

A FAMÍLIA NA PÓS-MODERNIDADE: ASPECTOS CIVIS E BIOÉTICOS

THE FAMILY IN POSTMODERNITY: THE CIVILIAN AND BIOETHICAL ASPECTS

Carlos Alberto Dabus Maluf*

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf**

Resumo:

A família na pós-modernidade se apresenta sob várias formas; a filiação recebeu novos contornos com o apogeu da biotecnologia, levando à uma mudança dos papéis familiares.

Palavras-chave: Família. Filiação. Biotecnologia.

Abstract:

The family in postmodernity presents itself in various forms, membership received new contours with the apogee of biotechnology, leading to a change in family roles.

Keywords: Family. Childhood. Biotechnology.

O homem, desde o início dos tempos, procurou mergulhar na gênese do universo criativo dos relacionamentos afetivos e suas diversas dimensões.

Na esfera cível, a formação da família e dos elos de filiação em suas diversas formas previstas na pós-modernidade, são fruto de intensa agitação social e cultural, que representam uma forma de prestigiar o amor em toda a sua dimensão. Isto porque, a família vem nesse limiar de modernidade, alçada sob novos valores e novas formas, tendo como ponto de partida a dignidade da pessoa humana, seus direitos personalíssimos e valorização de sua essência basilar constitutiva, onde o amor e a afetividade representam a pedra fundamental.¹

A biotecnologia veio revolucionar o conceito de filiação, sendo esta natural ou civil, com liame biológico ou-não, e assim, a importância do amor, transmutado em afetividade, vem ganhando cada vez mais respaldo legal. Ou seja, a socioafetividade, a vontade consciente e verdadeira de pertencer a determinado núcleo familiar, sobrepõe-se no mais vezes à verdade biológica.

* Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Professor Titular de Direito Civil na FDUSP. Conselheiro do IASP. Advogado em São Paulo.

** Mestre e Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Professora doutora de Direito Civil e biodireito do Centro Universitário UniFMU. Presidente da Comissão de Bioética do IASP. Advogada em São Paulo.

¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias amor e bioética*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012, p. 5 e ss.

A ética da sexualidade, passou a ser valorizada intensamente, com o deslocamento do eixo desta de eminentemente reprodutivo, para um *locus* onde se busca a satisfação e o prazer, não apenas corpóreo, mas da alma humana.

Nesse sentido, o respeito à manifestação das diversas formas de amor e afetividade, é importante para a formação integral do ser humano que, por sua vez, irá integrar uma família, em suas diversas modalidades, a qual representa o esteio de toda a sociedade, no sentido em que forma os cidadãos, fornece-lhe educação e substrato, bases fundamentais para o progresso da nação.

Assim, na pós-modernidade, valoriza-se acima de tudo a individualidade da pessoa humana. E desta forma, adotaram-se instituições mais flexíveis e abertas, que recusando as estruturas rígidas e uniformes, hierarquizadas do passado, fazem vigorar o ecletismo cultural, a informação, o estímulo das necessidades. Liberam-se assim os costumes valorizando-se a inclusão sobre a exclusão, tendo em vista a realização pessoal do indivíduo. Nesse sentido, a pós-modernidade “aparece como a democratização do hedonismo”.²

Desta sorte, o afeto vem sendo cada vez mais valorizado nas relações jurídicas. Apresenta-se como um elemento fundamental nas interações familiares.

Na concepção de Gisele Groeninga “o afeto entrou no mundo do direito através daquilo que anteriormente lhe era excluído: as relações de filiação e as relações homoafetivas”.³

De forma geral pensamos que além das questões envolvendo filiação e relação homoafetiva, a própria evolução do direito de família que reconhece como legítima outras modalidades de família anteriormente não-reconhecidas – a família formada na união estável e na monoparentalidade – em legítima presença da valorização da afetividade e do amor presente entre seus componentes.

Na atualidade, o Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja digna de reconhecimento judicial.

Assim, “os vínculos familiares baseiam-se no amor e no afeto, inaugurando uma nova ordem jurídica para a família, onde ao afeto é atribuído valor jurídico”.⁴

Diversas são as formas de agrupamento familiar que vem se descortinando na atualidade, vivendo, lado a lado com outras formas, mais tradicionais de configuração

² MIZRAHI, Mauricio Luis. *Família, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998, p. 62 e 63.

³ GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFam, 2004, p. 259 e 262.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 68.

de núcleo familiar, favorecendo desta forma, a auto-aceitação dos indivíduos e o desenvolvimento de sua personalidade.

Isto posto, temos que família no decorrer dos séculos, desempenhou um papel preponderante na vida do ser humano, uma vez que representava a forma pela qual ele se relacionava com o meio em que vivia.⁵

E pode, nesse sentido, ser entendida como um grupo social no qual se descobre um laço coesivo entre seus componentes, uma consciência de unidade, outrora denominada “consciência do nós”, como bem retratou Santiago Dantas.

Assim, “o estudo do direito de família deve começar por algumas noções de caráter sociológico, pois neste ramo do Direito Civil, sente-se o quanto as normas jurídicas são moldadas e determinadas pelos conteúdos sociais”.⁶

Muito importante também para definir a família é o momento histórico e cultural no qual está inserida. A face da família mudou no decorrer do tempo histórico “avançando e retrocedendo, conservando-se e alternando-se, reinventando-se, enfim, para buscar na atualidade, a recepção incondicional do ser humano, tendo em vista suas necessidades, possibilidades e preferências valorativas, contemplando como objetivo maior o pleno desenvolvimento da sua personalidade, potencialidades, em face da sua dignidade intrínseca, visando o alcance da felicidade e do bem-estar social”.⁷

Na lição de Fustel de Coulanges, “a origem da família não está na geração, no afeto natural, nem no nascimento, mas na religião doméstica que unia intrinsecamente todos os seus componentes. A religião fazia com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida”.⁸

A dificuldade em se definir a família, sempre existiu. Esboços de sua definição, entretanto, já se encontravam presentes desde os primórdios do Direito Romano. Naquele período o estado familiar do indivíduo era muito importante para determinar sua capacidade jurídica no campo de sua atuação no Direito privado.⁹

Concebem Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva que “desde logo evidencia-se a importância desse estudo, tão de perto ligado à própria vida. Dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da

⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.

