

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

DAMÁRIS COSTA RIBEIRO

IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO
HUMANA ASSISTIDA: o jurisprudencialismo como método
na busca da correta decisão jurídica

DAMÁRIS COSTA RIBEIRO

IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO
HUMANA ASSISTIDA: o jurisprudencialismo como método
na busca da correta decisão jurídica

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas
como requisito parcial para obtenção do título de Mestre
em Direito.

Orientador: Dr. Elias Kallás Filho

Pouso Alegre - MG
2016

FICHA CATALOGRÁFICA

R484i Ribeiro, Damáris Costa.
Implicações jurídicas da reprodução humana assistida: o jurisprudencialismo como método na busca da correta decisão jurídica / Damáris Costa Ribeiro. Pouso Alegre – MG: FDSM, 2016.
156 p.

Orientador: Prof. Dr. Elias Kallás Filho.
Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós Graduação em Direito.

1. Planejamento Familiar. 2. Reprodução Humana Assistida. 3. Jurisprudencialismo. 4. Decisão Jurídica. I. Kallás Filho, Elias. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito. III. Implicações jurídicas da reprodução humana assistida: o jurisprudencialismo como método na busca da correta decisão jurídica.

CDU - 340

Damáris Costa Ribeiro

**IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA:
o jurisprudencialismo como método na busca da correta decisão jurídica**

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da aprovação: 15/03/2016.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Elias Kallás Filho
Orientador
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr. Fernando Mussa Abujamra Aith
Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo

POUSO ALEGRE - MG
2016

Para Antonela e Valentina, minhas
filhas, meus amores.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Aos meus amores Octávio, Antonela e Valentina, pela compreensão, amor e carinho expressados dia a dia.

Aos meus tão queridos pais pela confiança, incentivo, colaboração e exemplo.

Ao professor e orientador Dr. Elias Kallás Filho, pelo compromisso nas orientações, pela atenção dispensada, pela paciência em todas as fases que levaram à concretização deste trabalho e principalmente pela competência.

Ao professor Dr. Rafael Lazzarotto Simioni, pela inigualável humildade com que transmite um admirável e imensurável conhecimento científico.

Aos professores e colaboradores da FDSM, pelo profissionalismo.

A todos que preencheram a minha ausência, nos momentos de reclusão, com tanta alegria para as minhas meninas.

[...] há tempos de estabilização e de repetitiva rotina e tempos de mutação e de crítica reflexividade e que os nossos são tempos não daqueles primeiros, mas destes segundos. (CASTANHEIRA NEVES, 2010c, p. 413)

RESUMO

O presente trabalho versa sobre as implicações jurídicas da reprodução humana assistida, apresentando o jurisprudencialismo como método na busca da correta decisão jurídica. Procura-se nesta investigação verificar a adequação da aplicação da metodologia jurisprudencialista de António Castanheira Neves na busca da decisão jurídica correta para os conflitos advindos da utilização das técnicas de procriação assistida, não regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro. Para atingir tal objetivo, parte-se de uma análise do direito fundamental ao planejamento familiar no Brasil, explicitando histórico geral e constitucional, conteúdo e extensão do direito em questão, incluindo o direito de liberdade de formação da parentalidade através das técnicas de reprodução humana assistida e seus princípios limitadores. Em seguida, após destacar o auxílio à concepção através da reprodução humana assistida como desdobramento do direito constitucional fundamental ao planejamento familiar, delinea os aspectos jurídicos da reprodução humana assistida no Brasil, com síntese histórica do seu surgimento, apresentando os princípios da bioética e os limites da evolução científica. Classifica as técnicas de reprodução humana assistida e ressalta a falta de regulamentação específica da matéria no ordenamento jurídico vigente, que conta apenas com a deontologia médica através da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015, o que gera conflitos jurídicos, uma vez que os casos concretos requerem respostas para problemas transpositivos. Adentra-se, então, no estudo da metodologia jurídica jurisprudencialista de António Castanheira Neves, metodologia adotada no presente trabalho, para identificar sua adequação na resolução dos problemas advindos da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, em específico, do conhecimento da origem biológica como direito fundamental à personalidade na reprodução assistida, da interrupção da gravidez de feto anencéfalo gerado por maternidade de substituição, da utilização dos embriões excedentários criopreservados por um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros e da possibilidade de implantação de embrião ou gameta sem autorização expressa do *de cuius* na reprodução assistida *post mortem*. Para António Castanheira Neves o direito é uma realização jurídica prática, está em uma dimensão dialética entre a intencionalidade normativa do direito e a intencionalidade problemática do caso concreto. Sendo o direito um sistema aberto e autônomo, conclui-se que, mesmo diante da falta de regulamentação específica da matéria, é possível alcançar a decisão jurídica correta para os problemas jurídicos advindos da procriação medicamente assistida através da metodologia jurisprudencialista de António Castanheira Neves, para quem, na busca da decisão jurídica correta, na criação e realização do direito, a resposta não está na lei, pois o direito não está em uma objetividade prévia. A decisão jurídica correta está na mediação entre sistema, composto por normas, princípios positivos, transpositivos e suprapositivos, doutrina e jurisprudência e problema composto pelo caso jurídico concreto. A relação é circular, respeitada a experiência histórica do problema.

Palavras-chave: Planejamento Familiar. Reprodução Humana Assistida. Jurisprudencialismo. Decisão Jurídica.

ABSTRACT

This paper deals with the legal implications of assisted human reproduction, introducing the idea of the use of court precedents as a method in finding the correct legal decision. In this study, it looks for verifying how adequate is the application of the jurisprudencialism methodology created by António Castanheira Neves in finding the correct legal decision to the conflicts arising from the use of assisted reproduction techniques not regulated in the Brazilian legal system. In order to achieve such aim, we begin by analyzing the fundamental right to family planning in Brazil explaining its general and constitutional history, and its content and extent, including the right to freedom of formation of parenthood through assisted human reproduction techniques and its limiting principles. Then, after highlighting the aid to conception through assisted human reproduction as a development of the fundamental constitutional right to family planning, this paper outlines the legal aspects of assisted human reproduction in Brazil, with a historical overview of its emergence, introducing the principles of bioethics and the limits to scientific developments. It also classifies assisted human reproduction techniques emphasizing on the lack of specific regulation of the matter within the existing legal system, in which medical ethics is only treated by resolution of the Federal Medical Council No. 2121/2015, and this creates legal conflicts since the specific cases require answers to problems of principles. It is necessary then, the study of the jurisprudencialism methodology created by António Castanheira Neves, which is adopted in this study, in order to identify its suitability in solving the problems arising from the use of assisted human reproductive technologies, in particular, arising from the knowledge of biological origin as a fundamental right to personality in assisted reproduction; of the termination of a pregnancy of anencephalic fetus generated by surrogacy, of the use of surplus embryos cryopreserved by one of the former spouses or former partners and of the possibility of embryo implantation or gamete without the express permission of the deceased in *post mortem*. According to António Castanheira Neves, the law is a practical realization, and it is in a dialectical dimension between the law intention in rulemaking and the issues of a specific case. Since Law is an open and autonomous system, it follows that, despite the lack of specific regulation of the matter, it is possible to achieve the correct legal decision to the legal problems arising from medically assisted human reproduction through the jurisprudencialism methodology created by António Castanheira Neves, who believes that in trying to find the correct legal decision in the creation and realization of the Law, the correct answer is not in the Law, since the law is not in a prior objectivity. The correct legal decision can be found in the mediation between the system comprising laws, principles, doctrine and jurisprudence or case law and the problem compounded by the concrete legal case. The relationship is circular, respecting the historical experience of the problem.

Key Words: Family Planning. Assisted Human Reproduction. Jurisprudencialism. Court Decision.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABPF	Associação Brasileira de Entidades de Planejamento Familiar
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
Art.	Artigo
BCTG	Banco de Células e Tecidos Germinativos
BEMFAM	Sociedade Bem-estar da Família
CFM	Conselho Federal de Medicina
CIPD	Conferência Internacional de População e Desenvolvimento do Cairo
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Coord.	Coordenador
CPAIMC	Centro de Pesquisa de Assistência Integral à Mulher e à Criança
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CR/1988	Constituição da República de 1988
DDH	Declaração dos Direitos Humanos
ESCA	Esterilidade Sem Causa Aparente
EUA	Estados Unidos da América
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
IPPF	International Planned Parenthood Federation
MS	Ministério da Saúde
NOAS	Norma Operacional de Assistência à Saúde
OMS	Organização Mundial da Saúde
Org.	Organizador
PAISM	Programa Assistência Integral à Saúde da Mulher
RDC	Resolução da Diretoria Colegiada
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 PLANEJAMENTO FAMILIAR E DIREITO REPRODUTIVO: HISTÓRICO E POSSIBILIDADES	17
1.1 Histórico das relações familiares	17
1.2 Fundamentos constitucionais do direito ao planejamento familiar	24
1.3 O direito à liberdade na formação da parentalidade	31
1.4 Princípios limitadores do direito reprodutivo.....	34
1.4.1 <i>O princípio da dignidade da pessoa humana</i>	35
1.4.2 <i>O princípio da parentalidade (paternidade) responsável</i>	39
1.4.3 <i>O princípio do melhor interesse da criança</i>	41
1.5 Concretização do direito à procriação por reprodução humana assistida.....	43
2 ASPECTOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO DIREITO BRASILEIRO	45
2.1 Aspectos históricos	46
2.2 A bioética e a evolução científica.....	48
2.3 Classificação das técnicas de reprodução humana assistida.....	52
2.4 A Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 2.121/2015	54
2.4.1 <i>Os limites de idade</i>	57
2.4.2 <i>O termo de consentimento livre e informado</i>	59
2.5 A falta de regulamentação da matéria e os problemas jurídicos envolvidos.....	61
3 A REALIZAÇÃO PRÁTICA DO DIREITO POR ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES - METODOLOGIA, CONDIÇÕES DE EMERGÊNCIA E AUTONOMIA DO DIREITO	63
3.1 A mediação dialética entre sistema e problema.....	64
3.1.1 <i>O caso jurídico concreto como prius metodológico no jurisprudencialismo</i>	67
3.1.2 <i>Os princípios</i>	69
3.1.3 <i>As normas</i>	71
3.1.4 <i>A jurisprudência</i>	72
3.1.5A <i>doutrina jurídica</i>	73
3.2 A busca das normas aplicáveis no sistema jurídico.....	74
3.3 A questão de direito em concreto por mediação da norma.....	77
3.4 Os limites da juridicidade e o problema jurídico como um problema de lacuna	79
3.5 O direito e a interpretação jurídica	85
3.6 As condições de emergência do direito	89
3.6.1 <i>A condição mundano-social ou condição mundanal</i>	89
3.6.2 <i>A condição humano-existencial ou antropológico-existencial comunitária</i>	90
3.6.3 <i>A condição ética</i>	91
3.7 A autonomia do direito	93
3.7.1 <i>Analogia e realização do direito por autônoma constituição normativa</i>	96
4 A AUTONOMIA DO DIREITO E A METODOLOGIA JURISPRUDENCIALISTA COMO INSTRUMENTO PARA SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS JURÍDICOS RELACIONADOS À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	101

4.1 O conhecimento da origem biológica como direito fundamental à personalidade na reprodução assistida.....	106
4.2 A interrupção da gravidez de feto anencéfalo gerado por maternidade de substituição ..	115
4.3 A reprodução humana assistida e a utilização dos embriões excedentários criopreservados por um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros	126
4.4 A possibilidade de implantação de embrião ou gameta sem autorização expressa do <i>de cujus</i> na reprodução assistida <i>post mortem</i>	134
CONCLUSÃO	140
REFERÊNCIAS	144

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema as implicações jurídicas da reprodução humana assistida, através da possibilidade de aplicação da metodologia jurisprudencialista na busca da decisão jurídica correta para os conflitos advindos da utilização das técnicas de procriação assistida não regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Justifica-se pela pretensão de fornecer um caminho para a solução dos conflitos advindos da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, através da metodologia jurídica jurisprudencialista de Antônio Castanheira Neves uma vez que a ciência é mais veloz que o direito, o que cria um hiato entre a legislação existente e a evolução científica.

A ciência médica evolui na expectativa de sanar problemas humanos. A infertilidade e a esterilidade, que historicamente já foram consideradas incuráveis, na atualidade, encontram possibilidades de solução na realização da parentalidade por meio de uma das técnicas de reprodução humana assistida, sendo uma delas a fertilização *in vitro*.

A ciência caminha a passos largos, ao passo que a cultura humana é enraizada ao longo dos séculos em cada modelo civilizacional. A quebra de paradigmas pode ser benquista ou malquista pela sociedade, a depender dos conceitos éticos, filosóficos, culturais que os seres humanos carregam e aceitam. No entanto, existem denominadores comuns. A ciência não pode evoluir de forma que direitos fundamentais sejam violados, o que se torna um limite para a evolução científica.

A presente pesquisa partirá do entendimento de que a reprodução humana assistida é um desdobramento do direito ao planejamento familiar, que no Brasil é um direito fundamental garantido a todos, não dizendo respeito somente à decisão de ter ou não filhos, mas também de ter filhos de forma assistida, através das técnicas de reprodução humana desenvolvidas pela ciência, uma vez que a Constituição da República de 1988 (CR/1988) assegura proteção à entidade familiar, em seu art. 226, *caput*¹, e também o direito ao planejamento familiar, no art. 226, § 7º, delineado pela Lei nº 9.263/96².

As técnicas de reprodução assistida homóloga ou heteróloga concretizam uma ampliação do rol das entidades familiares absorvidas pelo ordenamento jurídico brasileiro e o

¹ Art. 226, *caput*, da CR/1988 “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

² Art. 226, §7º, da Constituição da República “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”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

alcance do direito fundamental ao planejamento familiar que passa a alcançar a procriação de forma assistida. A abrangência do conceito constitucional de família reforça o entendimento do direito de constituir família de forma assistida e a relevância da questão.

As técnicas de reprodução humana assistida não são regulamentadas por lei específica no Brasil, o que gera dúvidas e conflitos a serem solucionados. Com a ausência de legislação específica, o único guia de referência para a utilização das técnicas é a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 2.121/2015³, que adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos, sendo a quarta Resolução a tratar do tema no país, após a Resolução CFM nº 1.358/92⁴, a Resolução CFM nº 1.957/2010⁵ e a Resolução CFM nº 2.013/2013.⁶

O objetivo geral do presente trabalho compreende analisar a possibilidade da utilização da metodologia jurídica jurisprudencialista, segundo referencial teórico de António Castanheira Neves, para a solução dos conflitos advindos das técnicas de reprodução humana assistida diante da falta de regulamentação específica da matéria no ordenamento jurídico brasileiro.

A proposta dessa pesquisa não é dar a solução em si para os conflitos advindos da utilização das técnicas de reprodução humana assistida e sim, através da metodologia jurídica jurisprudencialista de António Castanheira Neves, propor um caminho para enfrentar estes problemas e todos os outros que decorram da procriação assistida.

