeito isso não a impede de entrar com uma ação de investigação de paternidade para descobrir sua origem biológica (DIAS, 2015, p. 399).

O Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento de nº 63/2017, onde ele regulamenta como devem ser feitos os registros, trazendo os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana como bases da filiação e a possibilidade do parentesco ser estabelecido por questão afetiva e não biológica (BARANSKI, 2018, p. 1).

A seção III trata especificamente das técnicas de reprodução assistida, designando situações como a inseminação post mortem e a gestação por substituição, porém sem sombra de dúvida o ponto alto desse provimento foi o reconhecimento da multiparentalidade nos registros.

A multiparentalidade seria a possibilidade de no registro daquele sujeito constar mais de uma pessoa como mãe ou como pai (GALLO; GRACINDO, 2016, p. 251-252). Para que essa seja reconhecida, é necessário a existência de vínculo afetivo com mais de um pai ou mais de uma mãe, com o reconhecimento da posse do estado de filho os deveres familiares serão divididos entre essas pessoas (DIAS; OPPERMANN, 2015, p.3). Nesse provimento são dados aos casais homoafetivos que optam por essas técnicas a possibilidade de registrar a criança em nome dos dois, sem distinção entre maternidade e paternidade, com isso não há mais a necessidade da adoção unilateral por um dos companheiros.

A publicação desse provimento mudou a didática no registro, antes disso os casais homoafetivos por exemplo não conseguiam registrar os filhos em nome de ambos, logo quando era um casal homoafetivo feminino a criança era registrada no nome da mãe que a gestou e a outra deveria recorrer ao processo de adoção, nos casos de casais homoafetivos masculinos os dois precisavam realizar a adoção (GALO; GRACINDO, 2016, p. 254).

Em relação ao casal heterossexual qualquer um dos dois pode ir fazer o registro, e o provimento não faz distinção entre inseminação artificial homóloga e heteróloga.

Sobre a inseminação doméstica, embora o doador não seja anônimo ele, na maior parte das vezes, não possui a intenção de figurar com pai para aquela criança nem a vontade de assumir esse papel, logo ele não constaria no registro dessa, por outro lado existem casos em que a mulher pede para registrar o doador como pai, nesse caso se ele permitir gera uma situação complicada pois com o registro surgem deveres e direitos em relação aquela criança, sendo um deles o da guarda, sustento e educação. Por outro lado, também tem as situações de mulheres que fazem um contrato que deve ser assinado pelo doador onde ele renuncia à paternidade, porém esse contrato carece de eficácia visto que pode ser contestado judicialmente.

### 5.3 PENSÃO ALIMENTÍCIA

O termo pensão alimentícia decorre da expressão alimentos, que aqui é considerada no seu sentido jurídico, essa corresponde ao número de parcelas necessárias para manter a vida digna do sujeito, essa ideia está fundada nos princípios da dignidade

da pessoa humana, princípio basilar do ordenamento brasileiro (PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2015, p. 690). Os alimentos surgem quando a pessoa por si só não consegue se manter ou quando há a ruptura de uma relação conjugal, quando esses alimentos são dados em dinheiro se fala em pensão alimentícia (LÔBO, 2017, p. 365).

No caso do rompimento das relações familiares, o pagamento de alimentos decorre do poder familiar, como o divórcio não extingue os laços de parentesco, cabe aos pais continuarem a se unir para garantir o sustento de sua prole, isso concretiza o dever de mútua assistência que se inicia durante a convivência e continua mesmo após seu rompimento (DIAS, 2015, p. 559).

Nessa relação vão haver dois sujeitos, inicialmente se fala nos alimentandos que são aqueles sujeitos que não estão em condições de se sustentar por meio próprio, e os alimentantes que são os devedores que se encontram obrigados a fornecer os alimentos no limite de sua capacidade e da necessidade do alimentado (LÔBO, 2017, p. 374).

Os alimentos possuem algumas características, eles são personalíssimos logo não podem ser transferidos a outrem, ser objeto de cessão, compensação ou serem penhorados, além disso eles também são solidários pois levam em consideração o valor que pode ser pago, há a possibilidade de chamar outros sujeitos para contribuírem com esse pagamento, se fala também na reciprocidade pois essa obrigação será recíproca entre os cônjuges pois cabe aos dois o dever de assistência, logo irá arcar com o pagamento desses alimentos o cônjuge que tiver condições para isso, mas se futuramente a situação mudar essa sistemática também pode ser alterada, também tem a característica da periodicidade, ou seja, seria estabelecer o lapso temporal em que os alimentos seriam adimplidos, tem também a característica da irrenunciabilidade, pois não se pode desistir da ação de alimentos enquanto os filhos forem menores (DIAS, 2015, p. 561-571).

Para fixação dos alimentos, deve ser levada em consideração os critérios de necessidade, possibilidade e razoabilidade, não pode ser estabelecido um valor mínimo ou máximo de pensão alimentícia pois essa deve ser fixada levando em consideração não só a necessidade do menor como também a capacidade econômica do devedor (PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2015, p. 691-692).



Em linhas gerais, quando o pagamento de pensão é entre pai e filho ele pode ocorrer de duas maneiras, a primeira é quando os alimentos são pagos até que o sujeito alcance a maioridade podendo ser estendido até que o filho complete vinte e nove anos e outra possibilidade é quando os alimentos são pagos de modo vitalício, perdurando por toda maioridade, serão titulares dessa obrigação os ex-cônjuges ou ex-companheiros devido a relação de parentesco (LÔBO, 2017, p. 374).

Importante ressaltar que se a pessoa que deve alimentos em primeiro grau não puder sozinho suportá-los podem ser chamados a concorrer com ele seus parentes mais próximos, para que isso ocorra o sujeito deve comprovar sua incapacidade (DIAS, 2015, p. 588). Essa substituição não será definitiva, se o primeiro legitimado tem uma melhora de suas condições ele volta a ser responsável pelo pagamento e os demais parentes ficam desobrigados (LÔBO, 2017, p. 378).