⁶ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 3.

⁷ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Direito de família e das sucessões*, p. 3; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*, p. 3.

⁸ COULANGES, Fustel. *A Cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 36 e 37.

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 1.

maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social”.¹⁰

Para Paulo Nader “a organização da família se processa à luz de princípios e de regras oriundos dos vários instrumentos de controle social: a lei, a moral, a religião e as regras de trato social. O estatuto doméstico se forma, assim, pela intervenção do Estado e por disposições internas, captadas na moral, na religião e nas regras de trato social”.¹¹

O Direito de Família pode ser definido como o ramo do Direito Civil que estuda a família e seus institutos. Suas normas são normas de ordem pública, ou cogentes, dada a íntima relação que guardam com a pessoa humana, sendo portanto nula qualquer disposição que por ventura traga qualquer prejuízo a manutenção do equilíbrio familiar.

“O conceito de família, célula *mater* da sociedade, sofreu alterações de caráter ampliativo pela Constituição Federal, de 1988, e pelo Código Civil, de 2002, diferindo-se das formas antigas em face das suas finalidades, composição e papel de seus componentes em seu seio, com a mulher adquirindo os mesmos direitos que o marido”.

“Inovou desta forma, a atual Constituição Federal em reconhecer como entidade familiar não-só a família legítima constituída pelos laços matrimoniais, mas também aquela oriunda da união estável e da monoparentalidade, conferindo a estas um caráter de legitimidade”.

“Veda em seu art. 227 § 6º designações discriminatórias no tocante à filiação, no sentido que trouxe à luz a legitimidade entre todos os filhos, independentemente de seu nascimento ser fruto do casamento ou-não”.

Desta forma, analogamente, não poderia mais haver na família a qualificação de legítima ou ilegítima, sendo esta constituída de várias formas: pelo casamento, pela união estável ou pela monoparentalidade.¹²

Decorre desta concepção que, na atualidade a constituição da família transcende uma formalidade e finca-se como núcleo sócio-afetivo necessário à plena realização da personalidade de seus membros segundo os ditames da noção de dignidade da pessoa humana, sob os quais se forma o Estado, e a Carta Magna adota como princípio fundamental à luz do art. 1º, III.¹³

Desta forma, na moderna concepção da família esta se funda por um ato originário, seja o casamento, a união estável ou a filiação. A coesão entre seus membros,

¹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 1.

¹¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2010. v. 5, p. 19.

¹² MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*, p. 4.

¹³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*, p. 7.

o poder nela exercido e a durabilidade dessa coesão dão, nas palavras de Rui Geraldo Camargo Viana, “a conotação de verdadeira instituição”.

Apresenta a família, diversos caracteres peculiares: o *caráter biológico*, exteriorizando-se como o agrupamento natural do ser humano, criando diversos direitos e deveres entre os seus membros; o *caráter psicológico*, que se traduz pelo elemento imaterial, metafísico, espiritual que liga os seus componentes; o *caráter econômico*, por meio do qual o homem amparado em seu núcleo se mune dos elementos necessários para sua sobrevivência; o *caráter religioso*; o *caráter político*, pois, por ser a célula *mater* da sociedade, dela nasce o Estado, como preconizou Ihering; e o *caráter jurídico*, por ter a família uma estrutura interna que é regulada por normas jurídicas, como constituem-se as do Direito de Família.¹⁴

Vemos assim que na pós-modernidade, “a cara da família mudou. O seu principal papel, é de dar suporte emocional ao indivíduo foi substituída por um grupo menor, em que há flexibilidade e eventual intercambialidade de papéis e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos”.¹⁵

Está hoje consagrada, no entender de Rui Geraldo Camargo Viana, a família com pluralidade de tipos, que numa concepção moderna pode ser traduzida como uma realidade social.¹⁶

De forma sintética, a família pode ser entendida “como sendo o grupo de pessoas unidas por relação conjugal ou parental, permeada por afeto e interesses comuns, onde o homem inserido e protegido tem a possibilidade de desenvolver plenamente sua personalidade e potencialidades”.

O conceito de família tomou outra dimensão no mundo contemporâneo, estendendo-se além da família tradicional, oriunda do casamento, para outras modalidades, muitas vezes informais, tendo em vista o respeito à dignidade do ser humano, o momento histórico vigente, a evolução dos costumes, o diálogo internacional, a descoberta de novas técnicas científicas, a tentativa da derrubada de mitos e preconceitos.

Na síntese de nosso pensamento, advém daí a possibilidade de legitimação das novas modalidades de família, que, flexibilizando a rigidez conceitual desta em seu desenvolvimento histórico, adquire um caráter eminentemente social.¹⁷

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 12-14..

¹⁵ WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. Um novo conceito de família- reflexos doutrinários e análise de jurisprudência. In. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *Direitos de família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 83.

¹⁶ VIANA, Rui Geraldo Camargo Viana. A Família. In. *Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2009. p. 26-39.

¹⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 9.

Diversas são as formas de família que vigem na atualidade. O conceito tradicional mudou, abarcando formas novas. Podemos antever que o modelo prevalente de formação familiar é a família nuclear, ou seja, composta pelos pais e sua prole.

Os arranjos familiares obedecem a uma enorme gama de tipos a saber: família matrimonial, família formada na união estável, concubinária, monoparental, unilinear, homoafetiva, famílias recompostas, mosaico, pluriparental, anaparental, eudemonista, paralela, com suas peculiares repercussões no campo do Direito, tendo todas elas em comum o desejo de inserção e de proteção do ser humano, em um locus onde possam desenvolver suas potencialidades e peculiaridades, tendo em vista o princípio constitucional do primado da dignidade da pessoa humana.

Em consonância com o momento histórico vigente, vemos que a atual Constituição Federal brasileira, amparada pela nova noção do constitucionalismo moderno, protege a supremacia da dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, III; a liberdade, a igualdade, em seu art. 5º, e em seu art. 3º, IV, visa promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outra forma de discriminação; valorizando assim o ser humano como sujeito de direito e visando-lhe outorgar, de forma mais ampla a inserção e o respeito à cidadania.