Para o objetivo proposto, a presente pesquisa apresentará: estudo do planejamento familiar no Brasil, histórico e possibilidades através do direito reprodutivo, análise dos aspectos jurídicos da reprodução humana assistida no direito brasileiro, compreensão da metodologia jurídica jurisprudencialista proposta por António Castanheira Neves, das condições de emergência e da autonomia do direito e possível identificação da metodologia apresentada como instrumento adequado para a solução dos conflitos provenientes do uso das técnicas de reprodução humana assistida, em específico: o conhecimento da origem biológica como direito fundamental à personalidade na reprodução assistida, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo gerado por maternidade de substituição, a utilização dos embriões excedentários criopreservados por um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros e a possibilidade

³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 jul. 2015.

⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 1.358/1992. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 nov. 1992.

⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 1.957/2010. *Diário Oficial da União*, Brasília, 06 jan. 2011.

⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.013/2013. *Diário Oficial da União*, Brasília, 09 maio 2013, Seção I, p. 119.

de implantação de embrião ou gameta sem autorização expressa do *de cuius* na reprodução assistida *post mortem*.

Pode o direito da identidade biológica como direito da personalidade ser violado em favor do sigilo da identidade dos doadores de gametas mesmo não sendo estabelecida uma relação de parentalidade? A mãe de substituição pode decidir pela interrupção da gestação de feto anencéfalo, conforme a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54? É possível que, após dissolvido o vínculo entre cônjuges ou companheiros, um deles possa vir a fazer uso dos embriões criopreservados sem a anuência do outro? Existe a possibilidade de implantação de embrião ou gameta sem autorização expressa do *de cuius* na reprodução assistida *post mortem*?

Na busca da decisão jurídica correta para os problemas jurídicos que envolvem as técnicas de reprodução humana assistida, o presente estudo fará uso da metodologia jurídica jurisprudencialista de António Castanheira Neves como proposta de caminho para solução dos conflitos. O autor une hermenêutica filosófica e metodologia jurídica, entendendo que a decisão jurídica correta precisa do método.⁷ Acredita que mesmo na sociedade contemporânea, na qual os valores éticos e os princípios morais se encontram fragmentados, existem princípios substanciais. O jurisprudencialismo é uma concepção substancialista.

Segundo o entendimento de António Castanheira Neves, o direito é uma realização prática, além do positivismo. Tal concepção é pós-positivista não procedimental.⁸ O jurisprudencialismo recorre ao instrumental metódico da fenomenologia, mas não nasce como as outras escolas fenomenológicas. Volta-se para o problema atual do direito e deve ser entendido pelos casos jurídicos práticos.⁹

O direito é uma realização jurídica prática, não se esgota nas normas preexistentes no sistema. Os casos concretos convocam uma reflexão. A decisão jurídica correta faz uso de normas, princípios positivos, transpositivos, suprapositivos, doutrina e jurisprudência na mediação com o problema concreto. Os princípios são os fundamentos, os critérios são as normas. As normas, devido à força vinculante, são o núcleo duro do sistema. É o critério normativo oferecido para o questionamento do caso concreto. Os fundamentos justificam os critérios.

⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *O actual problema metodológico da Interpretação Jurídica I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 45-106.

⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 403-405.

⁹ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. O princípio ontológico da historicidade radical e o problema da autonomia do direito: ensaio de aproximação filosófica do jurisprudencialismo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 47, 2005.

A interpretação jurídica é uma atitude metodológica, é uma resposta normativa adequada à pergunta que o problema faz para o sistema. Os casos jurídicos concretos são o ponto de partida da interrogação. São novas perguntas que exigem novas respostas. A questão-de-fato refere-se ao problema concreto. A questão-de-direito se relaciona com a intencionalidade normativa.

O caso jurídico prático faz uma pergunta para o direito e dele aguarda uma resposta. A decisão jurídica correta, ou resposta do direito, está na mediação entre sistema e problema, ou seja, entre a intencionalidade normativa do direito e a intencionalidade problemática do caso concreto¹⁰.

O problema prático é o ponto de partida e a realização prática do direito é uma tarefa de mediação entre o sistema e o problema, entendendo que para a compreensão da problemática é preciso uma pré-compreensão do direito, que só ocorre na realização jurídica prática.

Diante da mediação estabelecida, o caso jurídico prático pode encontrar como resposta no direito uma norma que se enquadre perfeitamente ao caso, uma que se enquadre parcialmente ou também uma que não se encaixe com o problema proposto.¹¹

Um caso jurídico novo não significa uma lacuna no direito. A falta de norma correspondente no sistema levará a decisão jurídica a ser constituída pela normatividade do direito de modo autônomo, pois não há óbice a uma norma não previamente estabelecida no sistema.

A decisão jurídica vai encontrar a pergunta que o caso jurídico novo vai fazer para o direito poder respondê-la. Os novos casos jurídicos que não obtiverem respostas no sistema, na intencionalidade normativa do direito, farão uso das condições existenciais da emergência do direito.¹²

A primeira condição existencial de emergência do direito é a mundano-social, em que o homem somente existe coexistindo com outros homens em sociedade. A segunda condição é a antropológico-existencial, que demonstra a existência do homem no mundo 'como homem'. A terceira é a condição ética, que garante a autonomia do direito e dá ao direito o sentido de direito. O homem não é somente destinatário do direito, mas ainda sujeito do

¹⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 155-170.

¹¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 440-452.

¹² CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 207-229.

próprio direito. Deve ser não apenas beneficiário, mas também comprometido com ele.¹³

António Castanheira Neves apresentará dois problemas do direito: o do sentido e o da autonomia. Revelará duas perspectivas do sentido do direito: a perspectiva da sociedade e a do homem. Afirmará a autonomia do direito como necessidade de autossustentação de sentido. Existe uma importância na manutenção da autonomia do direito uma vez que novos casos surgem e o direito precisa apresentar uma decisão jurídica correta para esses novos casos.¹⁴ Para o autor a lacuna se diferencia do positivismo, tendo em vista que a existência de uma lacuna na lei não pressupõe uma lacuna no direito.

A pesquisa não fará uso da analogia entre problemas práticos, pois para que haja analogia o concreto sentido problemático jurídico tem que ter uma conexão justificada, as intenções constitutivas da juridicidade devem ser as mesmas (a solução do caso-foro é adequada para o caso-tema), o que requer a mesma disposição do direito. A analogia jurídica precisa de critérios teleológicos e valorativos para se justificar. É uma relação de semelhança e não de identidade.

No caso das técnicas de reprodução humana assistida, para tentativa de solução dos casos novos trazidos pelo avanço da ciência, mesmo diante da falta de regulamentação específica da matéria, a mediação dialética entre sistema e problema, na realização prática do direito, partindo-se do caso concreto, será feita avocando normas, princípios, doutrina e jurisprudência para estabelecer a mediação e verificar a possibilidade de alcançar a decisão jurídica correta.

Assim, visando a um melhor detalhamento sobre o presente estudo, esta investigação estará estruturada em quatro capítulos.

O capítulo primeiro fará a análise do direito fundamental ao planejamento familiar no Brasil, incluindo histórico geral e constitucional, evolução através das diversas formas de filiação, fundamentos do direito à liberdade do exercício reprodutivo e limitações através de princípios, de forma a compreender que a reprodução humana assistida é um desdobramento do direito fundamental ao planejamento familiar e que alcança a concepção de forma assistida.

O segundo capítulo apresentará os aspectos jurídicos da reprodução humana assistida no direito brasileiro, visando desenvolver uma abordagem histórica como forma de pautar sua

¹³ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 13-41. v. 3.

¹⁴ CASTANHEIRA NEVES. *O direito hoje e com que sentido?* o problema atual da autonomia do direito. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 43-73. v. 3.

origem. Discorrerá sobre a bioética e a evolução científica, classificará as técnicas de reprodução humana assistida, necessárias ao exercício da liberdade fundamental de procriar e apresentará a Resolução do CFM n° 2.121/2015, destacando os limites de idade para a utilização das técnicas e o termo de consentimento livre e informado obrigatório como referência de manifestação de vontade, além de pontuar os problemas jurídicos que envolvem a falta de regulamentação específica da matéria no ordenamento jurídico brasileiro.

Logo após, no terceiro capítulo, será feito um estudo da metodologia jurídica jurisprudencialista de António Castanheira Neves, autor adotado como marco teórico para o presente estudo, alcançando as condições de emergência do direito e sua autonomia. A princípio será apresentada a mediação dialética entre sistema e problema, sistema composto por normas, princípios, jurisprudência e doutrina e o problema composto pelo caso jurídico concreto como *prius* metodológico no jurisprudencialismo. Buscará as normas aplicáveis no sistema jurídico e a sua adequação ao caso concreto, apresentará a questão de direito em concreto por mediação da norma, os limites da juridicidade e da não delimitação de forma legalista das lacunas, o direito e a interpretação jurídica entre o ‘direito’ e o ‘direito. Demonstrará que o direito também se realiza sem a mediação das normas, através das condições de emergência do direito: mundano-social, humano-existencial e ética. Afirmará a autonomia do direito como auto-subsistência de sentido, para, então, perpassar pelo critério da analogia e a realização do direito por autônoma constituição normativa.

Por fim, no quarto e último capítulo será identificado se a metodologia jurídica jurisprudencialista apresentada tem instrumentos adequados para resolver os conflitos provenientes da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, em específico: do conhecimento da origem biológica como direito fundamental à personalidade, da interrupção da gravidez de feto anencéfalo gerado por maternidade de substituição, da utilização por um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros dos embriões excedentários criopreservados e da possibilidade de implantação de embrião ou gameta sem autorização expressa do *de cuius* na reprodução assistida *post mortem*.

Importante ressaltar que a proposta do trabalho não é dar solução específica aos problemas propostos pelo quarto capítulo, até porque a metodologia jurisprudencialista adotada pressupõe problemas jurídicos concretos, mas sim discutir a aplicabilidade daquela metodologia para o enfrentamento das questões jurídicas decorrentes do uso das técnicas de reprodução humana assistida.

1 PLANEJAMENTO FAMILIAR E DIREITO REPRODUTIVO: HISTÓRICO E POSSIBILIDADES

O presente capítulo versa sobre o exercício do planejamento familiar no Brasil, conceituando o tema como a decisão do homem e da mulher, juntos ou separadamente, decidirem por ter ou não filhos e, na decisão por tê-los, exercerem o direito reprodutivo natural ou, se necessário, através de uma das técnicas de reprodução humana assistida. A decisão envolve quando, como, quantos e qual o espaço de tempo darão entre seus filhos, conscientes da condição de que a liberdade acompanha a responsabilidade para com a prole.

Historicamente, será apresentada a origem da denominação e evolução do tema. De forma a fundamentar a proteção da formação das famílias no ordenamento jurídico brasileiro, observar-se-á o surgimento e evolução do planejamento familiar, até o reconhecimento como direito humano básico e atual regulamentação pelo § 7º do art. 226 da CR/1988¹⁵ e pela Lei nº 9.263/96.¹⁶

Ademais, serão apresentados como limites ao planejamento familiar: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da paternidade responsável e o princípio do melhor interesse da criança, todos objetivando a proteção integral da família.

1.1 Histórico das relações familiares

Para o estudo do planejamento familiar, faz-se importante a definição do que é 'família', uma vez que houve mudanças na instituição familiar, provenientes do processo de contínua evolução da sociedade.

A família, base da sociedade, é formada por pessoas unidas por laços de consanguinidade ou afinidade. É uma entidade histórica, interligada aos rumos da história, em que se confunde a própria história da família com a história da humanidade¹⁷. A família não tem um princípio estacionário, as formas de família possuem movimentos de mudança, sendo necessário lembrar que o conceito de família não se inicia em uma concepção tradicional monogâmica. Estudos históricos revelam situações em que homens praticavam a poligamia ao mesmo tempo em que as mulheres praticavam a poliandria, sendo os filhos comuns a

¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 jan. 1996.

¹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 1, p. 7-17, abr./jun. 1999. p. 17.

todos.¹⁸

O direito de ‘constituir família’, hoje, não se encontra atrelado ao direito de ‘contrair casamento’. Existe uma pluralidade de entidades familiares formadas por laços sanguíneos, de afetividade e de reciprocidade.

O planejamento familiar hodierno é tema que envolve:

- a) concepção;
- b) contracepção;
- c) esterilização;
- d) reprodução humana assistida;
- e) acepção;
- f) aborto;
- g) mortalidade materna e infantil;
- h) procriação responsável;
- i) criação;
- j) abandono afetivo;
- k) desenvolvimento da personalidade da criança, entre outros.

Trata-se o planejamento familiar da liberdade que as pessoas têm de decidirem de forma responsável quantos, quando, como e com quem querem ter seus filhos. É uma segurança que proíbe práticas coercitivas por parte do Estado, sendo exemplo a proibição do controle demográfico.

Em retrospecto histórico, a gravidez evitada foi praticada há muito tempo, conforme referência dos papiros egípcios de 1850 a.C. e 1550 a.C. (“*Petri Papyros*” e “*Ebers Papyros*”). Assim também o faziam os hebreus. Na Grécia antiga, foi Aristóteles, no século IV a.C, quem falou sobre anticoncepcionais. Han-Fen-Tzu, há cerca de 500 a.C., disse que a vida de uma nação dependia não do número de pessoas, mas de ter alimento suficiente para o povo.¹⁹

A expressão planejamento familiar - *family planning* – tem sua origem na expressão *birth control* - controle de natalidade - e surge no Iluminismo britânico, particularmente com Thomaz Ribert Malthus. De acordo com a teoria malthusiana, a população cresce em

¹⁸ ENGELS, Frederich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2012. p. 37.

¹⁹ GRINBERG, Rosana. Planejamento familiar: aspectos médico-ético-legais. *Revista trimestral de jurisprudência dos Estados*. São Paulo, v. 29, n. 08, p. 3-35, out./dez. 1984.

progressão geométrica e os alimentos o fazem em progressão aritmética. Para o equilíbrio são propostos travões preventivos como o aborto, o infanticídio e o controle de natalidade.

Malthus exigiu as *poor laws*, que proibiam pessoas pobres de contraírem matrimônio e de receberem ajuda para sair da situação da miséria. É o poder econômico do liberalismo sobrepondo-se à liberdade pessoal. Quanto à organização familiar, um operário somente poderia se casar quando houvesse certeza de que poderia sustentar seis filhos.²⁰ Além disso, se a população cresce em progressão geométrica e os alimentos em progressão aritmética, não haveria recursos para boa educação e saúde para todos.

John Stuart Mill é um pensador que também faz referência à “lei da população”. Com pensamento antinatalista e utilitarista, entende que a produtividade está relacionada com a população, com qualidade para toda coletividade, em que nenhum indivíduo tem direito absoluto à sua felicidade. O neomalthusianismo, apoiado no utilitarismo, apostou na contracepção em grande escala - *birth control* - como tentativa de solução da pobreza, solução não econômica para um problema econômico. O *birth control* traz objetivo sanitário e melhora da saúde, sendo a Igreja Católica importante opositora.²¹

Margaret Sanger importou o *birth control* da Europa para os Estados Unidos. Ali, a expressão, aos poucos, foi substituída, em seus estudos, por *family planning*, direito humano para promoção da saúde. Criou em 1952, em Londres, o International Planned Parenthood Federation (IPPF). Na década de 1960, os Estados Unidos implementavam uma política de ajudar economicamente países latino-americanos, desde que esses adotassem estratégias de redução do crescimento demográfico.²² O individualismo e o subjetivismo são aspectos do conceito de *family planning*.