Para isso será estabelecida uma ordem de preferência, essa será baseada no parentesco e o parente de grau mais próximo antecede o de grau mais distinto, logo inicialmente estão os pais do alimentando, depois os avós e se esses não puderem os irmãos (LÔBO, 2017, p. 377-378).

Nos casos de filhos gerados por reprodução assistida nada muda, em caso de separação do casal ou dissolução da união estável o pagamento de pensão alimentícia continua sendo devido, mesmo nos casos em que o sujeito não é pai biológico da criança, o que vai preponderar é a relação de parentesco que atualmente se regula pelo afeto, além disso ela se baseia também pelo nome da pessoa constante no registro da criança.

A situação da inseminação caseira é parecida com a da reprodução assistida, pois aqui são os pais da criança que devem arcar com a pensão, mesmo o doador sendo conhecido se ele não estiver no registro da criança ele não será chamado, porém se o nome dele estiver no registro ele será obrigado a realizar o pagamento pois haverá vínculo biológico entre eles.

## 5.4 QUESTÕES SUCESSÓRIAS

A sucessão é um instituto que se opera com a morte, essa ocorrendo dá início ao processo de sucessão, esse tem início quando se observa se o de cujos deixou um testamento ou não.

Tendo em vista que no Brasil por uma questão cultural, as pessoas não têm costume de deixar testamentos, havendo a morte opera-se a sucessão legítima. Essa sucessão surge a partir de uma omissão do de cujos, se entende que a consequência dessa omissão seria a vontade do sujeito reservar aos seus familiares, em ordem de proximidade, os seus bens no momento de sua morte (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 260).

Porém para que essa sucessão ocorra, deve ser respeitada uma ordem de vocação hereditária que é estabelecida pelo Código Civil de 2002 em seu art. 1.829, onde os descendentes são os primeiros podendo concorrer com os cônjuges a depender do regime de bens, depois vem os ascendentes, o cônjuge sobrevivente e os colaterais até o quarto grau, todos esses são herdeiros legítimos.

Porém dentro desse conceito existe uma sub-divisão, logo a sucessão legítima será composta por herdeiros necessários e por herdeiros facultativos. Os herdeiros necessários, são aqueles que não podem ser excluídos da sucessão, sendo beneficiados obrigatoriamente, retirando do sujeito a liberdade de dispor sobre eles, esses são representados pelos descendentes, ascendentes e pelo cônjuge ou companheiro (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 58). Já os herdeiros facultativos, são aqueles que podem ser excluídos da sucessão conforme a vontade do titular do patrimônio, essa possibilidade preserva o direito do autor de dispor sobre seu patrimônio livremente, são herdeiros facultativos os colaterais até o quarto grau (CHAVES, ROSENVALD, 2017, p. 58).

Se fala da legítima, essa corresponde a um percentual de cinquenta por cento da herança que deve obrigatoriamente ser reservado, caso houver herdeiros necessários o titular não pode por meio de testamento dispor de todo seu patrimônio, pois a lei busca assegurar a mínima subsistência desses herdeiros e acaba restringindo a autonomia privada desse sujeito (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 263).

Por outro lado, existe também a sucessão testamentária, essa irá ocorrer nos caso em que o autor ao falecer deixar um testamento considerado válido pela lei, essa sucessão pode coexistir com a sucessão legítima.

Essa sucessão confirma o poder de testar do sujeito, que seria a possibilidade de dispor dos seus bens por meio de um instrumento formal nomeado testamento, aqui ele vai direcionar esses bens exercitando sua autonomia para momento póstumo (PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2015, p. 256).

Vele ressaltar que o sujeito só poderá dispor de todo seu patrimônio no testamento quando não houver herdeiro necessário, caso contrário o direito à legítima deve ser respeitado (PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2015, p. 256). Logo a sucessão legítima é subsidiária, pois só irá prevalecer quando não houver testamento ou se ele for inválido ou caduco (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 264).

Se fala também do art. 1.798 do Código Civil de 2002, que traz aquelas pessoas que tem legitimidade para suceder, são elas as pessoas nascidas ou já concebidas, porém foi feita uma extensão a essa regra pelo art. 1.799 que concede legitimidade para a prole futura, a pessoa jurídica e as fundações (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 406).

O testamento possui algumas características, a primeira é sua unilateralidade ou seja ele deve ser feito pelo autor sozinho, se fala também da revogabilidade ou seja ele pode ser renovado e revogado a qualquer tempo, também tem a solenidade que é a forma que deve ser adotada no momento de sua elaboração e por fim a gratuidade (PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2015, p. 263-265).

Além disso o testamento pode ser usado para outras finalidades além da disposição do patrimônio, o Código Civil indica algumas delas como: a deserdação de um herdeiro necessário, a nomeação de um testamentário ou de um tutor, para reconhecimento de um filho ou até para concessão de perdão expresso nos casos de indignidade (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 385). Para além dessas disposições, o testamento também pode tratar sobre questões existenciais que desrespeitem a esfera pessoal do testador, a isso se dá o nome de função promocional do testamento, uma das coisas que podem ser tratadas aqui é justamente a destinação de material genético para uma inseminação homóloga *post mortem* (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 387).

Quando os herdeiros são gerados por uma técnica de reprodução humana assistida homóloga as regras da sucessão continuam as mesmas e devem seguir o art. 1.597 do Código Civil de 2002, esse possui a seguinte redação:

Art. 1.597. 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 subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Nesse artigo estão presentes os herdeiros necessários que estarão presentes na sucessão legítima, ou seja, as regras serão as mesmas, isso é importante pois retira qualquer aspecto preconceituoso que possa haver sobre as crianças concebidas por meio dos tratamento de reprodução assistida.

Vale ressaltar que nos casos de inseminação artificial heteróloga, o doador embora pai biológico, não terá qualquer dever ou obrigação com aquela criança, de modo que não será criado vínculo de herdeiro, em relação ao pai jurídico se ele não autorizar a realização da inseminação heteróloga, os deveres e obrigações que ele teria com a criança deixam de existir.