Desta sorte, a afetividade, singrou os mares do reconhecimento formal funcionando como cimento basilar para a formação familiar e parental na atualidade.

Além da família matrimonial, da família formada na união estável, da família monoparental e da família formada por pessoas do mesmo sexo, descortinam-se outros conceitos de família, na pós-modernidade: a família anaparental, a família pluriparental, a família eudemonista e a família paralela.

A denominada **família anaparental**, não regulada pelo legislador, pode ser definida como a relação familiar baseada na *affectio* e na convivência mútua, entre pessoas que não apresentem grau de parentesco.

O exemplo mais clássico recairia sobre os casos em que duas irmãs – via de regra solteiras ou viúvas – residam juntas e assim amealhem um patrimônio comum.

Para Sérgio Resende de Barros, a noção de família anaparental, se baseia no afeto familiar, mesmo sem contar com a presença dos genitores. De origem grega, o prefixo “ana” traduz ideia de privação, neste caso, designa a existência da família sem pais.¹⁸

¹⁸ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos da família: princípios operacionais*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia--principiais-e-operacionais.cont>>. Acesso em: 29 maio. 2010.

Aqui inserir-se-ia também a família formada por uma só pessoa tendo em vista a proteção do bem de família, e a consequente aplicação da Lei n. 8.009/90 e da Súmula n. 380 do STF.

Como a Lei n. 8.009/90 não determina expressamente o número de pessoas que deve compor a unidade familiar para sua aplicação, podemos entender que também é passível de ser aplicada à pessoa individualmente considerada independentemente de seu estado civil. O sentido social da norma busca garantir a proteção do patrimônio pessoal. Essa finalidade, permite desvendar a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-ia a interpretação teleológica para prevalecer a interpretação literal.

Entendemos que inexistente qualquer óbice à instituição do bem de família por pessoa sozinha, como dispõe os arts. 1.711 e 1.722, do novo Código Civil.¹⁹

Outra forma de família que vem crescendo na atualidade é a **família pluriparental** – também denominada família mosaico - que pode ser entendida como a entidade familiar que surge com a ruptura de anteriores vínculos familiares e a consequente formação de novos vínculos, que incluem os filhos oriundos das relações anteriores, e também aqueles que o casal têm em comum.

Suas características principais podem ser definidas como portadoras de múltiplos vínculos, ambiguidade de compromissos e interdependência.

Entendemos entretanto, que o vínculo que permanece entre os pais e os filhos nas famílias mosaico é de monoparentalidade, mesmo porque, permanecem inalteradas as relações parentais – que englobam direitos e deveres – dos pais com os filhos.

A lei pátria confere a possibilidade de adoção pelo companheiro do cônjuge do genitor, configurando a chamada adoção unilateral, à luz do disposto no art. 1.626 § único do Código Civil, e no art. 41 § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, permanecendo entretanto a obrigatoriedade de anuência do pai registral.

Também a **família eudemonista** desponta no universo familiar na atualidade. Pode ser esta entendida como a família cuja formação decorre do afeto, ou seja, cuja viabilidade produz felicidade nos seus componentes, bem supremo da existência humana.

O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.²⁰

¹⁹ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

A **família paralela**, por seu turno, é aquela que se forma a despeito do princípio da monogamia, observado no ordenamento legal pátrio. O Código Civil denomina de concubinato as relações não-eventuais existentes entre homem e mulher impedidos de casar. O art. 1.521 refere que não podem casar as pessoas casadas. Preferimos denominar este concubinato de família paralela, para diferenciá-lo do concubinato em que existe apenas uma família. Portanto, na família paralela, um dos integrantes participa como cônjuge de mais de uma família.

Caso o impedimento seja o casamento anterior, temos duas situações: será união estável se o casamento foi faticamente desfeito ou será concubinato se o casamento anterior coexistir com o novo relacionamento. É válido ressaltar que essa modalidade convivencial não é vista com bons olhos pela sociedade.

“Os relacionamento paralelos, além de receberem denominações pejorativas, são condenados à invisibilidade. Simplesmente a tendência é não reconhecer sequer sua existência. Muitas uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica”.

De qualquer forma, “negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade”.

Desta sorte, para Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira:

Já existe na jurisprudência pátria menção significativa de proteção da família paralela para fins de concessão de benefícios patrimoniais. Quando finda a relação afetiva, comprovada a concomitância com o casamento, deve o patrimônio acrescido no período ser dividido, na proporção do tempo da manutenção do duplo vínculo.

É válido ressaltar que a jurisprudência em sua maior parte nega o reconhecimento dessa modalidade de família, não a identificando como união estável. Quando muito há o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos nesse período desde que comprovada a efetiva participação para sua aquisição.²¹

Quanto á **família formada pelo casamento**, temos na lição de San Tiago Dantas que “na sociedade moderna ocidental, o matrimônio monogâmico é a base geral sobre a qual se assenta a família”.

p. 53-54.

²¹ O STJ vem reconhecendo à mulher indenização por serviços domésticos prestados, e também já determinou a divisão do seguro de vida e a repartição da pensão com a viúva, na mais perfeita forma de justiça salomônica. DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias, p. 49 a 51; MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*, p. 42 e 43.

Aduz que “não-obstante a influência do Cristianismo no instituto, a antiguidade greco-romana preparou solidamente as bases da sociedade para a prática milenar da família monogâmica que se conhece... embora cada vez mais se busque, dentro da evolução social a que se assiste, o equilíbrio do homem e da mulher na relação conjugal, em cujo fundamento se prevê uma sobreposição do interesse social sobre o interesse individual”.²²

Antiga é a lição de Modestino “casamento é a conjunção do homem e da mulher, que se associam para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano”.²³

A **união estável** por sua vez, representa a feição informal da família, através da qual a generalização do fato social fez com que fosse reconhecida juridicamente. Na atualidade, recebe amparo constitucional, no art. 226 § 3º da Constituição Federal. Considera-se união estável a entidade familiar estabelecida entre o homem e a mulher de forma pública, contínua e duradoura, com animus de constituir uma família, diferente do concubinato, que se restringe, às relações entre homens e mulheres impedidos de casar.