Diante da falta de políticas públicas para atender a demanda por métodos de controle e espaçamento da fecundidade, foi criada, em 1965, a Sociedade Bem-estar da Família (BEMFAM) que passou a oferecer serviços de planejamento familiar. A sociedade BEMFAM se filiou, em 1967, à IPPF. São também entidades da época: o Centro de Pesquisa de Assistência Integral à Mulher e à Criança (CPAIMC) criado em 1975 e a Associação Brasileira de Entidades de Planejamento Familiar (ABPF) criada em 1981. Ressaltando que mesmo com as entidades, apenas uma parte da demanda pela regulação da fecundidade era

²⁰ PONTIFÍCIO CONSELHO PARA FAMÍLIA. *Léxico da família: termos ambíguos e controversos sobre família, vida e aspectos éticos*. Portugal: Princípiã, 2010. p. 815.

²¹ PONTIFÍCIO CONSELHO PARA FAMÍLIA. *Léxico da família: termos ambíguos e controversos sobre família, vida e aspectos éticos*. Portugal: Princípiã, 2010. p. 818-820.

²² COSTA, Ana Maria. Planejamento familiar no Brasil. *Revista Bioética*, Brasília, v. 4, n. 2, jul. 2004. p. 209-215.

atendida.²³

No Brasil existe, desde 1984, o Programa Assistência Integral à Saúde da Mulher: bases de ações programáticas (PAISM), elaborado pelo Ministério da Saúde (MS), sendo dever do Estado garantir a assistência e liberdade de escolha de quantos querem e quando querem procriar.²⁴

Ressalta-se que a saúde da mulher brasileira está distante do regular. O PAISM foi criado pelo MS pouco antes da Constituição da República de 1988 e foi recebido com esperança diante de um quadro epidemiológico da população feminina. No programa, a prática educativa conduzia as mulheres para escolhas de melhores alternativas.

O direito ao planejamento familiar foi reconhecido como direito básico humano, em 1968, na Conferência de Direitos Humanos de Teerã, que estabeleceu que os casais pudessem decidir livremente sobre quantos filhos queriam ter. Como direito das pessoas, foi reconhecido na Conferência Mundial de População de Bucareste, em 1974, sendo dever do Estado assegurar o direito ao planejamento familiar. Em 1975, no México, a I Conferência Mundial do Ano Internacional da Mulher "garantiu o direito à integralidade física, à decisão sobre o corpo, a diferentes opções sexuais, aos direitos reprodutivos e à maternidade opcional". Em 1994, no Cairo, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, o direito ao planejamento familiar é considerado fundamental aos direitos humanos e ao desenvolvimento das populações, assim também em 1995, na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pequim.²⁵

A saúde reprodutiva, de acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), constitui-se em “um estado de bem-estar físico, mental e social, e não de mera ausência de enfermidades.” A saúde sexual deve estar no bem-estar dos indivíduos, na saúde reprodutiva, com atenção especial para a saúde materna e infantil.²⁶

O planejamento familiar veio a ter lei específica no Brasil em 12 de janeiro de 1996, Lei n. 9.263/96, feita logo após a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento do Cairo (CIPD), em 1994. Ela regula o § 7º do art. 226 da CR/1988, que trata do planejamento familiar.

Cabe questionar se a Lei infraconstitucional n. 9.263/96, que regula o § 7º do art. 226 da CR/1988, aludindo ao planejamento familiar, ultrapassa o papel do Estado estabelecido

²³ ALVES, José Eustáquio Diniz. *O planejamento familiar no Brasil*. [S. l.]: UFRJ, 5 jun. 2010.

²⁴ PORTAL DA SAÚDE. *Detalhes: mais sobre saúde da mulher*. Brasília: Portal, 5 set. 2013.

²⁵ LOCH, Jussara de Azambuja; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. (Org.) *Bioética na atualidade*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2014. p. 94.

²⁶ SANTOS, Ana Emília Arend dos et al. *Sexual e reprodutiva: direitos e desafios de um mundo multicultural*. [S. l.]: SINUS, 2011.

pelo art. 226 § 7º da CR/1988.

De acordo com a Lei n. 9.263/96, art. 2º, planejamento familiar é 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”²⁷, sendo direito de todo cidadão, não podendo ser utilizado para controle demográfico. Importante observar que a lei já faz menção ao homem e à mulher de forma individual, deixando de estar restrita ao casal. Utiliza-se do termo “fecundidade”, originário do latim - *fecunditate* - que significa fertilidade facultade reprodutora.²⁸ No art. 3º enuncia que “O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde”.²⁹

O Sistema Único de Saúde (SUS) garantirá: a assistência à concepção e contracepção; o atendimento pré-natal; a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato; o controle de doenças sexualmente transmissíveis; o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis, conforme redação da Lei n. 13.045/14.³⁰

Existem políticas de atenção integral à saúde da mulher em busca da saúde reprodutiva para o fiel desempenho do papel do Estado no direito ao planejamento familiar.

Prevê o art. 4º da Lei n. 9.263/96 que: “O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade”.³¹ É dever do Estado garantir educação para possibilitar o livre exercício do planejamento familiar (art. 5º).

Já o art. 9º, *caput*, afirma: “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”.³²

²⁷ BRASIL. Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 jan. 1996.

²⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme; PERROTTI, Maria Regina Machado; PERROTTI, Marcos Antônio. Direito do planejamento familiar. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 749, n. 87, p. 46-59, mar. 1998.

²⁹ BRASIL. Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 jan. 1996.

³⁰ BRASIL. Lei nº 13.045 de 25 de novembro de 2014. Altera as Leis nos 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que “regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências”, e 10.289, de 20 de setembro de 2001, que “institui o Programa Nacional de Controle do Câncer de Próstata”, a fim de garantir maior efetividade no combate à doença. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 nov. 2014.

³¹ BRASIL. Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 jan. 1996.

³² BRASIL. Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília,

São métodos de concepção e contracepção aceitos para o exercício do planejamento familiar, entre outros: esterilização de qualquer dos parceiros, dispositivos intra-uterinos (DIU), anticoncepção oral, por esteróides, esteróides injetáveis de ação prolongada, esteróides vaginais locais, camisinha masculina e feminina e tabela.

Ao oferecer, no art. 9º, “todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas”³³, a Lei reconhece o uso das técnicas de reprodução humana assistida para o livre exercício do planejamento familiar.

Importante ressaltar que o planejamento familiar envolve a educação e informação acerca dos mecanismos. No § 5º do art. 10 da Lei em questão: “Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges”³⁴, demonstra a necessidade de consentimento do cônjuge, uma limitação ao direito à disposição do próprio corpo e da autonomia de escolha de cada indivíduo.

A Lei nº 9.263/96 também oferece pelo SUS o direito ao planejamento familiar, mediante tratamento com técnica de reprodução humana assistida, mesmo que a matéria não seja regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro. Importante, por parte do Estado, que sejam esclarecidas as técnicas de procriação, uma vez que a procriação é um direito fundamental.

Ressaltando que, de forma inversa, o aumento da população no mundo tem levado filósofos e políticos a apoiarem políticas sociais sobre contracepção, esterilização e aborto, como método de estanque de superpovoamento.³⁵

Carlos Simón Vázquez, ao analisar a história e a evolução do conceito de planejamento familiar, coloca o direito à livre decisão quando à procriação atrelada à responsabilidade que lhe acompanha. Observa-se:

Perante o crescimento demográfico, coloca-se a questão de saber se ele deve ou não ser limitado e por quem. Partindo do princípio fundamental de que o homem não tem um domínio absoluto sobre a vida e as leis da sua transmissão, torna-se evidente a necessidade de estimular, a nível social, a plena consciência daquilo que implica um novo nascimento, tendo em vista uma regulação do número de filhos com base

15 jan. 1996.

³³ BRASIL. Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 jan. 1996.

³⁴ BRASIL. Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 jan. 1996.

³⁵ PONTIFÍCIO CONSELHO PARA FAMÍLIA. *Léxico da família: termos ambíguos e controversos sobre família, vida e aspectos éticos*. Portugal: Princípa, 2010. p. 396.

numa decisão livre e responsável, pois o direito de procriar comporta sempre o dever de assumir a responsabilidade e as eventuais conseqüências de uma nova pessoa humana.³⁶

O crescimento populacional pode ser delimitado pelo Estado através de políticas públicas ou somente os indivíduos poderão fazê-lo?

A liberdade ao pleno exercício do planejamento familiar, deve vir acompanhada dos limites dados pelo princípio da responsabilidade do(s) genitor(es) em relação à vida que virá, pelo princípio da dignidade humana e pelo princípio do melhor interesse da criança. Um dos direitos fundamentais do homem é o de transmissão da vida. O Estado não pode interferir no direito reprodutivo humano e a responsabilidade é de quem quis a criança.

A Portaria nº 95, de 26 de janeiro de 2001, publicada no Diário Oficial do mesmo ano, Norma Operacional de Assistência à Saúde (NOAS) estabelece aos municípios a responsabilidade pelo planejamento familiar, ampliando, assim, as responsabilidades desses na Atenção Básica.

A retrospectiva histórica geral do direito ao planejamento familiar se fez necessária para demonstrar pontos de interferência na evolução do direito ao livre planejamento familiar no que se refere ao direito previsto nas Constituições Brasileiras:

- a) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891;³⁷
- b) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934;³⁸
- c) Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937;³⁹
- d) Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946;⁴⁰
- e) Constituição da República Federativa do Brasil de 1967;⁴¹
- f) Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967;⁴²

³⁶ VÁZQUEZ apud PONTIFÍCIO CONSELHO PARA FAMÍLIA. *Léxico da família*: termos ambíguos e controversos sobre família, vida e aspectos éticos. Portugal: Princípa, 2010. p. 813.

³⁷ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. *Diário Oficial da União*, 24 fev. 1891.

³⁸ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934.

³⁹ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 22 nov. 1937.

⁴⁰ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 19 set. 1946.

⁴¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 de jan. 1967.

⁴² BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 out. 1969.

g) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.⁴³

1.2 Fundamentos constitucionais do direito ao planejamento familiar

No histórico da proteção da família nas Constituições Brasileiras de 1891 até 1988, a assistência à procriação foi feita de diversas formas, sendo a efetivação dos direitos fundamentais sociais uma das dificuldades da transição democrática.

A família se expressa desde o Brasil colonial, passa pelo Império e pela República, mas o planejamento familiar, como direito das pessoas e dever do Estado, surgiu após a Conferência Mundial de População de Bucareste, de 1974⁴⁴. Houve tempo de recessão democrática.

As Constituições políticas do século XVIII refletem um Estado absoluto. Posteriormente foram trazendo as questões sociais, resultantes do crescimento da população europeia pós Revolução Industrial.

A Constituição Brasileira de 1824, primeira carta da história constitucional do país, e a Constituição do Império, já garantiam aos cidadãos brasileiros direitos civis de liberdade, segurança individual e propriedade. A corrente de pensamento, dessas Constituições mencionadas, predominante era o liberalismo, que colocava o homem como sustentáculo do sistema social.

A Constituição da República Brasileira, de 1891, em referência à tutela jurídica da família, do ponto de vista formal, faz acanhada menção ao casamento civil⁴⁵. Com curta duração, a Constituição da República Brasileira de 1934 previa proteção à família no art. 144 “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”⁴⁶. Havia a adoção de um modelo único de família, constituído pelo casamento indissolúvel.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil 1937 contemplava a proteção à família no art. 124 “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.” No art. 127 era previsto “Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação de sua prole”⁴⁷.

⁴³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988.

⁴⁴ ALVES, José Eustáquio Diniz. *O planejamento familiar no Brasil*. [S. l.]: UFRJ, 5 jun. 2010.

⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2115.

⁴⁶ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934.

⁴⁷ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). *Diário Oficial da União*,

Durante todo o período do governo de Getúlio Vargas, “Estado Novo”, a Constituição adotava dispositivos que favoreciam a família numerosa através:

- a) da regulamentação e desestímulo ao trabalho feminino;
- b) do adicional de imposto de renda que incidia sobre os solteiros ou os casados sem filhos;
- c) da facilidade para adquirir a casa própria para quem pretendesse se casar;
- d) do complemento de renda aos casados com filhos;
- e) do reforço de renda aos chefes de famílias numerosas cuja renda fosse inferior a certo patamar e
- f) das regras que privilegiavam os casados com filhos para o acesso e promoção no serviço público.⁴⁸

Na Constituição de 1937, além de incentivo ao casamento e à reprodução, houve legislação que proibia métodos contraceptivos e aborto.⁴⁹ Mantido o modelo único de família constituído pelo casamento indissolúvel.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 trazia no art. 163 a proteção à família “A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.” E no art. 164 “amparo das famílias de prole numerosa”.⁵⁰ Mantido o modelo único de família constituído pelo casamento indissolúvel.

A Constituição do Brasil de 1967 foi uma carta ditatorial que apresentou um laconismo constitucional sobre a matéria, no entanto, protegeu a família no art. 175 “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.”⁵¹

Os militares tomaram o poder em 1964 e adotaram políticas demográficas de expansão - Programa Estratégico de Desenvolvimento. Em 1967 foi criada a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) com intuito de investigar denúncias de “esterilizações maciças” de mulheres na Amazônia.⁵² A Constituição em questão não fez referência aos filhos e foi mantido o modelo único de família constituído pelo casamento indissolúvel.

Rio de Janeiro, 22 nov. 1937.

⁴⁸ FONSECA apud ALVES, José Eustáquio Diniz. *O planejamento familiar no Brasil*. [S. l.]: UFRJ, 5 jun. 2010.

⁴⁹ ALVES, José Eustáquio Diniz. *O planejamento familiar no Brasil*. [S. l.]: UFRJ, 5 jun. 2010.

⁵⁰ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 19 set. 1946.

⁵¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 jan. 1967.

⁵² ALVES, José Eustáquio Diniz. *O planejamento familiar no Brasil*. [S. l.]: UFRJ, 5 jun. 2010.

Com características semelhantes à Constituição de 1967, a Constituição Brasileira de 1969 também foi concisa no título da família, trazendo no art. 175, *caput* “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”⁵³. Mantido o modelo único de família constituído pelo casamento indissolúvel até sua eliminação pela Emenda Constitucional n. 9/77⁵⁴.

A Constituição da República de 1988 classifica os Direitos e Garantias Fundamentais em cinco capítulos:

- a) Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º);
- b) Capítulo II - Dos Direitos Sociais (art. 6º - art. 11º);
- c) Capítulo III - Da Nacionalidade (art. 12º - art. 13º);
- d) Capítulo IV - Dos Direitos Políticos (art. 14º - art. 16º);
- e) Capítulo V - Dos Partidos Políticos (art. 17º).⁵⁵

Existe uma concentração de direitos fundamentais. O art. 5º da CR/1988 contém os direitos fundamentais individuais. Inclui os direitos e deveres individuais e coletivos nos 78 incisos e quatro parágrafos, assegurando, entre outros, o direito à vida, à igualdade, à segurança, à liberdade e à propriedade. Assegura ainda os direitos que são o núcleo dos direitos fundamentais individuais. “A igualdade é a base sólida sobre a qual se sustentarão as liberdades individuais”.⁵⁶ O direito de igualdade é garantido a “todos”, o que significa que todas as pessoas têm o direito a tratamento igualitário, de não serem discriminadas em critérios como sexo, cor, idade, religião, nacionalidade, condição social, convicção política, filosófica etc.