Atualmente há a possibilidade da inseminação artificial ocorrer *post mortem*, isso se dá em razão da evolução das técnicas de reprodução assistida e de criopreservação do material genético, e é uma das questões mais controversas sobre esse tema (LEVY, 2011, p. 37).

A dignidade da pessoa humana é princípio regulados das relações de família e uma das suas facetas é justamente a ideia do planejamento familiar, esse não se restringe apenas a decisão do casal de quantos filhos eles pretendem ter ele vai além determinando que devem ser fornecidos a esse criança os meios necessários para seu pleno desenvolvimento (DELFIN, 2011, p. 11).

Como em toda matéria existem algumas questões que geram certas controvérsias, no direito sucessório uma delas é relativa à sucessão dos filhos havidos pela inseminação artificial homóloga *post mortem*, aqui como se fala em inseminação homóloga é certo que o material biológico usado será daquele casal, sem a participação de nenhum doador.

Sobre esse tema a doutrina se divide em duas correntes, uma delas entende que seria possível face a utilização do art. 1.597, III do Código Civil enquanto a outra parte entende que não seria possível (LEVY, 2011, p.37).

Se entende que que na inseminação homóloga como o pai biológico também é o pai jurídico, deveria ser invocado o entendimento constitucional da igualdade dos filhos para que todos esses fossem igualmente considerados, à época da sucessão (DELFIM, 2011, p. 12). Quem não concorda com esse entendimento se vale do art. 1.798 do Código Civil de 2002, esse tem a seguinte redação: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, logo se entende que se o filho for havido após a abertura da sucessão não poderia ser incluso nessa como herdeiro legítimo apenas como herdeiro testamentário, salvo os casos de concepção prévia (DELFIM, 2011, p.12).

Aqui haverá o confronto de duas normas, uma delas é o art. 1.597, III, do Código Civil de 2002, essa prevê que os filhos tidos por meio da inseminação artificial homóloga são considerados concebidos na constância do casamento mesmo que falecido o marido, e a outra é a do art. 1.798 do mesmo dispositivo (DELFIM, 2011, p. 13). Desse modo, não se concorda com a realização da cessão de direitos onde se reconheceria a filiação, mas seria negado o direito sucessório, se entende que o art. 1.798 do Código Civil deve ter sua interpretação renovada à luz das técnicas de reprodução assistida, podendo trazer uma exceção que abarcaria apenas os casos em que houvesse inseminação artificial homóloga *post mortem* (DELFIM, 2011, p. 14-15).

Outro ponto de discordância é sobre o tipo de sucessão que esse herdeiro estaria submetido, o art. 1.799, I, do Código Civil prevê que: “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I- os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”, se entende que nos casos de inseminação homóloga *post mortem* os herdeiros seriam testamentários, porém se usa o princípio da igualdade entre os filhos para invalidar esse entendimento, por acreditar que esse filho deve fazer parte da sucessão legítima, até por uma questão cultural de no Brasil não ser muito comum as pessoas realizarem o testamento (DELFIM, 2011, p. 17-18).

Com base na Resolução de nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, no item V/3, no momento da criopreservação os pacientes devem por escrito manifestar sua vontade em relação ao destino desses embriões em várias situações, entre elas a

morte de um deles ou de ambos, isso leva a entender que se não houver consentimento expresso do marido a esposa não poderia optar por essa técnica de inseminação.

Porém, como se questiona a força vinculante dessas resoluções, o que se conclui é que o caso concreto deve ser analisado, a Lei de Introdução ao Código Civil dispõe em seu art. 4º que nos casos de omissão o juiz deve decidir a questão com base nos costumes, nos princípios e na analogia, ficando a cargo do ativismo judicial solucionar essa questão (DELFIM, 2011, p. 18).

Um questionamento válido é sobre como se daria a sucessão nos casos em que a criança é gerada pela inseminação caseira, nada do for dito aqui será definitivo visto que ainda não há legislação expressa tratando sobre o assunto.

Em relação a mãe, essa criança será herdeira necessária e se beneficiará com a sucessão legítima, vale ressaltar que o nome da mãe sempre estará presente no registro da criança nos casos de reprodução caseira, justamente porque parte dela esse desejo da maternidade.

O mesmo não pode ser dito em relação ao pai biológico, que nesse contexto será o doador de esperma, aqui depende muito do caso concreto, isso porque como houve uma doação não caberia a esse sujeito nenhuma relação obrigacional com a criança, mas existem situações onde a mulher pede para registrar a criança com o nome do doador e ele permite, isso gera uma situação perigosa pois com o nome dele no registro surgiria para o mesmo o dever de sustento da criança, o que efetivamente não acontece, essa questão registral é importante pois daqui se tiram as regras de sucessão, o registro trará consequências nessa seara.

A conclusão é que se o nome do doador estiver no registro da criança, ela se torna herdeira necessária podendo se beneficiar do seu patrimônio, e isso pode causar uma situação prejudicial aos filhos do doador, já que para a legislação, que não regula esse procedimento da inseminação caseira, o cenário será apenas de filhos de mães diferentes e sobre eles deve prevalecer a igualdade. Por outro lado, no caso de morte dessa criança, o doador pode ser beneficiado na figura de ascendentes, desde que à época da morte o sujeito não tenha filhos ou cônjuge/companheira, isso também geraria uma situação injusta, visto que o doador não tem intenção de assumir a

paternidade, muito menos de participar da vida dessa criança, não devendo ser beneficiado com seu patrimônio.

## 5.5 A IMPOSSIBILIDADE DA VENDA DO SÊMEN E DO ÓVULO NO BRASIL

O ordenamento brasileiro trata o ser humano como valor fundamental conferindo-o especial proteção, em alguns pontos pode haver um choque entre a proteção imprimida pelo Estado a esse ser e sua autonomia em regular sua vida e suas relações como bem entende, um desses pontos é justamente a disposição sobre as partes do seu corpo, nesse caso a legislação brasileira concluiu por limitar a autonomia do sujeito estabelecendo restrições para essa disposição (ROSA; FERREIRA; ZAGANELLI, 2018, p. 218).