Pode ser entendida como sendo a entidade familiar constituída por um homem e uma mulher que convivem em posse do estado de casado, que se converteu em relação jurídica em virtude da Constituição, que lhe atribuiu dignidade de entidade familiar própria, com seus direitos e deveres.

Também a **família monoparental** representa uma forma de família presente na atualidade. Esta, configura-se de forma desvinculada da ideia de um casal e seus filhos, pois é formada pela presença e inter-relação da prole com apenas um dos seus genitores por diversas razões: viuvez, divórcio, separação judicial, adoção unilateral, não reconhecimento da prole pelo outro genitor, inseminação artificial (homóloga - após a morte do marido, ou de mulher solteira; heteróloga), produção independente.²⁴

Tal como aduz Paulo Lôbo, “a família monoparental não é dotada de um estatuto próprio, com deveres específicos, sendo-lhe aplicáveis as regras do direito de família, atinentes às relações de parentesco em geral”. Na atualidade, as estatísticas comprovam que um número bastante elevado de famílias são fincadas, sob o véu da monoparentalidade, fazendo-se portanto urgir à lei a sua regulamentação. Em análise ao resultado do censo realizado pelo IBGE em 1990 apontou-se para a marca de 13,9% o total de famílias monoparentais formadas naquele período.²⁵

²² DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Direito de família e das sucessões*, op. cit., p. 13 e 14.

²³ Digesto, Liv. XXIII, Tit. II, Frag. 1º.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 5, p. 11; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 31-33, 36, 45.

²⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*, p. 130.

Desmembra-se a família monoparental na **família unilinear**, formada pela genitora e sua prole, oriunda das técnicas de reprodução assistida, em sua modalidade heteróloga. A referente técnica vem prevista na Resolução n. 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina, que prevê a possibilidade de mulheres solteira, independente de sua orientação sexual, terem acesso às técnicas reprodutivas.

Convivem na pós-modernidade, as diversas modalidades de família, sendo entretanto a **família homoafetiva** e a **família formada nos estados intersexuais** a que denota maior discussão.

A **família formada por pessoas do mesmo sexo**, vem desbravando os mares do preconceito e do desconhecimento para se fincar no mesmo rol de entidade familiar que as demais. Assim sendo, o direito à orientação sexual passou a ser visto como um direito fundamental do ser humano previsto na Carta Constitucional.

No Brasil, a família formada por pessoas do mesmo sexo, após muitas controvérsias, alcançou o reconhecimento próprio.

Depois da apresentação de inúmeros Projetos de Lei visando regular a família homoafetiva no Brasil, como: Projeto de Lei n. 1.151/95, Projeto de Lei n. 1.151-A/97, Projeto de Lei n. 5.252 de 2001, Projeto de Lei de n. 2.285/07, denominado Estatuto das Famílias, e o Projeto de Lei n. 4.914/2009. Em maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal equiparou a entidade familiar formada por pessoas de mesmo sexo como união estável, equiparando pois esta à família formada na união estável, já referida. Em 25.10.11, foi mais longe o Superior Tribunal de Justiça, autorizando o casamento de duas mulheres no Sul do país, abrindo assim precedente para a regulamentação do casamento homossexual no Brasil, com todos os desdobramentos daí decorrentes de cunho sucessório, patrimonial, aquisição do *status familiae* e adoção de menores.

É válido ressaltar que na comunidade internacional diversos países já reconhecem o casamento sexualmente neutro, havendo entretanto divergências estruturais no que tange à adoção de menores ou mesmo acesso às técnicas de reprodução assistidas por casais do mesmo sexo.

O Brasil, numa postura bastante moderna, a Resolução n. 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina, possibilitou o acesso aos homossexuais às técnicas de reprodução assistida.

No que tange à **família formada nos estados intersexuais**, esta abrange os indivíduos transexuais e intersexuais, mostrando a problemática da identidade de Gênero – no caso dos transexuais, e na identidade sexual de cunho anatômico e biológico – no caso dos intersexuais.

Com profundos desdobramentos no campo do direito, a questão envolvendo o transexual permeia os direitos da personalidade uma vez que se situa na esfera do direito à vida, notadamente no que tange à felicidade pessoal; o direito à identidade de gênero;

à intimidade; à livre expressão sexual; à integridade física e psíquica; ao recato; o direito à privacidade entre tantos outros que visem possibilitar a plena inserção do indivíduo na sociedade.²⁶

Procede-se ao diagnóstico da síndrome transexual, o tratamento feito por uma equipe multidisciplinar e a consequente submissão à cirurgia redesignatória, amparada pela Resolução n. 1.652/02 e pela Resolução ambas do Conselho Federal de Medicina.

Após o diagnóstico de transexualismo, o preenchimento dos requisitos legais para a realização da cirurgia redesignatória e o procedimento cirúrgico em si, as questões legais envolvendo os transexuais – entre elas a alteração do nome – determinam fortemente sua inclusão social e afetiva.

Uma vez alterado seu assento registral, decorrente da alteração do sexo do indivíduo, sanam-se as dúvidas quanto à habilitação para o casamento. Assim, podemos entender que o casamento convolado com um indivíduo transexual pode ser perfeitamente válido tendo em vista o longo caminho percorrido por este desde o seu diagnóstico até a sua alteração registral, observadas as deliberações das Cortes de direitos humanos e dos princípios constitucionais. Entretanto, dada a sua inegável peculiaridade persiste a possibilidade deste ser anulável, tendo em vista a existência de possível erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, caso o outro nubente ignorasse os fatos antes do casamento, além da presença de defeito físico irreparável que tornasse impossível a convivência comum fruto de cicatrizes ou sequelas cirúrgicas que inviabilizassem a vida conjugal normal, tal como dispõe o art. 1.557, I, III. do Código Civil.²⁷

Permanecem inalteradas as relações identitárias dos filhos havidos anteriormente à cirurgia redesignatória. Nada obsta que proceda naturalmente ao processo de adoção, passando pois a ser o transexual redesignado, por exemplo pai de A e B e mãe de C e D.