O constituinte de 1988 deu a todos o direito de planejamento da sua família e o direito de constituir família deve ser igual. A igualdade é a marca fundamental da democracia. O direito de igualdade é garantido a todos e pode ser entendido como exigência de tratamento igualitário ou como proibição de tratamento discriminatório, de acordo com o princípio da isonomia, que é o alicerce dos direitos individuais.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, traz, em seu art. 1º, o

⁵³ BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 out. 1969.

⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2116.

⁵⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

⁵⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos 10: igualdade jurídica*. [S. l.]: Do autor, 1991.

direito à igualdade. Conforme apresentado no *caput* do art. 5º da CR/1988: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]”⁵⁷ O inciso I do art. 5º estabelece que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. É vedado qualquer tipo de discriminação em função do sexo. Observa-se que há praticamente uma repetição do *caput* que já assegura a igualdade. No entanto, o inciso I justifica-se pela cautela do legislador constituinte originário em assegurar a proteção à mulher em função do histórico discriminatório.

A igualdade jurídica significa que todas as pessoas submetidas à lei têm o direito de serem iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, idade, raça, religião, convicção política, convicção filosófica, condição social ou outra diferença que se estabeleça.⁵⁸

A CR/1988 adotou um modelo democrático de família, sem discriminação entre cônjuges, com igualdade entre filhos, no qual não há direito sem responsabilidade ou autoridade sem democracia. Declara a família como base da sociedade e a protege no art. 226, *caput* “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, ratificando a democracia.⁵⁹ O art. 226, § 7º, previsto no tema do Capítulo VII - Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, do Título VIII - Da ordem social enuncia:

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.⁶⁰

Observa-se que o planejamento familiar proposto não se confunde com políticas de controle demográfico.

O parágrafo 7º do art. 226 em questão traz embutidos diversos princípios, entre os fundamentais, que evitam tantas improbidades, tem-se, por exemplo, uma política coercitiva de esterilização. Em respeito à dignidade da pessoa humana o dispositivo proíbe “qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.⁶¹

O cidadão é livre desde a escolha entre ter ou não um parceiro. Prevista no art. 226, § 4º da CR/1988, “entende-se, também, como entidade familiar, a comunidade formada por

⁵⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988.

⁵⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos 10: igualdade jurídica*. [S. l.]: Do autor, 1991.

⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2117.

⁶⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2122.

qualquer dos pais e seus descendentes”⁶², a família monoparental, que pode surgir com a utilização da Técnica de Reprodução Humana Assistida denominada fertilização *in vitro* regulamentada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015⁶³ é apenas um exemplo do exercício da liberdade de planejamento familiar.

Na sequência, pode-se citar a família constituída por união estável, prevista no art. 226, § 3º, da CR/1988: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.”⁶⁴

Importante destacar que através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277⁶⁵ e da ADPF nº 132⁶⁶, julgadas conjuntamente nos dias 04 e 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que o regime jurídico da união estável se aplica também para as uniões homoafetivas. Como a CR/1988 reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar e afirma que a lei deve facilitar sua conversão em casamento, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 31 de maio de 2013, publicou a Resolução nº 175 e no art. 1º, dispõe que “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.”⁶⁷

O Conselho Federal de Medicina, na Resolução 2.121/2015⁶⁸, permitiu a utilização da Técnica de Reprodução Humana Assistida aos homossexuais, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

O século XXI trouxe o reconhecimento pelo Direito, em níveis constitucional e infraconstitucional. Desse modo, a família tornou-se plural, comportando várias configurações, tendo o art. 226 da CR/1988 enumeração exemplificativa, e não taxativa. Assume a função social e primordial de promover o desenvolvimento e bem-estar dos seus membros e é repersonalizada, passando de família colonial, extensa, a nuclear.⁶⁹

⁶² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

⁶³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

⁶⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator Ministro: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 15 ago 2013a.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 - Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental. Relator Ministro: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília 14 out. 2011.

⁶⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução Nº 175, de 14 de maio de 2013*. Brasília, CNJ, 2013.

⁶⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

⁶⁹ SOUZA, Marise Cunha de. Os casais homoafetivos e a possibilidade de procriação com a utilização do gameta

A família transformou-se de forma a adaptar-se à realidade social, em respeito à dignidade da pessoa humana. Atualmente são algumas das formas reconhecidas de família:

- a) a oriunda do casamento (art. 226, § 1º e 2º, da CR/1988);
- b) a proveniente de união estável (art. 226, § 3º, da CR/1988);
- c) a família formada por qualquer dos pais com seus descendentes - família monoparental (art. 226, § 4º, da CR/1988);
- d) a família homoparental (ADI nº 4277 e a ADPF nº 132 e Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça); e
- e) a família socioafetiva (repercussão geral reconhecida pelo STF sobre a prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da biológica – Recurso Extraordinário com Agravo - (ARE) 692186).⁷⁰

Guilherme Calmon Nogueira da Gama traz os dispositivos que tratam do planejamento familiar na Constituição da República em vigência:

A Constituição da República brasileira de 1988, em alguns dispositivos, de maneira direta ou indireta, trata do tema envolvendo os direitos reprodutivos e, nesse contexto, o direito ao planejamento familiar. Assim, podem ser enunciados alguns dispositivos constitucionais de relevo neste tema: a) o art. 1.º, I e II, que prevê a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República brasileira; b) o art. 3.º, I, III e IV, que se refere à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, à erradicação da pobreza e da marginalização, e à promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como os objetivos fundamentais da República; c) o art. 4.º, II, que prevê o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, mas também, por lógica e coerência, nas relações internas; d) o art. 5.º, *caput* e incisos I e X, especialmente, que trata do princípio e direito à igualdade entre as pessoas, especialmente entre homens e mulheres, e do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, entre outros bens que se relacionam ao exercício dos direitos reprodutivos e sexuais; e) o art. 5.º, § 2º, que prevê a encampação de outros direitos fundamentais implícitos e aqueles reconhecidos em tratados e atos internacionais que tenham sido assinados pelo Brasil; f) os arts. 196, 201 e 203, que asseguram o direito à saúde, à proteção especial à gravidez, à maternidade e à assistência social, com caráter de universalidade; g) o art. 226, § 7.º, que prevê o direito ao planejamento familiar.⁷¹

Muitos são os direitos que envolvem o planejamento familiar. Os direitos fundamentais individuais estão previstos na CR/1988 e o Estado deve respeitá-los, não

de um deles e de técnicas de reprodução assistida. *Revista da Emerj*, v. 13, n. 52, 2010.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 692186 - Recurso Extraordinário com Agravo. Relator Ministro: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília 9 set. 2014b.

⁷¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 18, n. 05, p. 21-41, abr./jun. 2004.

podendo violá-los. No Estado Democrático de Direito, inaugurado com a CR/1988, o constitucionalismo é a proteção dos direitos fundamentais. É o Estado de Direito, que significa segurança, permanência e estabilidade.

O planejamento familiar envolve o direito à privacidade, à intimidade. O direito fundamental à privacidade é tratado no inciso X do art. 5º da CR/1988 com a redação que segue: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”⁷²

Os direitos fundamentais individuais, como o direito à vida, o direito às liberdades de pensamento, de expressão, profissional, de informação, de consciência, de crença religiosa, de convicção política, filosófica, de locomoção, de reunião, de associação, direito de igualdade perante a lei, direito à privacidade, à intimidade, à imagem, à honra, à inviolabilidade domiciliar, integridade física, entre outros, são protegidos pelo constitucionalismo e necessários ao exercício da democracia.

Importante destacar que o planejamento familiar confere ao cidadão o direito de escolher se terão ou não filhos, assim como quando e quantos serão. A família pode ser formada também de forma auxiliada, se necessário, uma vez que a CR/1988 reconhece direitos reprodutivos, na impossibilidade de acesso à reprodução de forma natural, o planejamento familiar envolve também a reprodução humana assistida.

Observa-se que o planejamento familiar é um direito fundamental, vai além do fornecimento de contraceptivos nas Unidades de Saúde, está entre outros exemplos: na orientação sobre assistência à saúde integral, na orientação sexual, na assistência à gestante e à criança, no auxílio à reprodução por infertilidade ou esterilidade, na formação de família homoparental e monoparental.

Essa liberdade de escolha, de uma pessoa, um casal homossexual e/ou heterossexual decidir se procriar, deve ser de forma socialmente responsável, obedecendo aos princípios da dignidade da pessoa humana, o princípio da paternidade responsável e o princípio do melhor interesse da criança.

O direito à procriação é um direito individual que pode ser efetivado de forma livre e vedado de qualquer coerção por parte do Estado, podendo ser exercido pelo casal, por uma mulher ou por um homem, duas mulheres e por dois homens, de forma a prevenir a parentalidade ou efetivá-la naturalmente ou através de algumas das técnicas de reprodução humana assistida, oferecidas pelo desenvolvimento da ciência.

⁷² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

O importante é que o planejamento familiar seja exercido de forma livre e o Estado seja vedado de qualquer coerção e limitado à função de “propiciar recursos educacionais e científicos para seu exercício, de modo que todos estejam suficientemente informados e conscientes das maneiras pelas quais podem exercê-lo, respeitados os limites legais”⁷³.

Os problemas que envolvem o planejamento familiar, no Brasil, atrelam-se ao fato de que a regulamentação ordinária da matéria diverge da dinâmica social, sendo a jurisprudência a forma de conciliação entre realidade e legalidade.⁷⁴ Existem lacunas no ordenamento jurídico brasileiro que prejudicam o livre exercício do planejamento familiar, como exemplo, as técnicas de reprodução humana assistida que fazem parte do pleno exercício do direito ao planejamento familiar.

O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução n. 2.121/2015⁷⁵, que adota normas éticas para a realização das Técnicas de Reprodução Humana Assistida, dentre elas a fertilização *in vitro*, por exemplo, limita a idade máxima para a doação de espermatozoides, a idade máxima para a doação de óvulos, o número de embriões a serem implantados, a doação de gametas, o útero de substituição, a fertilização *in vitro post mortem*, o descarte de embriões, a seleção genética, dentre outros, o que, por vezes gera conflitos e fere o direito constitucional ao livre exercício do planejamento familiar.

1.3 O direito à liberdade na formação da parentalidade

O direito à liberdade é previsto no caput do art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”⁷⁶

Os direitos à liberdade e à igualdade fazem parte do Estado Democrático de Direito, estes direitos são relacionados à dignidade da pessoa humana e não são contraditórios.⁷⁷

A todas as pessoas deverá ser dado o direito à liberdade de planejamento familiar. O direito individual fundamental à liberdade deve ser expresso no sentido do exercício humano

⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2122.

⁷⁴ NORTHFLEET, Ellen Gracie. Constituinte: para onde vai a família? *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, n. 50, p. 5-11, set.-dez. 1987. p. 9.

⁷⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

⁷⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

⁷⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p 221.

da livre vontade para a busca da felicidade, da realização pessoal. O exercício da liberdade no planejamento familiar também se atrela a não intervenção do Estado.

A liberdade de exercício do direito reprodutivo por parte dos pais deve estar conjugada à proteção, ao respeito e à dignidade da criança. A parentalidade responsável ou paternidade responsável é um dever, devendo ser respeitados o bem-estar da criança gerada e o acesso a todos os direitos fundamentais a ela reconhecidos, para que haja saudável desenvolvimento da sua personalidade.

O planejamento familiar está, entre inúmeros fatores, na assistência integral à saúde da família, incluindo a assistência à infertilidade, através das técnicas de reprodução humana assistida. As pessoas precisam de informação e orientação para que o tema deixe de estar restrito à distribuição de contraceptivos pelas Unidades de Saúde.

O abrangente conceito constitucional de família faz do livre exercício do planejamento familiar um direito fundamental extensivo à formação da família por técnicas de reprodução humana assistida, técnica cientificamente aceita por não colocar em risco a vida e a saúde das pessoas, uma vez que o planejamento familiar é extensivo a todos, pela garantia de acesso igualitário, não sendo somente a assistência à contracepção, mas também à concepção através de programa de atenção integral à saúde.

A filiação pode ser constituída de diversas formas, algumas através das técnicas de reprodução humana assistida, sendo elas:

- a) filho havido por casal heterossexual através de técnica de reprodução humana assistida homóloga (o material genético é do pai e da mãe) com pai vivo: parentesco consanguíneo de pai e mãe;
- b) filho havido por casal heterossexual através de técnica de reprodução humana assistida homóloga (o material genético é do pai e da mãe) com pai falecido: parentesco consanguíneo de pai e mãe;
- c) filho havido por casal heterossexual através de técnica de reprodução humana assistida homóloga, material genético do pai e da mãe, com embrião excedentário ocorrida após o casamento, companheirismo ou união estável: parentesco consanguíneo de pai e mãe;
- d) filho havido por casal heterossexual através de técnica de reprodução humana assistida heteróloga, com material genético da mãe e material genético masculino de terceiro, sob manifestação de vontade do marido ou companheiro (pai socioafetivo), ocorrida durante casamento, companheirismo ou união estável: parentesco consanguíneo da

- mãe e parentesco civil do pai socioafetivo;
- e) filho havido por casal heterossexual através de técnica de reprodução humana assistida heteróloga, com material genético do pai e material genético feminino de terceiro, com gestação na mãe civil e socioafetiva ou por maternidade de substituição, sob manifestação de vontade da mulher, ocorrida durante casamento, companheirismo ou união estável: parentesco consanguíneo do pai e parentesco civil da mãe socioafetiva;
 - f) filho havido por casal heterossexual através de técnica de reprodução humana assistida heteróloga, com material genético masculino e feminino de terceiro, com gestação na mãe civil e socioafetiva ou por maternidade de substituição, sob manifestação de vontade de ambos, ocorrida durante casamento, companheirismo ou união estável: parentesco civil socioafetivo do pai e parentesco civil socioafetivo da mãe. A paternidade socioafetiva prevalece sobre a paternidade biológica, trata-se da 'posse do estado de filho';
 - g) filho havido por casal homossexual masculino através de técnica de reprodução humana assistida heteróloga, com material genético de um dos pais e feminino de terceiro, com gestação por maternidade de substituição, sob manifestação de vontade, ocorrida durante casamento, companheirismo ou união estável: parentesco consanguíneo do pai (1) e parentesco civil socioafetivo do pai (2), sem estabelecimento de maternidade na filiação;
 - h) filho havido por casal homossexual feminino, através de técnica de reprodução humana assistida heteróloga, com material genético de uma das mães e masculino de terceiro, com gestação na mãe biológica ou na mãe civil e socioafetiva, ou ainda, na impossibilidade de ambas, por maternidade de substituição, sob manifestação de vontade, ocorrida durante casamento, companheirismo ou união estável: parentesco consanguíneo da mãe (1) e parentesco civil socioafetivo da mãe (2), sem estabelecimento de paternidade na filiação;
 - i) filho havido por pessoa solteira do sexo feminino, através de técnica de reprodução humana assistida heteróloga, com material genético da mãe e masculino doado por terceiro, com gestação na mãe biológica ou por maternidade de substituição: parentesco consanguíneo da mãe, sem estabelecimento de paternidade na filiação;
 - j) filho havido por pessoa solteira do sexo masculino, através da técnica de reprodução humana assistida heteróloga, com material genético do pai e óvulo doado por terceiro, com gestação por maternidade de substituição: parentesco consanguíneo do pai, sem estabelecimento de maternidade na filiação.