O primeiro ponto de restrição, se encontra no art. 199, § 4º da Constituição Federal de 1988, que proíbe a venda ou comercialização de material biológico, tecidos e outros órgãos, essa proibição tem como objetivo evitar a comercialização do próprio ser dando origem a um comércio baseado na venda de partes do corpo humano.

Outras limitações se encontram no Código Civil de 2002 nos art. 13 e 14, que em suma dispõe que poderá haver a doação de órgão e material biológico, mas que essa doação não pode importar diminuição permanente da integridade física, ou seja não será permitido nenhum procedimento que possa causar algum dano ao sujeito aqui pode-se falar em dano estético, psicológico ou físico (ROSA; FERREIRA; ZAGANELLI, 2018, p. 219).

Em relação a doação de óvulos e de sêmen, há um vazio legislativo, restando apenas as Resoluções do Conselho Federal de Medicina para regulamentar essas práticas, porém existe todo um questionamento sobre a força normativa dessas resoluções, tendo em vista que elas só seriam obrigatórias para os médicos. A Resolução de nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina trata sobre essa doação em seu ponto IV/1 regulamentando justamente que essas não podem ter caráter lucrativo.

Sobre a doação de óvulos, esse é essencial para o processo de reprodução, porém encontra-se no corpo feminino em quantidade pré-determinado e com o passar do tempo sua fertilização se torna mais complicada, atualmente isso vem acontecendo

com muitas mulheres, com sua emancipação e entrada no mercado de trabalho o desejo de ser mãe foi sendo postergado e com isso sua realização se tornou mais complicada (ROSA; FERREIRA; ZAGANELLI, 2018, p. 225).

Nesse contexto as técnicas de reprodução assistida foram de grande ajuda, pois reviverem esse sonho em muitas mulheres, e a doação de óvulos entra nesse momento, ela deve ser um procedimento gratuito baseado na ideia de altruísmo, porém para que uma mulher possa ser doadora de óvulos ela inicialmente tem que se submeter a diversos exames físicos e psicológicos, passar por uma estimulação hormonal que pode vir acompanhada de vários riscos e por fim, o procedimento cirúrgico para a retirada dos óvulos, essa complexidade torna o número de adeptas à doação menor, pelo receio e pelos possíveis riscos (ROSA; FERREIRA; ZAGANELLI, 2018, p. 225).

Devido a essa dificuldade de achar doadoras e a grande demanda para utilização dessas técnicas, muito países passaram a permitir a venda desse material, ou o pagamento de uma compensação financeira a mulher pelo seu sacrifício (ROSA; FERREIRA; ZAGANELLI, 2018, p. 226).

Em relação aos espermatozoides, os homens também vêm sofrendo com a redução da sua quantidade e qualidade, o que leva muitos casais a recorrerem a tratamentos de inseminação artificial heteróloga, a doação de esperma é mais fácil de ser realizada e diferentemente da mulher ele não está em quantidade limitada no corpo do homem, devido a isso já existe uma doutrina que entende que por ser algo descartável do corpo, que não vai causar nenhuma diminuição ou redução ele poderia ser comercializado, desde que houvesse a aceitação do doador (ROSA; FERREIRA; ZAGANELLI, 2018, p. 228).

Porém no Brasil essa prática não é permitida, sendo possível apenas a doação de esperma, que será regulada pela Resolução de nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.

Em ambas as doações é necessário ressaltar que quando ela é feita para clínicas especializadas haverá a proteção da identidade do doador, isso é muito importante e confere mais segurança jurídica para esse contrato firmado, as únicas informações do doador que serão repassadas para o casal será referentes ao quadro clínico, origem da família e os fenótipos (ROSA; FERREIRA; ZAGANELLI, 2018, p. 228).



O procedimento de reprodução assistida heterólogo é onde serão usados as doações de óvulos ou de sêmen para sua realização, nesses casos há que se ressaltar a autonomia das partes em dispor do seu corpo, tanto do casal que vai se submeter aquele procedimento quanto do doador de sêmen ou da doadora de óvulos, com base nisso se entende que essa interação por ser guiada pela autonomia privada e vai dar origem a vários negócios jurídicos, como por exemplo o contrato do casal com a clínica de reprodução, o contrato do doador de sêmen com a clínica, o contrato onde a mulher autoriza a intervenção em seu corpo entre outros (BORGES, 2005, p. 212).

Logo para realização desses procedimentos é necessário que as partes assinem o termo de consentimento livre e esclarecido, essa assinatura implica dizer que as partes compreendem o que está acontecendo, como o procedimento será feito incluindo seus aspectos médicos (ROSA; FERREIRA; ZAGANELLI, 2018, p. 227).

Em relação a inseminação caseira não há nenhuma regulamentação, os doadores mais conhecidos afirmam que não cobram pelo sêmen, mas que cobrar pela hospedagem da receptora em sua casa, ou pelas despesas com viagem e hospedagem quando a receptora moram em outro estado, logo aqui também não haveria venda do sêmen mas haveria algum tipo de pagamento, como há nas clínicas de reprodução assistida, afinal quando uma mulher realiza um procedimento de inseminação artificial heteróloga embora ela não pague pelo sêmen que é doado, ela paga pelo procedimento, pela equipe médica que a acompanha, pelos exames feitos e pelo ambiente em que o procedimento será realizado.

## 5.6 OS RISCOS À SAÚDE DA MULHER

A inseminação caseira é uma técnica de reprodução doméstica, apesar de ainda não ser muito conhecida ela já foi adotada por várias mulheres por todo o Brasil, elas tem em comum o sonho de ser mãe e alguma condição que as impede de realizar esse sonho pelos modos naturais, as vezes é uma mulher em busca de uma produção independente, ou um casal de mulheres homoafetivo, as vezes até um casal heterossexual onde o homem possua algum problema de fertilidade, além disso outra característica em comum entre essas pessoas é a impossibilidade de arcar com a realização desses procedimento em clínicas especializadas, devido ao alto custo.