Quanto à família formada pelo intersexual, esta observa suas próprias peculiaridades, pois o indivíduo em questão apresenta a genitália ambígua – o pseudo-hermafroditismo, e não a disforia de gênero, apesar da conformação anatômica normal. Assim, a cirurgia reparadora vai adequar a genitália ao genótipo do indivíduo, ou se realizada mais tardiamente, adequar-se ao sexo social desse mesmo indivíduo, agora, plenamente habilitado à formação da família casamentária ou através da união estável.

²⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*, p. 176 e ss.

²⁷ A questão envolvendo os parceiros dos transexuais desperta grande interesse científico. Blanchard e Collins dão ao desejo de homens por transexuais e transgêneros o nome de ginandromorfilia, que se constitui como interesse erótico separado e particular.

A Resolução CFM n. 1.664 de 12.05.2003 – dispõe sobre as normas técnicas necessárias para o tratamento de pacientes portadores de anomalias de diferenciação sexual.

Entendemos que sua conjugalidade não se encontra comprometida, pois a adequação fenotípica do sexo em face do genótipo (tal como já referido) não impõe uma alteração do sexo, mas uma acomodação frente a uma anomalia que a própria natureza gerou.

Uma vez que o maior problema do portador de intersexualidade é justamente adequar-lhe o sexo à estruturas somática que apresenta e com isso inseri-lo no mundo jurídico, pensamos que nenhuma menção desonrosa ou desclassificatória imputar-se-lhe-à em matéria de filiação. Ou seja, frente à incapacidade procriativa que apresenta, resta-lhe o recurso da adoção para que se perfaça a continuidade de sua família, e esta se regulará pelos princípios constitucionais e legais apresentados nos Diplomas legais: o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, podemos entender que a teoria do casamento inexistente foi abalada pela introdução do casamento entre pessoas do mesmo sexo – no Brasil e no mundo-, pois inicialmente tínhamos à luz dos ditames doutrinários que ao lado do consentimento válido e da autoridade celebrante competente, também a diversidade de sexos como elementos basilares indispensáveis para que o casamento existisse, e a partir daí fosse válido.

Ademais às várias formas de família que apresentam na pós-modernidade, também o instituto da filiação recebeu novos contornos.

A sociedade contemporânea, fruindo do extremo desenvolvimento científico que atingiu, pode proporcionar aos homens a cura de inúmeras patologias que os afligiam no campo reprodutivo. Assim desenvolveram-se as diversas técnicas conhecidas para a reprodução humana assistida, que a seu turno, pode ser definida como a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade ou esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.²⁸

Diversas consequências jurídicas são advindas do emprego das técnicas de reprodução humana assistida, originando-se do fato de que inexistente no Brasil, uma legislação regulamentadora da prática, sendo estas dirimidas apenas pelas normas éticas definidas pela Resolução n. 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina.

Da mesma forma que são inúmeros os questionamentos bioéticos sobre o tema, notadamente no que tange ao acesso às técnicas de reprodução assistida; ao número de embriões que devem ser transferidos à mãe; ao destino dos embriões excedentários

²⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*.

– produzidos e não utilizados -; ao estabelecimento das relações parentais e aos direitos sucessórios; as implicações envolvendo o direito da personalidade e os direitos humanos das partes; o direito de acesso às mulheres solteiras às técnicas de reprodução assistida; o acesso aos homossexuais e transgêneros às mesmas técnicas (possível em face da Resolução n. 2.013/13 do CFM); a viabilidade da reprodução heteróloga; a questão da reprodução assistida *post mortem*, entre outros.²⁹

Entendemos que se deve sempre ter por modelo basilar a dignidade da pessoa humana em face dos progressos científicos na área da saúde, resguardada a importância do limite às práticas de biomedicina.

A referida Resolução do CFM, que visando harmonizar o uso das técnicas de reprodução assistida com os princípios da ética, regula o tema através da atribuição normas deontológicas, não veda o acesso às referidas técnicas às mulheres solteiras, independente de orientação sexual e prevê inclusive uma hipótese para a realização da cessão temporária de útero, para casos clínicos específicos, com recomendação médica, onde a mãe portadora deve apresentar o parentesco de até segundo grau com a mãe biológica.³⁰

Para o emprego das técnicas de reprodução assistida, temos que quanto ao material genético utilizado, pode a reprodução assistida ser **homóloga** ou **heteróloga**, quando for utilizado o material genético do casal – casado ou convivente – ou valer-se de material de doador, respectivamente.

Pode ser também realizada *in vivo, in vitro ou post mortem*, decorrente da técnica reprodutiva indicada para cada caso específico, (feita diretamente no corpo da receptora, ou fora dele, em laboratório) bem como do momento em que sua realização tiver lugar.

Por via de consequência, podemos antever as consequências jurídicas oriundas do emprego das práticas reprodutivas, que levam à confusão dos papéis familiares no direito de família; a decadência das presunções *pater ist e mater sempre certa est*; o anonimato do doador que inibe o conhecimento da ascendência genética por parte do filho; o discutido acesso à mulher solteira às práticas de reprodução assistida, gerando não-só a família monoparental, mas a família unilinear – privando assim o filho do direito

²⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 153-154.

³⁰ É válido ressaltar que á luz do disposto nos termos da Resolução n. 2.013; 13 do CFM as técnicas de reprodução assistida devem auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade; podem ser usadas desde que haja probabilidade de sucesso; desde que assinado o termo de consentimento informado. No mesmo sentido, proíbe-se a redução embrionária, salvo nos casos em que se vise a preservação da saúde da mulher; e proíbe também a sexagem, ou escolha volitiva do sexo do embrião, com exceção de se utilizar a técnica a fim de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que vai nascer.

personalíssimo à biparentalidade biológica; além de poder acarretar a interferência de um terceiro no lar conjugal.

Por isso, pensamos que urge seja feita a regulação legal da reprodução assistida tal como no exemplo europeu, tendo em vista a dignidade do ser humano e o melhor interesse da criança.

O Código Civil prevê duas formas de reprodução assistida: a homóloga e a heteróloga, de acordo com a origem do material genético utilizado. Grande é a repercussão em matéria de família e filiação em face da técnica utilizada.