O item II da Resolução CFM nº 2.121/2015 refere-se aos pacientes das técnicas de reprodução assistida. Nesse contexto tem-se:

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente. 2 – É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito de objeção de consciência por parte do médico. 3- É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade.⁷⁸

Destaca-se que a Resolução CFM nº 2.121/2015 não delimita o estado civil das pessoas para a utilização da técnica, dando a entender que todo e qualquer relacionamento esteja apto para o feito, isto é, de namoro a matrimônio. Consciente do alcance dessa Resolução, como norma deontológica, instaurada pelo Conselho Federal de Medicina, direcionada aos médicos, e da falta de regulamentação específica da matéria, destacando o art. 1597, incisos III, IV e V, do Código Civil de 2002⁷⁹, a situação fragiliza-se no respeito aos princípios do melhor interesse da criança, da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, motivos dos necessários limites ao planejamento familiar.

1.4 Princípios limitadores do direito reprodutivo

Na CR/1988 não há previsão expressa a um direito à procriação. As cláusulas pontuadas no *caput* e no § 7º do art. 226 indicam a existência do direito à reprodução como direito fundamental. Todos os limites ao planejamento familiar visam à proteção integral da família. A busca será pela garantia de direitos à saúde da gestante e do bebê, da criança saudável, do acesso à moradia, à educação, à alimentação, ao bom desenvolvimento da personalidade etc.

Assim, como a liberdade é importante no direito da família, devem-se respeitar os princípios que limitam o planejamento familiar, sendo eles: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da paternidade responsável e o princípio do melhor interesse da

⁷⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM Nº 2.121/2015*. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

⁷⁹ Art. 1597, incisos III, IV e V do Código Civil de 2002 “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] 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”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

criança, de forma a proteger não somente os pais, mas também os filhos, garantindo-lhes a vida, a dignidade, a convivência familiar, comunitária, saúde, educação, alimentação, respeito, liberdade, cultura, lazer, profissionalização, além de colocá-los a salvo de negligência, exploração, discriminação, violência, crueldade e opressão.

1.4.1 O princípio da dignidade da pessoa humana

Tema central da bioética e biodireito, a dignidade humana é direito fundamental, valor moral e fundamento dos direitos humanos, encontrada como "princípio da dignidade humana".

“Dignidade” no contexto filosófico-jurídico é uma condição de ser humano, que os diferenciam entre si e entre os animais, fundamentando direitos. Conforme Kant afirma, em *Metafísica dos Costumes*, o ser humano não tem preço e sim dignidade. Já na filosofia da Grécia clássica, a *Ética a Nicômaco*, a dignidade era atribuída somente aos membros da *polis*.⁸⁰

Como se fundamenta e se aplica o princípio da dignidade humana? A utilização da expressão, inteligível por si mesma e aplicada de tão variadas formas, refere-se a condutas dignas. A pessoa se comporta digna ou indignamente, pertencer à espécie humana garante dignidade. Mas a pessoa é digna de quê? A pessoa é digna de direitos. É digno que as pessoas tenham reconhecidos os seus direitos da mesma forma que os demais.⁸¹

O princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe uma qualidade em comum de todos os indivíduos pelo simples fato da sua humanidade, isto é, a dignidade. Todos os seres humanos são igualmente dignos.⁸²

Como valor fundamental, a dignidade humana é fundamento da CR/1988, importante no combate à coisificação dos seres humanos. Na reprodução humana feminina impõe limites à medicina reprodutiva, na busca do completo respeito ao ser humano em suas fases evolutivas. O princípio é dotado de conteúdo axiológico-normativo e serve de fundamento a

⁸⁰ CASADO, María. (Org.). *Sobre a dignidade e os princípios: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO*. Tradução de Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2013. p. 129.

⁸¹ CASADO, María. (Org.). *Sobre a dignidade e os princípios: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO*. Tradução de Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2013. p. 108-112.

⁸² IKAWA, Daniela. Direito a ações afirmativas: princípio da dignidade e concepção de ser humano. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (Coord.) *Direito à diferença: aspectos institucionais e instrumentais de proteção às minorias e aos grupos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 154. v. 3.

todos os outros direitos. As técnicas de reprodução humana assistida devem considerar a dignidade humana como um valor ético e jurídico, devendo ser respeitado pela prática biomédica.⁸³

A violação dos direitos fundamentais significa violação da dignidade. A dignidade humana é abordada (direito fundamentado) de forma diversa pelos instrumentos legais elaborados nas instituições internacionais. Os seres humanos têm valor intrínseco, valor que deve ser reconhecido e respeitado por todos.⁸⁴

Há décadas a *Gaudium et Spes* colocava que o importante era salvar a pessoa humana e renovar a sociedade humana. António Castanheira Neves afirma que a pessoa humana enfrenta dois problemas fundamentais: o primeiro um problema metafísico, da posição da pessoa humana perante o ser na existência; o segundo é um problema ético, diz respeito à relação da pessoa humana com o outro. O perigo do problema metafísico é dar a sua solução aos ideólogos, na absolutização do relativo. Já no problema ético o perigo permeia a solução dos políticos, reduzindo do pessoal ao social todos os problemas da sociedade, onde o homem deixa de ser pessoa, e passa a ser sujeito de direitos, nele se esgotando.⁸⁵

O homem existe fora do direito. O direito é um projeto de sentido axiológico que reconhece a dignidade da pessoa. Nenhuma pessoa pode afirmar que a dignidade da pessoa deve ser sua validade. “A pessoa, como aquisição axiológica, “a perspectiva axiológica a impor um salto para outro nível de «ser» mediatizado pela relação de reconhecimento”.⁸⁶

No jurisprudencialismo de António Castanheira Neves, o direito é um instituidor de um modo de vida baseado no reconhecimento recíproco dos seres humanos como pessoas. Conviver sob a forma do direito é reconhecer o outro como pessoa. É uma permanente reafirmação da decisão ética.⁸⁷

Ao homem, ser singular e livre, não é garantido o reconhecimento como um ser dotado de dignidade. A dignidade é uma categoria axiológica, afirma-se pelo respeito – Kant – ou pelo reconhecimento – Hegel. É no reconhecimento recíproco das pessoas como ser de igual

⁸³ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 17.

⁸⁴ CASADO, María. (Org.). *Sobre a dignidade e os princípios: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO*. Tradução de Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2013. p. 119.

⁸⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010b. p. 425-427. v. 2.

⁸⁶ COELHO, Nuno Manuel Margadinho dos Santos. O princípio ontológico da historicidade radical e o problema da autonomia do direito: ensaio de aproximação filosófica do jurisprudencialismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 47, p. 217-247, 2005. p. 229-232.

⁸⁷ COELHO, Nuno Manuel Margadinho dos Santos. Pessoa, igualdade (isogoria) e controvérsia: notas sobre o sentido da idéia do direito, (co) fundadora da experiência civilizacional ocidental. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, Ano XXIII, n. 25, p. 183-192, jul./dez. 2007. p. 183-192.

valor que se encontra o reconhecimento da dignidade. De acordo com António Castanheira Neves “um ser de dignidade pode conferir sentido de dignidade (ou dignificação) ao seu ato de reconhecimento e esse ser de dignidade, por seu lado, apenas o é pelo reconhecimento dos outros”. A dignidade deve ser entendida como o reconhecimento do igual valor entre as pessoas que se reconhecem e se respeitam como tal.⁸⁸

A dignidade que a pessoa pleiteia não é uma categoria ontológica, referente ao ser em si, mas uma categoria axiológica, referente a valores predominantes na sociedade. Depende do reconhecer e do querer. Das condições de emergência do direito, é na condição ética que o ser pessoa reconhece o outro como pessoa.

A CR/1988 consagrou em seu art. 1º, inciso III, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Para alguns é o princípio de maior hierarquia axiológica. Destaca que, para além da dimensão ontológica, tem-se a dimensão histórico-cultural, que se completam. Corresponde ao reconhecimento de deveres e direitos fundamentais.⁸⁹

Além do art. 1º, inciso III, a CR/1988 utiliza-se da expressão “dignidade” mais três vezes. No art. 227, se refere à dignidade da criança, do adolescente e do jovem; no art. 230 refere-se à dignidade dos idosos e no art. 226 § 7º em que o princípio da dignidade humana é fundamento do direito ao planejamento familiar.

A “família democratizada nada mais é do que a família em que a dignidade das pessoas que a compõem é respeitada, incentivada e tutelada”⁹⁰. A família deve ser constituída com total liberdade. A dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental de proteção da criança.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, Declaração da UNESCO de 2005, norteia o respeito à dignidade humana, trazendo em seu art. 3º que “a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser plenamente respeitados”.⁹¹

⁸⁸ LACERDA apud CASTANHEIRA NEVES, António. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito - ou as condições da emergência do direito como direito. In: CASTANHEIRA NEVES, António. *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Colaço*, Coimbra: Almedina, 2002. p. 837-871. v. 2.

⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 127.

⁹⁰ SARLET apud CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2118.

⁹¹ A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos é um instrumento de orientação nas políticas públicas, dirigido a facilitar os procedimentos das instituições e dos indivíduos, que, embora não sendo a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) a autoridade competente para fixar o estatuto epistemológico da bioética, o fez por reconhecimento de governos e povos, sendo toda a

A dignidade da pessoa humana está na sua prioridade em relação à ciência e à sociedade.⁹² O princípio possui formatos diversos ao ser aplicado a casos específicos.

Na reprodução feminina, a dignidade humana passa pelos limites da medicina moderna, necessários para que o respeito ao ser humano seja alcançado de forma plena e concretizado de forma eficaz em atenção ao seu conteúdo axiológico-normativo. A bioética considera a dignidade humana como um valor ético e jurídico a ser respeitado.⁹³

Em referencia ao princípio fundamental da dignidade humana na reprodução humana assistida, importante mencionar a ADI 3510, julgada em 29 de maio de 2008, pelo Tribunal Pleno, Ministro Relator Carlos Ayres Britto, quanto ao direito fundamental ao planejamento familiar:

A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático art. constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.⁹⁴

contribuição dada, pela UNESCO, na área da ciência válida. CASADO, María. (Org.). *Sobre a dignidade e os princípios*: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO. Tradução de Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2013. p. 441.

⁹² CASADO, María. (Org.). *Sobre a dignidade e os princípios*: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO. Tradução de Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2013. p. 217.

⁹³ LOCH, Jussara de Azambuja; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. (Org.) *Bioética na atualidade*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2014. p.101.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510 - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator Ministro: Ayres Britto. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 28 maio 2010b.

No livre exercício do planejamento familiar, a base constitucional para a demanda da assistência à reprodução está prevista na CR/1988, uma vez que o planejamento familiar é fruto da livre decisão do casal, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º ss, CR). Não há dever jurídico dos pretensos pais de fazer uso de todos os embriões eventualmente formados e geneticamente viáveis, porque não há previsão legal, conforme art. 5º, II da CR/1988 onde “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”,⁹⁵ o que seria incompatível com o próprio planejamento familiar segundo voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto (ADI-3510).

Tema polêmico envolvendo a dignidade da pessoa humana é a interrupção terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, permitida pelo STF na ADPF nº 54, em abril de 2012.⁹⁶ Foi decidido em julgamento que os médicos que interrompem a gravidez e as gestantes que fazem a opção não cometem qualquer crime. A questão passou pelo questionamento do que faz o ser humano um ser digno.

Outro exemplo que envolve a dignidade da pessoa humana é o impedimento da prática da eugenia que a medicina atualmente já possibilita, por meio da manipulação genética na escolha do sexo, na cor dos cabelos, dos olhos, entre outras características.⁹⁷ O ordenamento jurídico brasileiro não permite a utilização do avanço da medicina para a prática de atos de egoísmos como a manipulação das características das crianças.

Fundamentado no princípio da dignidade humana está o dever de preservar a integridade do patrimônio genético e fiscalizar as entidades que pesquisam e manipulam os materiais, o que inclui o genoma humano.⁹⁸

A dignidade humana é um princípio presente na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005 (art. 3º), no entanto é um direito mais fácil de ser reconhecido quando negado do que quando efetivado.

1.4.2 O princípio da parentalidade (paternidade) responsável

São titulares da responsabilidade parental os progenitores vivos, relativamente, aos

⁹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 - Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental. Relator Ministro: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília 10 maio. 2013b.

⁹⁷ NEVES, Rodrigo Santos. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. *Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo, v. XIV, n. 73, p. 96-108, ago./set. 2012.

⁹⁸ PETERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 109-110.

quais a filiação se achar estabelecida, sendo a parentalidade responsável atrelada aos direitos de provisão, proteção e participação para com as crianças.⁹⁹

Consagrado no § 7º do art. 226 CR/1988, o princípio da parentalidade (paternidade) é um dos princípios que norteia o planejamento familiar, significa que a decisão da procriação deve estar atrelada à responsabilidade pela criança. São os deveres do(s) ser(es) humano(s) pós-exercício do direito reprodutivo, de forma natural ou mediante auxílio por uma das técnicas de reprodução humana assistida.

A família, como elemento fundamental da sociedade, é formada pelo exercício fundamental e individual da liberdade de homens e mulheres que geram uma nova vida, criam e estreitam laços com a criança. Há responsabilidade individual entre pai-filho e mãe-filho, independente do estado civil, opção sexual ou tipo de família. A criança que vem ao mundo tem direitos sociais de alimentação, saúde, educação, segurança, cultura, bem estar físico, psíquico, entre outros. Deve ser protegida de discriminação, de abuso, de abandono etc., ou seja, todos os elementos imprescindíveis para o desenvolvimento pleno da personalidade humana.

O ser humano tem o direito de planejar sua família, o tamanho da sua prole. O direito à liberdade pode ser exercido, desde que com responsabilidade. A responsabilidade é do pai e/ou da mãe que deseja a criança e não do Estado, que tem o papel de “propiciar recursos educacionais e científicos” para o exercício do direito ao planejamento familiar.

O princípio em questão refere-se ao conjunto de deveres dos pais; os quais têm de tutelar os filhos, assisti-los, criá-los e educá-los. É a obrigação que os genitores têm de auxiliar de forma afetiva e material os filhos. À mulher que procria de forma assistida é necessária a conscientização dos deveres a serem assumidos¹⁰⁰.

Prevê o art. 1566, inciso IV, do Código Civil que “São deveres de ambos os cônjuges: IV - sustento, guarda e educação dos filhos.”¹⁰¹ Importante ressaltar que o dever é de quem tem a guarda e a proteção da família, abrangendo toda a pluralidade familiar absorvida no direito brasileiro.