Por isso essas mulheres se submetem a essa prática, em busca de sua realização pessoal, porém acabam arriscando sua saúde em prol dessa.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) editou uma portaria, publicada no dia 06/04/2018, tratando sobre a reprodução caseira, além de explicar como essa é realizada ele tenta alertar as mulheres que cogitam optar por essa prática sobre os seus riscos, a primeira delas é justamente o fato da inseminação caseira ocorrer fora de um sistema de saúde, que seja estéril, com profissionais especializados, essa costuma ocorrer em casa ou em um hotel e é feita por pessoas leigas.

Além disso, não há nenhum tipo de avaliação do esperma coletado, numa clínica de reprodução assistida há um banco de esperma, onde esse é selecionado e estudado para que seja analisado se não há nenhuma doença ou risco para a mulher que vai recebê-lo, mas na inseminação caseira não há esse cuidado, embora os doadores apresentem exames que comprovam que eles não possuem nenhuma doença sexualmente transmissível nem sempre esses exames estão atualizados, além de não serem suficientes para garantir que não haverá riscos nessa prática, pois não haverá fiscalização de nenhum órgão e nenhuma triagem será feita com aquele material, doenças como Hepatite B e C, Zika vírus e HIV podem facilmente ser transmitidas (ANVISA, 2018, p. 01).

A ANVISA também alerta para o espécule e o cateter usado para introdução do esperma, esses podem facilmente ser contaminados por bactérias e fungos presentes no local e no ar, fora o fato de não ser recomendado inserir um material no corpo da mulher que não passou por uma triagem prévia (ANVISA, 2018, p. 01).

Logo a principal recomendação da ANVISA e que se procure um profissional antes de optar por essa técnica, para que ele possa expor todos os riscos que podem ser causados a mulher e também ao bebê, além de certificar que a fiscalização dessa prática está fora de sua competência (ANVISA, 2018, p. 01).

É nesse momento que se entra em um conflito entre pagar um alto preço para uma clínica onde há certezas sobre a procedência do procedimento ou optar por um espera aparentemente sem custo, negociado online e que pode trazer riscos à saúde da mãe e até da criança (ROSA; FERREIRA; ZAGANELLI, 2018, p. 229).

## 5.7 A INTERPRETAÇÃO ADEQUADA DA CONDUCTA

O contrato pode ser definido como um ato jurídico, bilateral, que depende de no mínimo duas pessoas que devem manifestar sua vontade, com objetivo de criar, alterar ou até extinguir direitos de cunho patrimonial (TARTUCE, 2019, p. 2). Para que esse contrato exista no mundo jurídico, ele deve ter objeto lícito e ser permeado pela boa-fé objetiva, função social e os bons costumes (TARTUCE, 2019, p. 2).

Quando uma mulher ou um casal vai em busca de um tratamento de reprodução assistida, para que esse ato seja formalizado é realizado um contrato, aqui teremos um contrato de prestação de serviço por meio do qual a clínica vai realizar o procedimento de inseminação escolhido pelo casal, esse contrato vai ser regulado pelo Código de Defesa do Consumidor pois é possível verificar a existência de um “fornecedor” e de um consumidor final. Logo mesmo que não haja uma legislação específica tratando sobre esse contrato, se entende que ele produz efeitos no mundo jurídico, visto que é permitido a atuação dessas clínicas assim como a autonomia da mulher em escolher se submeter a esse procedimento.

Em relação à prática da inseminação caseira, em um primeiro olhar ela poderia ser comparada ao contrato de doação, esse consiste em um doador transferir para outrem bens ou vantagens decorrentes de seu patrimônio, sem a necessidade de qualquer remuneração, seria um ato baseado na liberalidade, gratuito e unilateral, aqui existe um questionamento se seria necessária a aceitação do donatário, se entende que a aceitação pode se dar de forma expressa ou tácita, a doação pode acontecer em inúmeras situações e ser feita sob termos ou condições (TARTUCE, 2019, p. 377-379).

Porém, para Ana Thereza Meirelles (2019), na inseminação caseira estaríamos diante de um contrato precário, esse é formado por duas partes o doador e a mulher receptora, e por meio desse contrato, muitas vezes verbal eles decidem realizar uma inseminação caseira, essa não possui regulamentação normativa, é informal e não estabelece garantias para nenhuma das partes, não podendo ser comparado a um contrato de doação.

Logo esse contrato não prova nada, e vai gerar uma relação de filiação somente do ponto de vista biológico, pois o doador não vai ter nenhum tipo de relação afetiva com

essa criança, é preocupante pensar que a filiação, matéria de ordem pública, possa surgir como consequência desse contrato.

Como já foi dito anteriormente, a inseminação caseira surge justamente porque há uma grande demanda de pessoas que querem ter acesso as práticas de reprodução assistida, mas não possuem poder aquisitivo, com isso essas partes se inserem numa situação de contrato precário que pode gerar inúmeras implicações no meio jurídico.

No Brasil o Sistema Único de Saúde (SUS) oferece gratuitamente os tratamento de reprodução assistida, porém isso não ocorre de maneira efetiva pois são poucos os estados que possuem clínicas filiadas, fora que as listas de espera são enormes (ARINS, 2018, p. 20).

De modo que se essa situação vinher a ser judicializada não haverá provas de que ali houve uma inseminação caseira, só haverá a questão da filiação, logo o magistrado será guiado pelo melhor interesse da criança, e se ele decidir que o doador deve reconhecer a paternidade e assumir as despesas daquela criança é o que ele terá que fazer.

Um dos maiores problemas da inseminação caseira é justamente a questão do não anonimato do doador, esse problema não subsiste na reprodução assistida pois embora não haja vasta matéria legislativa sobre esse tema, o Conselho Federal de Medicina tem uma regulamentação e estabelece como requisito o anonimato do doador, tendo como objetivo justamente evitar as situações em que um sujeito que apenas doou seu sêmen para uma clínica, tenha que assumir a paternidade por uma criança que ele não desejou e que ele não possui nenhum tipo de vínculo afetivo, parâmetro atual para estabelecer a filiação.