Nesse sentido, podemos entender por embrião, aquele ser oriundo da junção dos gametas humanos, pode ser utilizado nas formas *in vivo* ou *in vitro*. O embrião é excedentário quando for fecundado fora do corpo da mulher (*in vitro*) e não introduzido imediatamente, permanecendo criopreservado.

O art. 1.597 do Código Civil regula as questões em que o filho é oriundo de fecundação artificial homóloga e heteróloga, inclusive quando realizada após a morte do doador. Na fecundação homóloga considera-se, por presunção, filho do marido aquele concebido após a sua morte, valendo-se do congelamento de seu sêmen; bem como aquele concebido a qualquer tempo, tratando-se de embrião excedentário, de acordo com a regra prevista nos incisos III e IV do referido art.. Na fecundação heteróloga, tal como prevê a regra contida no inciso V, presume--se a filiação do marido diante de seu consentimento prévio.

Quanto à **inseminação *post mortem***, esta traz consignada intrínsecas características basilares, visto que confere grande instabilidade jurídica em matéria sucessória para todos os herdeiros; tanto os filhos já nascidos, quanto ao gerado *post mortem*.

Quanto à presunção de paternidade, estabelece-lhe o art. 1.597, III, do Código Civil, que dispõe: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.

É silente a Lei civil em duas consequências principais admitidas a partir da análise do dispositivo em tela: quanto ao **direito sucessório** do ser concebido e quanto a necessidade de **autorização expressa dos genitores**.

No que tange ao **direito à sucessão** do filho gerado *post mortem*, podemos elencar duas situações conflitantes: ou este filho já nasceria destituído do direito à herança do pai, visto que por força do art. 1.798 “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. A transmissão da herança, por força do princípio da *saisine*, ocorre no momento da morte do autor da herança. Entretanto, por força do art. 1.799, I, do Código Civil, há previsão do herdeiro eventual – prole eventual – ser beneficiada por testamento, vindo a ser esta a maneira juridicamente mais compatível

com a transmissão hereditária de bens, desde que nasça nos dois anos subsequentes à abertura da sucessão como dispõe a regra do art. 1.800 § 4º do Código Civil.

Em face dos princípios constitucionais que regem a igualdade dos filhos, e o direito ao planejamento familiar, entendemos que fira a Carta Magna impor ao filho gerado pela reprodução artificial *post mortem* o direito único à sucessão testamentária.

Grande debate trava-se também, em nome dessa mesma segurança jurídica, acerca da **necessidade da expressa declaração de vontade do doador** em ter o seu material genético utilizado após a sua morte.

Embora o Código Civil não cite expressamente, a Resolução do CFM de n. 2.013/13 o fez seu art. 1º, 3º - princípios gerais -, e assim sendo, o consentimento das partes é sempre necessário. O consentimento informado da mulher capaz, nos termos da lei e de seu marido ou companheiro, se unida ao casamento ou união estável.

No mesmo sentido é o entendimento de Maria Berenice Dias e Silmara Chinellato para quem “o permissivo legal não significa que a prática da inseminação ou fertilização *in vitro post mortem* seja autorizada ou estimulada. Ainda que o marido tenha fornecido o sêmen não há como presumir o consentimento para a inseminação *post mortem*. Somente com a expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento. O princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do material genético ao consentimento expresso”.

Nesse sentido, “não pode a viúva exigir que a clínica lhe entregue o material genético que se encontra armazenado para que seja nela inseminado, por não se tratar de objeto de herança”.³¹

A reprodução é um direito personalíssimo, assim como a doação de partes destacadas do corpo. Entendemos nesse sentido ser imperativo o consentimento das partes.

Um outro desdobramento polêmico em matéria de bioética na fecundação artificial “*post mortem*”, dá-se em relação aos seus efeitos quanto à geração do filho que de antemão não conhecerá um dos seus genitores, fazendo-se assim, chocar dois direitos personalíssimos: o direito à procriação e o direito à biparentalidade biológica e quanto da necessidade de autorização expressa de ambos os doadores, que deve ser irrevogável, para a utilização de seu material genético.

O Código Civil manteve-se silente no art. 1.593, III quanto ao estado civil da mulher que deseja inseminar-se com o material genético criopreservado do marido já morto. O Enunciado n. 106 do centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, aprovada por ocasião da I Jornada de Direito Civil, realizada em 2002, tentou dirimir a

³¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 330; CHINELLATO, Silmara Juny de A. Comentários ao código civil. In. AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18, p. 55.

questão ao estabelecer que a mulher ao se submeter à uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo ainda obrigatória a autorização expressa do marido para que seja utilizado seu material genético após a sua morte. O intuito principal desse Enunciado é evitar que surjam dúvidas sobre a paternidade do filho, uma vez que o marido – e portanto o pai – já está falecido.³²

O art. 1.597 em seu inciso IV garante a presunção de paternidade do filho nascido a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga – prazo este que se conflitua com os três anos impostos pelo art. 5º da Lei da Biossegurança – Lei n. 11.105/05 – para destinar à pesquisa o embrião excedentário.

Impõe-se aqui um importante questionamento bioético: seria lícita a concepção de um filho já sem pai, impondo-lhe a participação coercitiva na família monoparental? O direito reprodutivo da mãe sobrepõe-se ao direito à biparentalidade do filho? Difícil chegar-se num consenso para essa resposta.

No que tange ao embrião excedentário, produzido para as técnicas de reprodução assistida e que não foi efetivamente transferido para o útero materno, permanecendo criopreservado, o Código Civil silenciou-se também sobre seu destino no caso da ruptura da sociedade conjugal e/ou da união estável.

O Enunciado n. 107 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça federal, proveniente da I Jornada de Direito Civil, estabelece que finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571 do Código civil, só poderá ser aplicada a regra do art. 1.597, V se houver a autorização, previa por escrito, dos ex-cônjuges, para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação dos referidos embriões.

Procura-se assim tentar evitar que o arrependimento posterior ponha em questionamento a presunção de paternidade. Desta forma, ainda que o pai se arrependa após a implantação dos referidos embriões excedentários, sob o ponto de vista legal, será o pai do filho assim concebido. Pensamos ser imoral e antiético que o entendimento se desse de forma diversa.