Nenhuma lei infraconstitucional pode exigir que o planejamento familiar dependa de autorização do poder público. O Estado não pode estabelecer o número de filhos que um casal

⁹⁹ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A criança e a família - uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 17.

¹⁰⁰ LOCH, Jussara de Azambuja; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. (Org.) *Bioética na atualidade*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2014. p.102-103.

¹⁰¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

pode ter, assim como as instituições particulares. O planejamento familiar é um procedimento feito pelos pais em conjunto e/ou individualmente, como será constituída, quando, como vai viver, de que modo irá alcançar seus objetivos, o orçamento per capita e o desenvolvimento da personalidade; cujos preceitos raciocinados com ‘responsabilidade’. A paternidade ou maternidade responsável significa o dever do sustento dos filhos, da guarda, da educação, o não abandono de incapaz.

1.4.3 O princípio do melhor interesse da criança

A expressão “interesse da criança” não é recente, emergiu no Código Civil francês. O princípio jurídico era uma auto-limitação do poder paternal.¹⁰²

O princípio do melhor interesse da criança - *best interest* - consagrado no 7º Princípio da Declaração dos Direitos da Criança em 1959 diz que “[...]os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais”.

A Convenção dos Direitos da Criança, em 1989, trouxe no art. 3º, inciso I “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeitos por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança”.¹⁰³

O melhor interesse da criança está além do permitir que sobreviva, está além do abrigo, alimentação e vestuário. É permitir que a criança seja membro ativo da sociedade, que seja autônoma e que possa interagir socialmente. O desafio da procriação assistida consiste em barrar os pais que desejam utilizar a tecnologia de forma eticamente inadequada para manipular a condição humana, por exemplo, através do disgenismo, que é “uma seleção genética culturalmente imposta não para alcançar a melhoria global da pessoa humana mas para escolher traços genéticos que estão geralmente associados a uma condição socialmente incapacitante, em síntese considerados como uma deficiência”.¹⁰⁴

A família afirma-se como um local propício para o desenvolvimento da criança, colocando-a a salvo da discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. É a busca das melhores condições a favor da criança.¹⁰⁵

¹⁰² MONTEIRO, A. Reis. *Direitos da criança: era uma vez....* Coimbra: Almedina, 2010. p.75.

¹⁰³ MEIRELLES apud CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 127.

¹⁰⁴ NUNES, Rui. *Genética*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 161-165.

¹⁰⁵ RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 131.

O Tribunal Europeu tem entendido que existem “denominadores comuns” entre crianças legítimas, naturais ou adulterinas.¹⁰⁶

De acordo com o art. 227, *caput*, da CR/1988,

É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹⁰⁷

São os direitos dos filhos assegurados através dos limites impostos aos pais.

Conforme apresentado, as crianças têm direitos a serem respeitados e protegidos não somente pelo Estado mas também da família. Ademais o art. 6º da CR/1988 garante como direito social a proteção à infância.

A família tem o dever de criar um ambiente propício para o desenvolvimento da criança, de forma que esta possa vir a ter um convívio social e familiar equilibrado, acesso à educação e saúde, de forma que o desenvolvimento da personalidade se dê da forma mais saudável possível.

Em caso de pais separados, o direito à visita é, além do pai/mãe, também da criança que deve ser respeitada quanto aos seus sentimentos, pois o afeto é um direito fundamental que decorre do convívio familiar. Caracteriza-se como alienação parental o impedimento de um dos genitores à visitação da criança com prejuízo à formação da personalidade desta, conforme Lei nº 12.318/2010¹⁰⁸.

Em outro prisma, a liberdade está no exercício do planejamento familiar, a partir do momento em que há a decisão por uma nova vida, após a concepção não há de se falar em aborto, pois o planejamento familiar é de livre exercício do casal, leia-se - da mãe com o pai, de duas mães, de dois pais, só da mãe ou só do pai, com direitos reprodutivos e sexuais iguais. O planejamento familiar deve começar com a educação e a informação sobre o assunto para os pais. A interrupção da vida gerada é ato proibido.

No entanto, de acordo com a decisão da ADPF nº 54¹⁰⁹, que, por maioria e nos termos

¹⁰⁶ ALMEIDA, Susana. *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem*: a tutela das novas formas de família. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 100.

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988.

¹⁰⁸ NEVES, Rodrigo Santos. Responsabilidade civil por abandono afetivo. *Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo, v. XIV, n. 73, p. 96-108, ago./set. 2012.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 - Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental. Relator Ministro: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília 10 maio. 2013b.

do voto do Relator Ministro Marco Aurélio, em 12/04/2012, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação da conduta de aborto para a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

Sendo o desenvolvimento da sociedade uma consequência do desenvolvimento dos direitos fundamentais, a não observância do direito fundamental de proteção à criança e ao adolescente viola direitos fundamentais à dignidade e integridade.¹¹⁰

1.5 Concretização do direito à procriação por reprodução humana assistida

Conforme abordado nesse capítulo, o planejamento familiar no Brasil, como direito constitucional fundamental, não se restringe à decisão da contracepção, mas também à concepção de forma assistida. A assistência à procriação é um desdobramento do direito ao planejamento familiar. Historicamente é possível observar na subseção 1.1 que o planejamento familiar evoluiu do controle de natalidade ao auxílio à concepção, o qual é feito através das técnicas de reprodução humana assistida homóloga e heteróloga que concretiza uma ampliação do rol das entidades familiares absorvidas pelo direito brasileiro demonstrando o alcance do planejamento familiar.

Os princípios balizadores foram apresentados como contornos necessários ao direito reprodutivo exercido no planejamento familiar como a decisão de duas ou uma pessoa com projeto familiar, uma vez que o direito à procriação não é absoluto diante dos princípios limitadores da dignidade da pessoa humana, da parentalidade (paternidade) responsável e do melhor interesse da criança.

O planejamento familiar deve caminhar em conjunto com a evolução social. A Lei nº 9.263/96 prevê em seu art. 2º o “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.”¹¹¹ Observa-se que a lei não se restringe ao casal – homem mulher, mas também a cada um de forma individual e, para a concretização do livre planejamento familiar faz-se necessário para viabilizar o estabelecimento da parentalidade o auxílio das técnicas de reprodução humana assistida.

Na família monoparental, reconhecer à mulher e ao homem de forma individual o

¹¹⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco (Coord.) *Direito à diferença: aspectos institucionais e instrumentais de proteção às minorias e aos grupos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 252. v.2.

¹¹¹ BRASIL. Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 jan. 1996.

direito ao planejamento familiar é afirmar as técnicas de reprodução humana assistida necessárias à efetivação do projeto parental. De igual modo a família homoparental reconhecida pelo direito brasileiro e usuárias das técnicas.

O capítulo 2 que segue trata dos aspectos jurídicos da reprodução humana assistida, técnicas não regulamentadas pelo direito brasileiro, que, no seu exercício geram conflitos que buscarão uma solução justa para o caso que só se concretiza na unidade do problema.

2 ASPECTOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO DIREITO BRASILEIRO

Há tempos os seres humanos procuram controlar quantitativa e qualitativamente a sua reprodução, procurando superar os problemas decorrentes da infertilidade e esterilidade.

A descendência não é um resíduo ancestral, é um patrimônio cultural do tempo presente.¹¹² A evolução da ciência no tocante às técnicas de reprodução humana assistida aumentam as possibilidades de exercício do livre planejamento familiar para as pessoas que, por infertilidade ou esterilidade, não conseguem concretizar a parentalidade. Os recursos provenientes da biomedicina geram confiança e precisão na solução dos problemas.¹¹³

Ocorre que, ao mesmo tempo em que a reprodução humana assistida liberta, também favorece a medicina que remedia de forma rápida e técnica, ocultando seus riscos.¹¹⁴

O presente capítulo versa sobre os aspectos jurídicos da reprodução humana assistida no direito brasileiro, uma vez que o direito não caminha em velocidade semelhante à medicina e isso gera inúmeros conflitos, pois a ciência age com a ética e no hiato entre a descoberta científica e a regulamentação jurídica, o direito é demandado, sem conhecimento apurado, para dirimir conflitos específicos na área em que é questionado.

O direito é mais lento que a medicina, no entanto, não pode ser tão lento a ponto de ignorar as mudanças sociais e não regulamentá-las. Não pode esquivar-se de resolver os problemas relativos à utilização das técnicas de reprodução humana assistida. A realidade existe e o direito não pode negá-la. A falta de regulamentação da matéria no ordenamento jurídico brasileiro aliada aos avanços da biomedicina gera instabilidade e falta de confiança.

Um dos últimos avanços da biomedicina que inicia um hiato entre descoberta científica e regulamentação jurídica diz respeito à criação de espermatozoide *in vitro*, por pesquisadores franceses na Companhia de Biotecnologia Kallistem, que, de forma a remediar a infertilidade masculina criaram espermatozoide humano *in vitro* a partir de "biópsias testiculares de pacientes" com células testiculares "imaturas", espermatogônias, com ensaios clínicos previstos para 2017.¹¹⁵

¹¹² BERLINGUER, Giovanni. *Bioética cotidiana*. Tradução de Lavínia Bozzo Aguilar Porciúncula. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. p. 33.

¹¹³ LOCH, Jussara de Azambuja; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. (Org.) *Bioética na atualidade*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2014. p. 93.

¹¹⁴ BERLINGUER, Giovanni. *Bioética cotidiana*. Tradução de Lavínia Bozzo Aguilar Porciúncula. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. p. 34.

¹¹⁵ LABORATORIO francés anuncia que puede crear espermatozoides humanos *in vitro*. Paris: Eluniverso, 8 Mayo 2015.

Os avanços da biomedicina atrelados à não normatização da reprodução assistida no ordenamento jurídico brasileiro faz com que ocorra a jurisdicionalização dos conflitos advindos do uso das técnicas, gerando uma demanda ao judiciário para solução dos conflitos. O poder judiciário, na omissão da lei, pode recorrer aos art.s 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, respectivamente, "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito" e "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".¹¹⁶

Ocorre que, ao exercer a função que lhe é própria, o judiciário acaba por decidir a questões sociais presentes na sociedade contemporânea, agindo como "magistrado social", ou seja, sendo a autoridade demandada para solucionar os conflitos, dizendo o que é justo e pronunciando o direito.¹¹⁷

O presente capítulo fará uma abordagem histórica da assistência à reprodução humana, discorrerá sobre a bioética como mediadora da evolução científica e da ética nas relações humanas, delimitando seus princípios. Classificará as técnicas de reprodução humana assistida, apresentará a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015 como dispositivo deontológico a orientar a questão, estabelecendo condutas éticas a serem seguidas pelos médicos para a utilização das técnicas. Discorrerá sobre o termo de consentimento livre e informado, obrigatório para os pacientes da técnica. Apresentará o posicionamento dado pelo Conselho Federal de Medicina quanto aos limites de idade para participação no procedimento, para delimitação do número de embriões a serem implantados, para a doação de gametas ou embriões e para a maternidade de substituição. Por fim, analisará a reprodução humana assistida em face do exercício da liberdade de planejamento familiar, demonstrará a falta de regulamentação da matéria e apresentará os conflitos dos casos jurídicos concretos advindos da sua prática.

2.1 Aspectos históricos

Em um retrospecto histórico das técnicas de reprodução humana assistida, observam-se os primeiros registros pela busca de auxílio na procriação em tempos antigos. No Código de Manu, código indiano de leis de convivência social, datado entre 200 a.C. e 200 d.C., já

¹¹⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 9 set. 1942.

¹¹⁷ ROJO, Raúl Enrique (Org.). *Por trás da Toga: magistratura, sociedade e política no Brasil hoje*. Porto Alegre: Dom Quixote Editora, 2014. p. 231.

havia previsão, no livro IX do Código para casos de esterilidade¹¹⁸ do marido, os art.s 59, 60 e 61 autorizavam a inseminação¹¹⁹ por terceiro desde que fosse anuída pelo marido e delimitava o número de filhos. Caso a esterilidade ocorresse na mulher, esta deveria ser substituída, conforme art. 81, pois não havia previsão para assistência ou recursos para a esterilidade feminina.¹²⁰

Art. 59: Cuando no se tienen hijos, la progenitura deseada puede obtenerse com la unión de la esposa, convenientemente autorizada, com um hermano u outro pariente (sapinda).

Art. 60: Que, untado de mantequilla líquida y guardando silencio, el parente encargado de esta misión, acercándose durante la noche a uma viuda o a uma mujer privada de hijos, engendre um solo hijo; nunca um segundo.

Art. 61: Alguns de los que conecen a fondo esta cuestión, fundándose em que puede no lograrse perfectamente el objeto de la disposición com el nacimiento de um solo hijo, son de opinión que lãs mujeres pueden legalmente engendrar de este modo um segundo hijo.

Art. 81: Una mujer estéril debe ser reemplazada al octavo año; aquella a quien se Le han muerto todos los hijos, el décimo; la que no da luz sino hijas, el undécimo; la que habia con acitud, inmediatamente.¹²¹

Observa-se que o art. 59 do Código de Manu anuncia que, quando não se tem filhos, a gravidez pode ser obtida pela união da esposa, convenientemente autorizada, com um irmão, ou algum outro parente. O art. 60 apresenta a forma como era feito, untando com manteiga líquida e em silêncio, o parente encarregado da missão encontrar-se-á durante a noite com a viúva ou mulher casada sem filhos e gerará um filho somente; nunca um segundo. O art. 61 apresenta a possibilidade do segundo filho: alguns dos que conhecem a fundo a questão, são da opinião que, se houver a necessidade de um segundo filho, ele poderá ser gerado. O art. 81 demonstra a intolerância que existia com a esterilidade feminina, ao prever a substituição da mulher estéril, no oitavo ano; a mulher cujos filhos tenham morrido, no décimo; àquela que dá à luz somente mulheres, no décimo primeiro e a que fala com arrogância, imediatamente.

¹¹⁸ Esterilidade: é a incapacidade total por parte do homem, da mulher ou de ambos de gerar filhos. O progresso da medicina fez tratável alguns casos de esterilidade. DEPADT-SEBAG, Valérie. *Direito e bioética*. Lisboa: Edições Piaget, 2012. p. 235.

¹¹⁹ A inseminação de que trata o art. refere-se à conjunção carnal de terceiro com a esposa. A inseminação artificial é a otimização da gravidez através da fecundação da mulher, sem relação sexual, introduzindo os espermatozoides, obtido através da masturbação no aparelho reprodutor feminino. A técnica é utilizada em casos em que há a impossibilidade de uma relação sexual normal, quando há distúrbios de ejaculação, malformação sexual, falta de espermatozoides, baixa mobilidade dos espermatozoides, dentre outras. A origem dos espermatozoides pode ser *homóloga*, quando é do cônjuge ou companheiro; *heteróloga*, quando é de doador; e *bisseminal*, nos casos de mistura de sêmen. PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. *Responsabilidade civil na reprodução assistida*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.72-73.

¹²⁰ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 56.

¹²¹ LEYES de Manu. *Manava-Dharma-Sastra. Instituciones religiosas & Civiles de la Índia*. Santiago de Chile: Ediciones Ercilia, 1941.