Na inseminação caseira como o doador é conhecido e a prática é totalmente informal, não haverá prova sobre o que aconteceu, a mulher pode ir pra justiça e alegar que teve um relacionamento com o doador e que desse resultou a criança e que ele nunca a registrou ou pagou pensão, nesse caso o doador não terá meios para provar que houve um procedimento de inseminação doméstica e não um ato sexual entre ele e a mulher, outra situação é a mulher redigir um contrato onde o doador abra mão da paternidade da criança e ele posteriormente decidir questionar esse contrato judicialmente, ou seja a questão de saber a identidade do doador gera inúmeras situações que se judicializadas não poderão ser comprovadas.

## 6 CONCLUSÃO

A sociedade brasileira era baseada no modelo do patriarcado, nesse contexto, o homem possuía todo poder e todas as decisões cabiam somente a ele, no âmbito familiar isso não era diferente, inicialmente o casamento era o único meio de constituição familiar e a mulher logo que casava assumia o débito conjugal, que seria os deveres que ela tinha dentro do casamento que se limitavam à reprodução e a criação dos filhos.

A mulher nesse época, se encontrava em uma posição de inferioridade em relação à classe masculina, no casamento ela deveria ser submissa e cumprir com as ordens do marido, além disso deveria ter quantos filhos ele desejasse e criá-los com base nas ordens dele, ou seja ela não tinha poder nem sobre seu próprio corpo.

Com a reprodução sendo essencial não só por uma questão de transmissão da genética mas também por uma questão de mostrar a sociedade a virilidade daquele homem, as mulheres que por algum motivo não conseguiam engravidar viviam uma situação complicada, elas eram estigmatizadas e sentiam que sua feminilidade estava sendo violada, como uma de suas poucas funções era a de reproduzir a possibilidade de ser estéril lhe trazia verdadeiro desespero, como se ela estivesse falhando no seu papel de esposa, em algumas situações isso era causa para o marido devolver a esposa ao seu pai.

Esse contexto se postergou por muitos anos até que se iniciou uma revolução feminina, conhecida pelo movimento do feminismo, nesse momento ocorreu a emancipação da mulher, gerando várias mudanças no modelo social vigente, o patriarcado continuou a existir, mas seus moldes foram enfraquecidos.

Nesse momento, a mulher se torna dona de si, ditando seu modo de vida, e passando a ter controle sobre seu corpo e atuando como bem entende. Com a chegada dos anticoncepcionais, a mulher passou a decidir quando engravidar e se ela queria isso ou não, com sua emancipação ela saiu de casa para trabalhar fora passando a ajudar o marido a pagar as contas, ela passou a ter poder e opinião dentro de casa passando a exercer o poder parental de maneira igual ao homem e o casamento deixou de ser o único regime a ser aceito, ainda que fosse o mais adotado.

Com isso também foram criadas as técnicas de reprodução assistida, gerando mais uma grande revolução, pelo simples fato da mulher poder engravidar independentemente do homem, ganhando emancipação total na seara reprodutiva. Essa criação também foi muito importante para as mulheres que sofriam por algum tipo de infertilidade, pois elas passaram a ter uma alternativa para realizar seu sonho de ser mãe.

Embora tenha um lado muito positivo, o surgimento dessas técnicas também gerou uma situação de desigualdade, pois como toda inovação elas tinham valores muito altos, o que gerava uma segregação entre mulheres de classe alta que podiam dispor dessas e as mulheres de classe média/baixa que não teriam acesso pois não podiam pagar, isso trouxe uma situação de desigualdade. O Estado motivado por essa situação, disponibilizou esses tratamentos para serem feitos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), porém, essa política carece de efetividade, pois são poucos os hospitais filiados que realizam essa prática, em alguns estados elas não são possíveis e a fila de espera é enorme, muitas vezes chegando a durar mais de cinco anos.

Logo a desigualdade que existia, permaneceu, muitas mulheres de baixa classe passaram a doar seus óvulos para clínicas de reprodução e em troca conseguiriam o tratamento de graça, isso contraria a ideia de gratuidade envolvida na doação pois embora não haja proveito econômico ela receberá algo em troca.

Outra opção encontrada foi justamente achar alguém que quisesse doar seu sêmen, e daí surgiu a inseminação caseira, essa é uma prática nova, difundida em grupos nas redes sociais onde alguns homens oferecem seu sêmen para doação por meio da inseminação caseira, esses homens citam sua aparência física e se a mulher se interessar ela entra em contato, a reprodução caseira é quase sem custo e não é necessário prática de ato sexual para que ela aconteça.

Por meio da inseminação caseira a o doador em um quarto irá coletar seu sêmen que será dado a receptora para que ela se auto insemine, ou seja ela própria vai fazer a transferência do material ou poderá contar com a ajuda de alguém nesse processo, ela deve permanecer com as pernas levantadas durante algum tempo e depois deve esperar para ver se o procedimento funcionou.

Essa prática é extremamente perigosa sob vários pontos de vista, inicialmente a questão da saúde como já foi dito ela é realizada em ambiente não-estéril e por

peças leigas. Também existem outras implicações jurídicas, como já foi exposto, qual sejam a questão da sucessão, do registro, do pagamento de pensão alimentícia, da constituição da filiação e a impossibilidade de venda do material biológico no Brasil.

Como a inseminação caseira é relativamente nova, ainda não há situações judicializadas, mas se entende que se essa prática continuar ocorrendo sem regulamentação a longo prazo pode haver muitos efeitos.

A conclusão que podemos chegar é que antes de buscar uma regulamentação para a inseminação caseira, o que se mostra uma necessidade frente a busca crescente por essa prática, e necessário regulamentar as técnicas de reprodução assistida como um todo, isso ocorre pois é uma prática que vem tendo uma demanda cada dia maior e ao seu redor ainda circundam muitas dúvidas e lacunas que não foram respondidas.

Embora exista as Resoluções do Conselho Federal de Medicina sobre o tema, essas não são suficientes para regular uma situação que hoje tem implicações em vários campos não se restringindo só a medicina, além disso até hoje ainda não há uma definição do alcance normativo dessas resoluções e de sua real eficácia.