A Lei n. 11.105/05 – denominada lei de biossegurança trata em seu art. 5º do destino desses embriões não implantados, denominados excedentários. “É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento,

³² A Jornada de Direito Civil, levada a efeito pelo STJ em 2002, aprovou no Enunciado n. 106, a posição de que para a utilização do material genético do marido morto para a inseminação *post mortem* deve a mulher permanecer na condição de viúva, devendo ainda haver para tanto expressa autorização do marido, tendo em vista que a paternidade deve sempre ser consentida.

atendidas as seguintes condições: I- sejam inviáveis; II – sejam congelados há três anos ou mais, na data da publicação desta lei, ou que já congelados na data da publicação desta lei, completarem três anos, contados a partir da data de congelamento”. § 1º “Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores”. Veda a referida lei de biossegurança o descarte dos embriões excedentários.

É válido ressaltar, entretanto, que existem muitas lacunas a serem preenchidas em matéria de reprodução assistida e notadamente quanto ao status jurídico e destino dos embriões excedentários, sendo muito diferente a posição do cenário internacional.

A Inglaterra admite a utilização de embriões na investigação médica, conforme dispõe sua lei de Fertilização Humana e Embriologia, sendo inclusive legal a produção de embriões para fins de pesquisa após o consentimento dos doadores; a lei alemã proíbe a destruição de embriões; na França é ilegal a investigação médica em embriões humanos, exceto nos casos em que se busca o benefício do próprio embrião; Itália e Portugal prevêm a ilegalidade da utilização de embriões humanos na pesquisa médica. Na Espanha é ilegal a produção de embriões para fins de pesquisa mas a permitida a investigação em embriões inviáveis até 14 dias.³³

Quanto à **inseminação artificial heteróloga**, realizada com material genético de doador, encontram-se na técnica inúmeros conflitos notadamente no que tange à determinação das presunções de paternidade e maternidade; além de diversos questionamentos bioéticos, pois a separação do vínculo genético na parentalidade abalou a estrutura do instituto da filiação.

Em relação às técnicas utilizadas, estas podem ser realizadas: com material genético de um doador, de mais de um doador, sob a forma de cessão temporária de útero, acessível à mulher sozinha, acessível nos estados intersexuais. O conflito é emergente, pois pode acarretar a interferência de um estranho na vida do casal; o desconhecimento da origem genética, uma segregação social, a coisificação do homem, a contratualização da família, ferindo o ser humano em sua dignidade.³⁴

O art. 1.597 em seu inciso V, presume havido na constância do casamento os filhos “havidos por fecundação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

A paternidade, neste caso, não tem um vínculo biológico, mas socioafetivo, de intenso viés moral, e visa o inciso em tela, impedir que o marido – por qualquer motivo

³³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*, p. 194-195.

³⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*, p. 532 e ss.

– venha a não mais reconhecer a paternidade do filho volitivamente assumido e produzido por meio das técnicas de reprodução assistida.

A impugnação da paternidade neste caso poderia conduzir o filho a uma paternidade incerta, devido ao anonimato do doador do material genético, constante nesta prática, inserindo desta forma o filho na denominada família unilinear e colocando a mãe numa situação extremamente vulnerável perante a sociedade e ao próprio núcleo familiar.

Entendemos também que a anuência do marido só seria revogável até o momento da realização da inseminação, momento a partir do qual não poderá mais desconhecer a paternidade do filho gerado.

Quanto à cessão temporária de útero, esta pode ser entendida como a cessão de útero para a gestação de filho concebido com material genético de terceiro – contratante – a quem a criança gerada deverá ser entregue logo após o nascimento, assumindo a fornecedora a condição de mãe, possibilitando assim à mãe de conceber um filho biológico fora de seu ventre.

“Essa prática, desencorajada pela maioria dos países, representa um último recurso na cura da infertilidade de casais cuja mulher apresenta qualquer anomalia uterina que lhe impeça a gestação normal. Envolve outrossim, questões bastante delicadas acerca da determinação de questões atinentes à maternidade e à paternidade do novo ser gerado, gerando conflitos em relação aos papéis familiares, além de conflitos bioéticos e religiosos”. Pode também ser utilizada nos casos de reprodução assistida realizada por pessoas do mesmo sexo.³⁵

O Código Civil brasileiro não regula a prática da cessão temporária de útero. No país a única exigência normativa sobre o tema provém do Conselho Federal de Medicina – Resolução n. 2.013/13 que prevê em seu art. 7º, I a obrigatoriedade do vínculo familiar entre a mãe social e a mãe portadora até 4º grau, respeitada em todos os casos a idade limite de cinquenta anos, visando descaracterizar a relação comercial. Casos muito específicos que representem uma exceção à essa regra, que tratam da cessão temporária de útero não relacionada, podem ser analisados perante o Comitê Médico.

Para a realização da gestação sub-rogada requer-se o **consentimento informado** dos partícipes: da mulher fornecedora do óvulo, do marido ou companheiro desta, da mulher receptora do material genético, de seu marido ou companheiro ficando inviabilizado qualquer pedido de impugnação posterior da paternidade em virtude da lei.

Assim sendo, “é indispensável não apenas o mero consentimento, mas a concreta ciência dos envolvidos sobre suas responsabilidades futuras, quando do nascimento da criança”.³⁶

³⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*, p. 164.

³⁶ MENDES, Christine Keller de Lima. *Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações*

Existem na atualidade diversos Projetos de Lei em tramitação sobre reprodução assistida: PL n. 3.638/93 de autoria do Dep. Luiz Moreira; PL n. 2.855/97 de autoria do Dep. Conf. Moura; PL n. 590/90 de autoria do Sen. Lucio Alcântara; PL n. 02855/97, PL n. 03638/93, PL n. 1184/03; PL n. 120/03; PL n. 90/97; PL n. 4892/12 apresentado pelo Dep. Eleuzes Paiva.