No século XV, somente a mulher era considerada estéril, não se apresentava a esterilidade masculina, que foi reconhecida apenas no século XVII. Pesquisadores do século XIX chegaram à conclusão de que o gameta fecundado que gerava um novo ser humano ocorria com a união do espermatozoide com o óvulo através de conjunção carnal. O século XX destaca o desenvolvimento das reproduções artificiais.¹²²

Existem registros que, no século XV, o rei Enrique IV de Castela e a rainha Joana de Portugal, tenham se utilizado de assistência à reprodução, uma vez que Enrique IV não conseguia consumir o ato sexual por um problema anatômico de seu órgão genital. O rei utilizou-se da concepção sem cópula e, em 28 de fevereiro de 1462, nasceu D. Juana de Castela.¹²³

A primeira inseminação artificial com sucesso foi feita em 1791, na Inglaterra, e em 1804, na França. A inseminação com doador data de 1884, sendo pioneiros os Estados Unidos.¹²⁴ Em 1838, ocorre a primeira gestação gemelar por inseminação artificial.¹²⁵

Data de 25 de julho de 1978, o primeiro bebê que veio ao mundo através da técnica de reprodução humana assistida denominada fertilização *in vitro*, foi a menina Louise Brown, que nasceu na Inglaterra, no Oldham General Hospital, em Manchester, através dos médicos Patrick Steptoe e Robert Edwards.¹²⁶

No Brasil, data de 07 de outubro de 1984 o primeiro bebê que nasceu através da técnica. Foi uma menina chamada Ana Cláudia Caldeira, na cidade de São José dos Pinhais, região metropolitana de Curitiba¹²⁷.

2.2 A bioética e a evolução científica

A sociedade plural encontra na diversidade de opiniões e nas diferentes ideologias, culturas e religiões o seu fundamento. Está no livre acesso à informação. Não existe uma única visão de bem comum.¹²⁸

O uso das técnicas de reprodução humana assistida traz consigo o surgimento de

¹²² FERNANDES, Sílvia da Cunha. *As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.23.

¹²³ GUGLIOTTI, Kristine Barci. *Reprodução artificial: limites necessários*. 2014. 218f. Tese (Doutorado em Direito Civil)– Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p.20.

¹²⁴ DEPARDT-SEBAG, Valérie. *Direito e bioética*. Lisboa: Edições Piaget, 2012. p. 237.

¹²⁵ GUGLIOTTI, Kristine Barci. *Reprodução artificial: limites necessários*. 2014. 218f. Tese (Doutorado em Direito Civil)– Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 21.

¹²⁶ FERNANDES, Sílvia da Cunha. *As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.24.

¹²⁷ SCALQUETTE, Ana Cláudia S.. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 8.

¹²⁸ NUNES, Rui. *Genética*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 19-20.

questões de caráter moral e ético, motivo que faz importante a distinção entre moral e ética. Afinal, a questão é ética ou moral?

Em uma análise comparada, etimologicamente remete para a passagem do termo grego *ethikos* para o latino *moralis*, que significa o que está relacionado com os costumes, não distinguindo os termos.¹²⁹

A ética, de acordo com Ricoeur, é a "interrogação do indivíduo sobre o bem, sobre aquilo que é bom fazer ou não na perspectiva de uma vida realizada, e a moral para as regras e as normas que definem o campo do permitido e do proibido."¹³⁰

A questão é bioética, relativas ao sentido da vida, à conduta humana nas áreas da ciência da vida; é mediadora da ciência e da ética nas relações humanas. São critérios que auxiliam os seres humanos a decidirem o que é 'bom' e o que é 'mau'¹³¹. A bioética é um estudo sistemático da conduta do homem nas ciências da vida e da saúde, tendo por objetivo a proteção do ser humano em relação ao desenvolvimento da biomedicina. Os grandes questionamentos referentes à bioética encontram-se atrelados à proteção dos seres humanos e conduz a normas de diferentes naturezas.

O direito é necessário para proteger as pessoas em relação ao desenvolvimento da ciência, de forma a solucionar os novos conflitos protegendo os valores fundamentais da sociedade. "[...] junta-se ao domínio dos direitos fundamentais com a finalidade essencial de assegurar o respeito pelo princípio fundamental da dignidade humana na aplicação das novas técnicas biomédicas"¹³². O desenvolvimento da ciência, das técnicas médicas, não pode contradizer direitos fundamentais.

O direito se desenvolve na história sendo uma das suas funções: a mediação dialética entre tradição e ruptura, entre continuidade e descontinuidade social, compatibilizando o avanço biomédico que rompem paradigmas e dando continuidade dos valores humanos.¹³³

O mundo ético é maior que o mundo jurídico. No planejamento familiar, a obrigação do Estado de propiciar recursos para o exercício do direito está submetida à norma ética que exige o respeito à dignidade humana, à autonomia, à intenção de praticar o bem, entre outros.¹³⁴

¹²⁹ DEPADT-SEBAG, Valérie. *Direito e bioética*. Lisboa: Edições Piaget, 2012. p. 38-39.

¹³⁰ RICOEUR apud DEPADT-SEBAG, Valérie. *Direito e bioética*. Lisboa: Edições Piaget, 2012. p.39.

¹³¹ FERNANDES, Silvia da Cunha. *As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.6.

¹³² DEPADT-SEBAG, Valérie. *Direito e bioética*. Lisboa: Edições Piaget, 2012. p.52.

¹³³ ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 93-94. v. 2.

¹³⁴ MENDES, Antonio Carlos; SILVA, Jefferson de Vasconcelos; Dallari, Sueli Gandolfi. *Bioética e Direito. Bioética – Revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina*. Brasília, v. 4, n. 1, p. 106-113, 1996.

A biomedicina não pode caminhar em sentido oposto de forma a contradizer os valores fundamentais da sociedade. As regras de direito baseadas na bioética e destinadas a abordar as práticas da biomedicina, não se trata de um direito da bioética uma vez que o direito não define a ética e sim a lei. Existe a necessidade de regulamentação das práticas que, a evolução da biomedicina tornou possível, mas as regras são jurídicas.¹³⁵

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adotada na Conferência Geral da UNESCO, em 2005, é uma declaração específica de bioética, que tem como um dos objetivos, de acordo com o art. 2º, “(i) prover uma estrutura universal de princípios e procedimentos para orientar os Estados na formulação de sua legislação, políticas ou outros instrumentos no campo da bioética.”¹³⁶

Encontram-se na Resolução nº 196/96, elaborada pelo Conselho Nacional de Saúde, normas éticas para pesquisa com seres humanos. Foram publicados no Relatório Belmont os princípios elaborados no Congresso dos Estados Unidos da América (EUA), em 1977, sendo os princípios da bioética: o princípio da autonomia; o princípio da beneficência ou não maleficência; e o princípio da justiça.¹³⁷

São princípios definidos e aceitos pelos estudiosos da bioética: o princípio da autonomia ou respeito à pessoa: o ser humano tem o direito de ser responsável por suas atitudes. Os pacientes devem ser orientados e deve ser respeitado o direito de opinião das atitudes, deve ter autonomia em relação aos médicos. Os serviços de saúde devem respeitar a vontade, crença e valores de todas as pessoas, sendo proibida a imposição; o princípio da beneficência ou não maleficência: estabelece a relação médico-paciente. As ações na área da saúde devem ter por objetivo o bem das pessoas, o paciente não deve ser submetido ao risco; e o princípio da justiça: a distribuição dos bens e serviços deve ser universal, avaliando quem precisa e realizando uma distribuição de igualdade, a saúde deve ser acessível a todos. É a saúde do indivíduo sob o aspecto social.¹³⁸

A ética do século XX focou-se na dignidade da pessoa humana e no direito à liberdade ética de autodeterminação. Além dos princípios mencionados existe também: o princípio da alteridade: é o respeito pelo outro. O respeito à pluralidade, aprender a conviver com as diferenças e a respeitá-las e o princípio da qualidade de vida: onde viver só possui sentido se a

¹³⁵ DEPADT-SEBAG, Valérie. *Direito e bioética*. Lisboa: Edições Piaget, 2012. p. 47-49.

¹³⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. [S. l.]: UNESCO, 2005.

¹³⁷ KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*. 4. reimp. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 42.

¹³⁸ KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*. 4. reimp. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 48

pessoa vive autonomamente e com dignidade.

Existem conflitos éticos inerentes à técnica de reprodução humana assistida, decorrentes do alcance das técnicas, da diversidade ideológica e da pluralidade de opiniões a respeito do bem e do mal. Os avanços científicos devem respeitar princípios fundamentais éticos, entre eles: o princípio da dignidade da pessoa humana; o princípio da igualdade; o princípio da autonomia; o princípio da privacidade no acesso aos dados genéticos; o princípio da prevalência dos interesses dos seres humanos sobre os interesses da ciência; e o princípio da equidade.

Na sociedade atual não há intercessão entre o que é o bem comum e o bem individual. A nova ética social enfrenta uma sociedade plural, que tende a aceitar a diversidade de pensamentos, que tem acesso a um incessante conhecimento científico que tende a avanços que podem ser eticamente e moralmente inaceitável por alguns. O final do século XX apresentou uma ética centrada na dignidade da pessoa humana, no direito à liberdade. O ser humano passou a ter autonomia quase ilimitada. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, é fundamental na reflexão ética referente às ciências da vida. A dignidade da pessoa humana, o respeito à diversidade são alicerces do Estado de Direito.¹³⁹

O princípio da dignidade da pessoa humana protege os seres humanos da 'coisificação'. Faz com que os seres humanos sejam vistos como 'sujeitos' e não 'objetos'. Os avanços científicos devem caminhar para melhorar a existência das pessoas.

Conforme mencionado no capítulo 1, de acordo com Kant, no “reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade”¹⁴⁰.

Existe um ponto de intercessão, questiona-se "qual o denominador comum a todos os seres humanos numa cultura global em que a informação é partilhada universalmente, sem barreiras nem restrições"¹⁴¹. Não existe uma sociedade coletivamente desejada. O direito à liberdade ética individual é um direito que deve ser respeitado. O respeito às minorias é necessário na pluralidade social.

Existem questões éticas que circundam as técnicas de reprodução humana assistida, como seleção embrionária, a escolha do sexo do futuro bebê, o anonimato do doador versus o direito ao conhecimento das origens biológicas, a reprodução *post mortem*, a fecundação *in*

¹³⁹ NUNES, Rui. *Genética*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 19-27.

¹⁴⁰ KANT apud NUNES, Rui. *Genética*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 30.

¹⁴¹ NUNES, Rui. *Genética*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 26.

vitro da mulher na menopausa e a seleção de embriões etc.

Em 11 de novembro de 2015 a Corte Constitucional da Itália decidiu por não considerar crime a seleção de embriões no sentido de evitar o desenvolvimento de fetos com doenças genéticas, alterando a Lei 40 que regulamentava a reprodução assistida no país. A decisão pôs fim a uma suposta prática de eugenismo.¹⁴²

O diagnóstico genético pré-implantação de embriões no Brasil é permitido através da Resolução CFM nº 2.121/2015. As técnicas de reprodução humana podem ser utilizadas para seleção de embriões, submetidos ao diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças. Podem também ser utilizadas para tipagem do sistema HLA¹⁴³ do embrião para selecionar embriões HLA-compatíveis com algum filho do casal já afetado pela doença e o tratamento seja o transplante de células-tronco.

Ademais, de forma a distanciar ainda mais a evolução científica da regulamentação jurídica, para a ciência já é possível a alteração do DNA através de manipulação genética. A técnica denominada CRISPR-Cas9 foi desenvolvida no norte dos Estados Unidos. O genoma de uma célula pode ser alterado e implantado no útero geneticamente modificado. É o homem com poder de assumir o seu próprio destino genético.¹⁴⁴

2.3 Classificação das técnicas de reprodução humana assistida

O exercício da liberdade fundamental, de criar uma família, faz das técnicas de reprodução humana assistida recursos necessários para os casos de infertilidade, esterilidade, falta de parceiro sexual, opção sexual, doença sexualmente transmissível, doença infectocontagiosa para o parceiro ou o bebê, entre outras, sendo algumas das técnicas de reprodução humana assistida:

¹⁴² AGENCIA ANSA. Reprodução assistida obtém nova vitória na Itália: corte permitiu seleção de embriões para evitar doenças genéticas. *Jornal do Brasil*, 11 nov. 2015

¹⁴³ De acordo com a ANVISA, É a identificação laboratorial dos genes que codificam o HLA do indivíduo. A tipagem pode ser feita por técnicas de sorologia ou biologia molecular e tem as seguintes finalidades: 1) determinar o grau de compatibilidade entre doador e receptor de órgãos, em estudos de pesquisa de doadores intra-familiares, ou de pacientes inscritos em lista de espera e possíveis doadores cadáveres; 2) inclusão de pacientes acometidos por doenças hematológicas ou outras doenças do sangue, e que necessitem de transplante de medula óssea, no Registro Nacional de Receptores de Medula Óssea (REREME); 3) inclusão de voluntários no Registro Nacional de Doadores Voluntário de Medula Óssea (REDOME); 4) cadastro das bolsas de sangue de cordão umbilical e placentário - doadas à Rede BrasilCord - no Registro Nacional de Sangue de Cordão Umbilical (RENACORD). AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Tipagem HLA*. Brasília: ANVISA, 2009.

¹⁴⁴ HEBMÜLLER, Paulo. Pesquisadores discutem ganhos e riscos da alteração do DNA humano. *Jornal da USP*, São Paulo, 24 abr. 2015.

- a) a inseminação artificial intrauterina;
- ✓ É a fecundação da mulher sem relação sexual, sendo a mais simples das técnicas. É a “introdução artificial de espermatozoides no interior do canal genital feminino com o auxílio de um cateter”¹⁴⁵.
- b) a fertilização *in vitro*;
- ✓ Técnica de reprodução artificial, onde se induz a ovulação através da administração de hormônios que provocarão o amadurecimento de vários óvulos simultaneamente. Na sequência os óvulos são extraídos do ovário feminino,

por laparoscopia ecográfica ou por punção transvaginal; estes serão classificados e preparados em meio de cultura adequado até serem submetidos à fertilização; concomitantemente, ocorre a coleta e preparação do sêmen; por último, se procede à fertilização e à cultura dos embriões *in vitro*. A fertilização é feita pela adição ao meio de cultura em que se encontra o óvulo de cerca de 60.000 a 150.000 espermatozoides móveis e normais. [...] se já tiverem atingido o estágio de 2 a 4 células, poderão ser transferidos para o útero materno. Essa transferência é feita pela inserção de um cateter, pelo orifício cervical, até a cavidade uterina¹⁴⁶.

- c) a injeção intracitoplasmática de espermatozoide;
- ✓ É uma modalidade autônoma da fertilização *in vitro*. “A particularidade desta técnica reside no fato de o próprio ato de fecundação ser manipulado, pois o espermatozoide é diretamente injetado no ovócito”¹⁴⁷.
- d) a transferências de embriões, gametas ou zigotos; e

Nesta técnica que se baseia na transferência de embriões, gametas ou zigotos, a fecundação já não ocorre em ambiente laboratorial, mas sim no corpo (trompas de Falópio) da mulher gestante, devendo, após a transferência, o processo de fecundação ocorrer de forma natural¹⁴⁸.