Ainda sim resta necessário a criação de mecanismos no âmbito jurídico para regulamentação da reprodução assistida e da reprodução caseira que acabou surgindo como uma consequência dessa prática.

É certo que a legislação não consegue acompanhar a velocidade da evolução da sociedade uma prova disso são os poucos artigos trazido pelo Código Civil tratando sobre a reprodução assistida, mesmo essas técnicas já existindo há um longo período. Isso gera um cenário preocupante pois na prática a existência de lacunas normativas faz com que a sociedade recorra ao judiciário e esse acaba se valendo do seu ativismo para resolver as questões, porém esse ativismo pode ser prejudicial para algumas pessoas pois abre espaço para decisões contraditórias.

A proposta de regulamentação desse tema, seria feita por meio do Código Civil, posto que esse é o instrumento legislativo que tem poder de regulamentar as situações cíveis, porém essa regulamentação se iniciaria pela reprodução assistida e todas as suas implicações, passando em seguida para a inseminação caseira, já que essa última figura como um consequência da primeira .

Outro ponto importante é o respeito ao princípio da liberdade reprodutiva, esse deve ser observado no momento de criação desses dispositivos, esse princípio se funda na

ideia de autonomia da mulher em relação a disposição de seu corpo e vai ser importante tanto na reprodução assistida quanto na inseminação caseira.

Embora o Código Civil seja o dispositivo mais correto e eficaz para regularizar essas questões, o respeito aos direitos da intimidade e da liberdade reprodutiva devem ser respeitados, sob pena um retrocesso para a mulher.



## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Inseminação artificial caseira: riscos e cuidados**, 2018, p.1-2. Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/inseminacao-artificial-caseira-riscos-e-cuidados/219201?p\\_p\\_auth=KW0tL9KK&inheritRedirect=false](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/inseminacao-artificial-caseira-riscos-e-cuidados/219201?p_p_auth=KW0tL9KK&inheritRedirect=false) Acesso em : 17 out 2018.

AGUIAR, Mônica. **Respeito à Autonomia**: do direito civil à bioética. *In*: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (Orgs.). **Revisitando a teoria do fato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 397-404.

AGUIAR, Mônica Neves; MEIRELLES, Ana Thereza. Autonomia e a alteridade como fundamentos da construção do sentido de dignidade existencial diante do direito à vida. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador: Editora Evolução, v.13, jan/abr, 2018, p.123-147.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; SILVA, Mônica Neves Aguiar da. Prática médica e diretivas antecipadas de vontade: uma análise ético-jurídica da conformação harmônica entre os pressupostos autonomia e alteridade. **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**. Maringá, v.17, set/dez, 2017, p.715-739.

ARINS, Ana Claudia Budal. **Doação de material reprodutivo na reprodução assistida e possíveis reflexos na filiação**. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis. Orientador: Dr. Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier.

BARANSKI, Julia Almeida. **A paternidade socioafetiva no Provimento 63/2017 do CNJ**. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-19/tribuna-defensoria-parentalidade-socioafetiva-provimento-632017-cnj> Acesso em: 4 maio 2019.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e critério jurídico de paternidade na reprodução assistida. *In*: LOTUFO, Renan (Coord.). **Cadernos de Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, n.3, p. 315-334.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e critério jurídico de paternidade na reprodução assistida. **Revista do curso de direito das faculdades Jorge Amado**. Salvador, v. 1, 2001. p. 119-129.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. 1.ed. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOTTEGA, Clarissa. Liberdade de não procriar e esterilização humana. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**. Cuiabá: v. 09, nº 02, 2016, p. 43-64.

BRAGA, Maria da Graça Reis; AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida. Família: maternidade e procriação assistida. **Psicologia em estudo**. Maringá, v. 10, nº 1, jan/abr, 2005, p. 11-18.

BRASIL, **Código Civil de 2002**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm) Acesso em: 17 out 2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:  
[https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_14.12.2017/art\\_199\\_a](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_14.12.2017/art_199_a)  
sp Acesso em: 17 out 2018.

BRASIL. **Lei 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Fala sobre planejamento familiar. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm) Acesso em: 24 out 2018.

BRASIL. **Provimento 52/2016 do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em:  
<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3109> Acesso em: 25 fev 2019.

BRASIL. **Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em:  
<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380> Acesso em: 04 maio 2019.

BRASIL. **Resolução de nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)  
Acesso em: 31 out 2018.

BRASIL. **Resolução de nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)  
Acesso em: 30 abr 2019.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1454643 RJ 2014. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DJ 03 de março. 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178417344/recurso-especial-resp-1454643-rj-2014-0067781-5/relatorio-e-voto-178417366?ref=juris-tabs> Acessado em: 25 abr 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. Proc nº AI 70047263785. Agravante: Vagner Araújo dos Santos e Rosângela Cardozo Rodrigues. Agravado: Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Des. Francisco José Moesch. Rio Grande do Sul. DJ 09 maio/ 2012. Disponível em: <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21633925/agravo-de-instrumento-ai-70047263785-rs-tjrs/inteiro-teor-21633926?ref=juris-tabs> Acesso em: 24 out 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. Proc nº AI 70052703063. Agravante: Letícia Cardozo Decio e Município de Viamão. Agravado: Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Des. Eduardo Uhlein. Rio Grande do Sul. DJ 03 de jul/2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113048091/agravo-de-instrumento-ai-70052703063-rs/inteiro-teor-113048101?ref=juris-tabs> Acesso em: 24 out 2018.

BRAZ, Marlene; SCHRAMM, Fermin Roland. O Ninho vazio: a desigualdade no acesso à procriação no Brasil e a bioética. **Revista Brasileira de Bioética**. V. 1, nº 2, p.180-194.

BUCOSKI, Carolina Graciano; SILVEIRA, Rafael Alexandre. Políticas públicas de Reprodução Assistida e seus desdobramentos jurídicos. **Anuário de Produção de Iniciação Científica Discente**. São Paulo. V. XI, nº 12, 2008, p.297-325.