Como se pode concluir, é primaz a edição de norma regulamentadora que enfrente com eficácia tema tão complexo e atual a fim de que se preservem os direitos fundamentais dos envolvidas nas técnicas de reprodução artificial, tendo em vista os transtornos que gera na determinação dos elos familiares.³⁷

A cessão temporária de útero revolucionou o tema jurídico da filiação, cuja doutrina vem insistindo de que esta não é fundada sobre os laços de sangue, mas sim num laço fundado sobre a vontade da aceitação dos filhos. A vontade individual é a sequência ou o complemento necessário ao vínculo biológico.³⁸

Para Eduardo de Oliveira Leite a questão fundamental é saber se a vontade de ter um filho é suficiente, ou mesmo se é o único fundamento a ser considerado para o estabelecimento do vínculo da filiação.³⁹

Dada a complexidade do tema, vemos que muitas questões dele derivam, tais como: Qual o tipo de supervisão médica deve ser efetuada? Quais os direitos e obrigações das partes durante a gravidez? E após o parto?

Na esfera do direito obrigacional, que tipo de obrigação assume a mãe de gestação? Seria uma obrigação de dar na medida em que deve entregar a criança ao nascer ou uma obrigação de fazer, tendo em vista que cabe a ela cuidar de si, de seu corpo e de sua gravidez para evitar danos ao bebê? E se por um descuido, por uma atitude imprudente ou negligente, como ignorar uma dor ou ingerir drogas ou álcool a mãe substituta ocasionar um dano ao feto. Caberá indenização aos pais biológicos?

Como Brasil não há lei que trate expressamente sobre o tema, a Resolução n. 2.013/13 do CFM, que a regula, proíbe o médico de realizar o procedimento quando há interesse econômico envolvido.

A maternidade de substituição é vedada constitucionalmente – art. 199 § 4º da CF -, “representa a seu turno, porém, um negócio jurídico de comportamento,

da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro heteróloga. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1310>>. Acesso em: 15 jan. 2013, p. 11.

³⁷ Existem alguns Projetos de lei já em debate no Congresso, sobre o tema, tais como o PL de n. 90/99 do Sen. Lucio Alcântara, com Substitutivos dos Senadores Roberto Requião e Tião Viana.

³⁸ A ciência, que alcançou um desenvolvimento considerável com a revolução industrial, conheceu a era atômica, a era espacial até alcançar o seu apogeu com a era genômica.

³⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 203.

compreendendo para a mãe de aluguel obrigações de fazer e não fazer, culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho”. Como uma criança não pode ser objeto de contrato, o negócio seria nulo por ilicitude do seu objeto, conforme disposição do art. 104, II do Código Civil. Também poderia ser configurado ilícito penal, que pune dar parto alheio como próprio e registrar em seu nome filho de outrem, conforme Código Penal art. 242.⁴⁰

O Código Civil tratou a questão da presunção de filiação nas diversas modalidades de reprodução assistida, mas não considerou, a hipótese da fertilização *in vitro* e consequente maternidade de substituição, levando-se em consideração ser este o procedimento que mais traz dissentimentos na ordem jurídica em matéria de direito de família. Nesse processo de reprodução que envolve duas mães, uma biológica e outra hospedeira, são constantes as indagações de ordem ética, moral e, principalmente muitos são os questionamentos a respeito do estabelecimento da filiação.

A legislação brasileira determina a maternidade pela gestação e pelo parto como dispõem os arts. 7º da Constituição Federal e 242 do Código Penal.⁴¹

É importante ressaltar, que a tendência contemporânea em matéria de filiação pauta-se no princípio da socioafetividade em detrimento da parentalidade biológica, além do precípuo interesse do menor, assim como a supremacia do seu bem-estar.

No campo específico da gestação de substituição, urge valorizar-se o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, cânone constitucional, art. 1º, III, do qual decorre que o corpo não pode ser objeto de comércio ou ser reduzido a um item patrimonial; do princípio da preservação do patrimônio genético humano e da biodiversidade, art. 225, II da Constituição Federal; princípio da regulação estatal, à luz do art. 225, V da Carta Constitucional e do princípio da responsabilidade por danos.⁴²

“O direito da filiação não é somente o direito da filiação biológica, mas é também o direito da filiação querida, da filiação vivida, tendo em vista sobretudo o interesse da criança”.⁴³

Assim, a vontade, inserida no projeto parental do casal, aliada à contribuição de outras pessoas é agente fundamental para o estabelecimento do elo parental. Sendo o momento importante para o estabelecimento da paternidade, maternidade e filiação o

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 332.

⁴¹ MENDES, Christine Keller de Lima. *Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro heteróloga*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1310>>. Acesso em: 15 jan. 2013, p. 16.

⁴² LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 132.

⁴³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 203.

momento da concepção do feto, suplantando-se estes à gestação e ao parto, por decorrerem estes da concepção.⁴⁴

Para Maria Helena Diniz urge que haja norma privilegiando a maternidade socioafetiva, pois independente da origem genética ou gestacional, mãe seria aquela que manifestou a vontade de procriar, recorrendo para tanto a terceiros para que esta se concretizasse.⁴⁵

Conclusão

Podemos perceber que a pós-modernidade consagrou diversas modalidades de família, visando preponderantemente, em face de seu caráter eudemonista e modificador, fazer com que o homem possa finalmente alcançar a tão sonhada felicidade e inserção, comprovando desta forma a íntima relação do direito e o homem na sociedade contemporânea.

Muitos foram os desafios vencidos pelas ciências médicas e pelas ciências jurídicas, para, tomando por base o pensamento de Hanna Arendt permitir com que o homem “se sinta em casa no mundo”.

São Paulo, março de 2013.

Referências

- BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos da família: princípios operacionais*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia--principiais-e-operacionais.cont>>. Acesso em: 29 mai. 2010.
- CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Comentários ao código civil. In. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18, p. 55.
- COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

⁴⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 747-749. Refere ainda o autor que há estudos científicos em andamento para tentar desenvolver o útero artificial.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, op. cit., p. 555.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFam, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias amor e bioética*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Christine Keller de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro* heteróloga. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1310>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

MIZRAHI, Maurício Luis. *Família, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*. 39. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro:Gen/Forense, 2010. v. 5.

VIANA, Rui Geraldo Camargo Viana. A família. In. *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. Um novo conceito de família- reflexos doutrinários e análise de jurisprudência. In. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.