CAMPOS, Andrea Almeida. A mulher sob o casamento: Fidelidade e o débito conjugal – uma abordagem jus-histórica. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Editora Síntese, v. 62, out/nov, 2010, p. 216-240.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. 3ª ed. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, v. 7.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. 7ªed. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, v. 4.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. 9ª ed. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, v.6.

CHAVES, Marianna. Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADin 4277 pelo STF. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Editora Síntese, v. 66, jun/jul, 2011, p. 7-15.

DELFIN, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Editora Síntese, v.65, abr/maio, 2011, p. 7-20.

DINIZ, Maria Helena. 8ª ed. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. 10 ed. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. 12 ed. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. **Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir**. 2015, p. 01-10. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_13075\)MULTIPARENTALIDAD E\\_\\_Berenice\\_e\\_Marta.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDAD E__Berenice_e_Marta.pdf) Acesso em: 04 maio 2019.

FARIA, Alexandra Clara Ferreira; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Anonimização do doador e biobancos de reprodução assistida. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. Salvador, v. 4, 2018, nº 1, p. 103-122.

FRANÇA, Loreanne Manuella de Catro; DO AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos. **Aspectos éticos-jurídicos da reprodução humana assistida**. PublicaDireito. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=96055f5b06bf9381> Acesso em: 31 out 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. 5 ed. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, v. 6.

GALLO, José Hiran da Silva; GRACINDO, Giselle Crosara Lettieri. Reprodução assistida, um direito de todos. E o registro do filho, como proceder? **Revista Bioética**. V. 24, nº 2, 2016, p. 250-259.

GOGLIANO, Daisy. Autonomia, bioética e direitos da personalidade. **Revista de Direito Sanitário**. v. 1, nov. 2000, p. 107-127.

GONÇALVES, Carlos Roberto. 13 ed. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, v. 3.

GOZZO, Débora. Reprodução humana assistida e autonomia existencial da mulher. **Revista direitos fundamentais e alteridade**. Salvador, v. 1, nº 1, 2017, p. 23-42.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. Famílias Paralelas. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Editora Magister, v. 50, set/out, 2012, p. 5-21.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). **Direito Contratual temas atuais**. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 41-80.

IOP, Elizandra. Condição da mulher como propriedade em sociedades patriarcais. **Revista Visão Geral**. Joaçaba, v.12, 2009, n. 2, p. 231-250.

LEMOS, Vinícius. Os brasileiros que doam sêmen para inseminação caseira. **BBC News Brasil**, Cuiabá, 2017, p. 01-16. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205#orb-banner> Acesso em: 21 out 2018.

LEVY, Laura Affonso da Costa. Inseminação artificial *post mortem* e a reflexão constitucional. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Editora Síntese. v.65, abr/maio, 2011, p. 10-45.

LÔBO, Paulo. 7ª ed. **Direito Civil. Famílias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo, v. 108, 2013, p. 221-242.

MARTINS, Fernando Rodrigues. A afirmação feminina na igualdade substancial familiar. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.33, jan/mar, 2008, p. 97-109.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A disciplina jurídica do homossexualismo. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Editora Síntese, v.66, jun/jul, 2011, p.77-84.

MORI, Maurizio. Fecundação assistida e liberdade de procriação. **Revista Bioética**. V.09, nº 2, 2001, p. 57-70.

MOURA, Maria Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida, um pouco de história. **Revista Sociedade Brasileira de Psicologia Hospitalar**. Rio de Janeiro, v. 12, nº 2, dez, 2009, p. 23-42.

OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Distinção Jurídica entre união estável e concubinato. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Questões Controvertidas no direito de família e das sucessões**. São Paulo: Editora Método, 2005, p.239-260.

PINELA, Barbara; HAFIZ, Mariana; ZANFOLIM, Thainá. **Entenda a reprodução assistida: processos, história e desdobramentos**. Blog da disciplina de jornalismo especializado na UNESP. Disponível em: <https://jornalismoespecializadounesp.wordpress.com/2017/06/09/entenda-a-reproducao-assistida-processos-historia-e-desdobramentos/> Acesso em: 21 out 2018.

REQUIÃO, Maurício. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: proposta pela promoção da dignidade**. 2015. Tese (Doutorado em Relações Sociais e novos direitos) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia - UFBA, Salvador. Orientador: Profa. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges.

REQUIÃO, Maurício. **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

ROCHA, Bruna Vilela. **Reprodução Humana assistida aspectos éticos e jurídicos**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis (IMESA), Assis. Orientador (a): Lenise Antunes Dias de Almeida.

ROSA, Júlia Chequer Feu; FERREIRA, Laura de Amorim; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Disposição do próprio corpo: interesses comerciais à luz do ordenamento jurídico brasileiro. **Cadernos de Direito Actual**. Universidade Federal do Espírito Santo, v. 9, 2018, p. 217-234.

SANTOS, José Augusto Lourenço dos; FERREIRA, Gustavo Lana; COSTA, Italo Henrique Cupertino. Reprodução Assistida Heteróloga: o Direito em Desvendar as Origens Genéticas. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, São Paulo v. 1, n. 3, 2014, p. 01-21.

SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução assistida. A barriga de aluguel. A definição da maternidade e da paternidade. Bioética. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 13, 2010, nº 50, p. 348-367.

SOUZA, Wagner Mota Alves de. Direito à procriação, técnicas de reprodução medicamente assistida e a proibição do venire contra factum proprium- a inseminação artificial heteróloga e o comportamento contraditório do cônjuge ou companheiro (a). Revista Baiana de Direito. Salvador, v.04, jul/dez, 2009, p. 471-493.

STORER, Aline. Autonomia da vontade: a ficção da liberdade. **Revista Jurídica**. São Paulo: Notadez, v.363, jan. 2008, p.111-124.

TARTUCE, Flávio. 11ª ed. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2016, v.6.

TARTUCE, Flávio. 14ª ed. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2019, v. 3.

XAVIER, João Proença. Direitos Humanos e Bioética – Reprodução Assistida: inseminação e fertilização artificial. In: **VII Encontro Internacional COPEDI/ BRAGA**, Portugal, 2017.