- e) o diagnóstico genético pré-implantação.

Técnica que permite detectar, antes da transferência uterina, os embriões que não estão em condições de se desenvolverem com sucesso, não devendo ser transplantados, de forma a evitar uma gravidez que não chegará a bom termo ou que

¹⁴⁵ GUGLIOTTI, Kristine Barci. *Reprodução artificial: limites necessários*. 2014. 218f. Tese (Doutorado em Direito Civil)– Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 27.

¹⁴⁶ SCARPARO apud FERNANDES, Silvia da Cunha. *As Técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 32-33 apud SCARPARO, Monica Sartori. *Fertilização Assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

¹⁴⁷ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta. *A lei da procriação medicamente assistida anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p.15.

¹⁴⁸ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta. *A lei da procriação medicamente assistida anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p.15.

originará um embrião portador de graves anomalias cromossômicas ou de doenças genéticas¹⁴⁹.

As técnicas de reprodução humana assistida podem ser classificadas em técnicas *intracorpóreas*, que otimizam o encontro do espermatozoide com o óvulo dentro do organismo feminino, ou *extracorpóreas*, em que o encontro é preparado em laboratório.¹⁵⁰

A fertilização *in vitro* é a união de óvulo e espermatozoide em laboratório e posterior implantação do embrião no útero, uma técnica extracorpórea. É uma das técnicas de reprodução humana assistida utilizada em casos de esterilidade e infertilidade¹⁵¹, por exemplo: quando a técnica de inseminação artificial falha, quando técnica de transferência intratubária de gametas¹⁵² falha; quando o homem tem poucos espermatozoides; quando a mulher tem trompas obstruídas ou ausentes; por escolha sexual, entre outros.

A técnica de fertilização *in vitro* pode ser homóloga ou heteróloga. Homóloga, quando o material genético utilizado é do próprio casal ou companheiros; heteróloga, quando o material genético utilizado é procedente de doação por terceiro não identificado, para o homem, para a mulher ou para ambos.

2.4 A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015

Conforme abordado no capítulo anterior, de acordo com o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁵³, a constituição da família é um direito do homem e a

¹⁴⁹ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta. *A lei da procriação medicamente assistida anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p.15.

¹⁵⁰ PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. *Responsabilidade civil na reprodução assistida*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.72.

¹⁵¹ Infertilidade: incapacidade de conceber após 12 meses de relações sexuais regulares sem o uso de contracepção em mulheres com menos de 35 anos de idade ou após seis meses de relações sexuais regulares sem uso de contracepção em mulheres com 35 anos de idade ou mais. PRACTICE COMMITTEE OF AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. Definitions of infertility and recurrent pregnancy loss. *Fertil Steril*, v. 99, n. 1, Jan. 2013.

¹⁵² A técnica de Transferência Intratubária de Gametas (TIG), "consiste em obter oócitos e os espermatozoides (gametas) para serem introduzidos nas trompas para que ali - onde ocorre naturalmente a fecundação - possa acontecer o processo de fertilização. Em geral é usada em mulheres com pelo menos uma trompa permeável e que a IA não tenha funcionado ou porque o homem tenha poucos espermatozoides ou os casos de Esterilidade Sem Causa Aparente (ESCA). Técnica normalmente escolhida por casais que não desejam a concepção em laboratório, por questões morais e religiosas". PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. *Responsabilidade civil na reprodução assistida*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.73.

¹⁵³ Art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem: "1-A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais. 2- O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos. 3 - A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração *Universal dos Direitos Humanos Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948*. Brasília: ONU, 1998.

família tem direito à proteção da sociedade e do Estado. Conforme apresentado, a CR/1988, em seu art. 226, § 7º assegura o direito ao planejamento familiar, com especial proteção do Estado para o exercício desse direito. O referido art. encontra-se regulamentado na Lei 9.263/96, assegurando aos cidadãos autonomia para o planejamento familiar.

O planejamento familiar compreende um conjunto de direitos, entre eles: a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III, da CR/1988; o direito de igualdade previsto no *caput* do art. 5º; o direito a proteção à maternidade previsto no art. 6º, *caput*; e o direito à saúde previsto nos art.s 196 e 197 CR/1988.

Ocorre que, sendo o planejamento familiar extensivo à formação da família através do auxílio das técnicas de reprodução humana assistida, na falta de regulamentação específica da matéria, a Resolução CFM nº 2.121/2015¹⁵⁴, como norma deontológica a ser seguida pelos médicos, tenta dirimir as questões que envolvem o feito através de princípios gerais, no entanto, pode ferir o livre exercício do planejamento familiar ao direcionar suas normas aos pacientes mais que aos médicos.

No entanto, apesar de ser “do poder legislativo a obrigação de resguardar o direito de todos os cidadãos, principalmente de quem se encontra em situação de vulnerabilidade”¹⁵⁵, a Resolução do CFM nº 2.121/2015 é a quarta a abordar a reprodução assistida, a seguir a Resolução CFM nº 2.013/2013, a Resolução nº 1.957/2010¹⁵⁶ e a Resolução 1.358/92¹⁵⁷, feita para os médicos e utilizada como guia de referencia por todos.

Publicada no Diário Oficial da União dia 21 de agosto de 2015, revogando a até então vigente Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013, a Resolução nº 2.121/2015 adota as normas éticas a serem obrigatoriamente seguidas pelos médicos na utilização das técnicas de reprodução humana assistida, sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos.

A Resolução CFM nº 2.121/2015 é um exemplo de norma deontológica, instaurada pelo Conselho Federal de Medicina, como organização representativa dos médicos. É uma norma de valor indicativo, é uma recomendação aos médicos brasileiros. Ocorre que, mesmo

¹⁵⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 de julho de 2015.

¹⁵⁵ BOKANY, Vilma; VENTURINI, Gustavo (Org.). *Diversidade sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011. p. 168.

¹⁵⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 1.957/2010. Brasília, *Diário Oficial da União*, 06 jan. 2011.

¹⁵⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 1.358/1992. Brasília, *Diário Oficial da União*, 19 nov. 1992. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. (Revogada pela Resolução CFM nº 1957/2010).

sendo norma deontológica dirigida aos médicos, há na Resolução previsão dirigida aos pacientes, o que levanta a questão sobre sua inconstitucionalidade ao afrontar o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar. Considera a infertilidade como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, tem por objetivo o auxílio na reprodução humana assistida.

A Resolução CFM n° 2.121/2015 traz normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, que têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas que impedem a procriação. Aborda os princípios gerais para a utilização das técnicas, quais são os pacientes aptos aos procedimentos oferecidos, às regras a serem obedecidas pelas clínicas, centros ou serviços que aplicam às técnicas, como se dará a doação de gametas ou embriões, a criopreservação de gametas ou embriões, o diagnóstico genético pré-implantação de embriões, a gestação de substituição ou doação temporária do útero e a reprodução assistida *post mortem*.

Destaca-se que a reprodução humana assistida é tema cotidiano e a Resolução n° 2.121/2015 é um parâmetro que ajuda apesar de ser dirigida aos médicos, mas não elucida os problemas práticos.

Observa-se na decisão sobre a determinação da parentalidade, proferida na 1ª vara de família de Londrina/PR, pelo juiz (Dr. Marco Antônio Massaneiro) que a solução dos problemas advindos da utilização das técnicas de reprodução humana assistida deve caminhar em velocidade semelhante aos avanços da medicina.¹⁵⁸

É certo ainda que caiba e haverá discussão acerca dos limites éticos do procedimento adotado, especialmente dentro da classe médica, contudo a situação que ora se apresenta não permite ao Estado-juiz aguardar o desenlace de tais discussões mesmo porque daí pode decorrer anos ou décadas sendo que a necessidade da pequena G., em ver reconhecido sua existência civil já tarda, não podendo o Estado subtrair-lhe o direito, seja qual argumento for, implicando tal direito ainda na correta inserção de sua ascendência genética no respectivo registro.¹⁵⁹

Na época da vigência da Resolução CFM n° 2.013/2013 foi proposta uma Ação Civil Pública, processo n° 0013853-33.2013.4.01.3500, distribuída em 05/06/2013, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o CFM com objetivo de declarar a inconstitucionalidade e ilegalidade, inibir as atividades ilícitas da Resolução e suspender a sua aplicabilidade. O Ministério Público Federal entendeu que o

¹⁵⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 200-201.

¹⁵⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 201.

CFM lesou o Poder Legislativo e criou uma limitação inconstitucional à liberdade de planejamento familiar.¹⁶⁰

Importante destacar a edição do Enunciado n° 608 jurídico da VII Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, de 29/09/2015, e do Enunciado n° 12, do X Congresso Brasileiro de Direito de Família, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), de 23/10/2015

ENUNCIADO 608 – É possível o registro de nascimento dos filhos de pessoas do mesmo sexo originários de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil, sendo dispensável a propositura de ação judicial, nos termos da regulamentação da Corregedoria local.¹⁶¹

ENUNCIADO 12 - É possível o registro de nascimento dos filhos de casais homoafetivos, havidos de reprodução assistida, diretamente no Cartório de Registro Civil.¹⁶²

Ademais, foi editado o Provimento n° 21/2015, que regulamenta o procedimento de registro de nascimento de filhos havidos de reprodução assistida, por casais heteroafetivos ou homoafetivos, admitida a multiparentalidade, no âmbito do Estado de Pernambuco.¹⁶³

2.4.1 Os limites de idade

A Resolução CFM n° 2.013/2013 limitava à idade máxima de 50 anos o uso da técnica de reprodução assistida para candidatas à gestação. Feria o direito de liberdade de planejamento familiar. Observa-se que, nesse determinado ponto, não se dirigia aos médicos e sim às pacientes.

No entanto, de forma a não afrontar o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar previsto no art. 226, § 7° e delineado pela Lei n° 9.263/96, a Resolução CFM n° 2.121/2015 trouxe a novidade da exceção ao limite de 50 anos para participação do procedimento, exceção esta que será determinada, mediante fundamentação técnica e científica por médico responsável, depois de esclarecidos os riscos envolvidos no feito.

¹⁶⁰ GOIÂNIA. Tribunal de Justiça. *Ação Civil Pública*. 7ª Vara da Justiça Federal de Goiânia. Processo n° 0013853-33.2013.4.01.3500. Goiânia: TJ, 19 set. 2013. [Em 19 de setembro de 2013, o juiz Mark Yshida Brandão, proferiu sentença, declarando extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, por ser inadequada a via processual eleita].

¹⁶¹ JORNADA DE DIREITO CIVIL, 7., 2015 set. 28-29, Brasília; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado (Coord.). *Anais...* Brasília: CJF, 2015.

¹⁶² INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *IBDFAM aprova Enunciados: enunciados serão diretrizes para decisões de família e sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 27 out. 2015.

¹⁶³ PERNAMBUCO. Poder Judiciário do Estado de Pernambuco. Corregedoria Geral da Justiça. *Provimento N. 21 /2015*. Recife, 4 nov. 2015. p. 161-162.

O Enunciado de Biodireito nº 41 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, em 15 de maio de 2014, já previa "O estabelecimento da idade máxima de 50 anos, para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida, afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar"¹⁶⁴.

Se a Resolução CFM nº 2013/2013¹⁶⁵ não permitia a utilização das técnicas de reprodução humana assistida para mulheres acima de 50 anos e afrontava o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar, a Resolução CFM nº 2.121/2015¹⁶⁶ permitiu a utilização das técnicas de reprodução humana assistida de forma excepcional para mulheres acima de 50 anos, deixando a escolha para mulher mediante fundamento técnico e científico e esclarecimento dos riscos envolvidos por seu médico.

Diferente do limite máximo de idade para utilização da reprodução assistida, outra afronta à liberdade de planejamento familiar, que, no entanto, não vislumbrou modificação da Resolução CFM nº 2.013/2013 para a Resolução CFM nº 2.121/2015, refere-se aos limites dos embriões a serem transferidos para a receptora, não podendo ser superior a quatro. De forma a evitar a repetição da técnica de fertilização *in vitro*, que gera enorme desconforto físico e emocional, as mulheres optam por transferirem o maior número de embriões por tentativa. Ocorre que a Resolução CFM nº 2.121/2015 limitou a dois embriões para as mulheres com até 35 anos, a três embriões para mulheres de 36 a 39 anos, a quatro embriões para as mulheres entre 40 e 50 anos, sendo estes os limites máximos.

O limite na transferência de embriões prejudica o livre exercício do planejamento familiar, sendo a definição para a doadora de óvulos o limite de idade de 35 anos e para o doador de espermatozoides o limite de 50 anos, considerando para a doadora a idade no momento da coleta dos óvulos.

Para a maternidade de substituição o limite de até 50 anos para a doação temporária do útero que vigorava na Resolução CFM nº 2.013/2013, passou a permitir as exceções esclarecidas.

Observa-se que as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, diante da não regulamentação específica da matéria acabam por estabelecer condutas éticas a serem seguidas pelos médicos para a utilização das técnicas de reprodução assistida e também limitar os direitos dos pacientes.

¹⁶⁴ JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., 2014. *Anais...* Brasília: CNJ, 2014.

¹⁶⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.013/2013. *Diário Oficial da União*, 09 de maio de 2013, Brasília, Seção I. p. 119.

¹⁶⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

No entanto, o direito ao planejamento familiar já perpassava a restrição da idade. Uma paciente de 53 anos recorreu à justiça para conseguir fazer uso da técnica de reprodução humana assistida, uma vez que na época, com a Resolução do CFM nº 2.013/2013 em vigor, esta permitia a fertilização *in vitro* com óvulos doados a mulheres com até 50 anos de idade, sendo o limite imposto pelo CFM uma forma de proteção à saúde da gestante. No entanto, foi deferido o pedido de antecipação de tutela para a realização da fertilização *in vitro*.¹⁶⁷

2.4.2 O termo de consentimento livre e informado

A necessidade do termo de consentimento livre e informado é um direito à informação, refere-se à manifestação de vontade. É uma informação dada previamente ao tratamento, que apresenta o objeto da prestação de serviço que é a procriação e esclarece os usuários das técnicas sobre riscos reais e problemas a serem enfrentados. A informação deve dar autonomia e racionalidade na decisão do paciente.¹⁶⁸

O termo de consentimento livre e informado “é a consagração do princípio da autonomia privada cuja importância, no que concerne às relações entre o médico e o doente, tem vindo a aumentar”.¹⁶⁹

As terminologias como: ‘Termo de Consentimento Livre e Informado’ ou ‘Termo de Consentimento Livre e Esclarecido’ ou ‘Termo de Consentimento Livre, Esclarecido, Consciente e Desinteressado’ depende do local em que é feita a referencia, na Lei, no Decreto, na Portaria ou na Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) - Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 33/2006¹⁷⁰.

De acordo com a Resolução CFM nº 2.121/2015 é obrigatório o consentimento livre e esclarecido informado para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução humana assistida. No termo deve conter dados de caráter biológico, jurídico e ético. Detalhar os aspectos médicos, com a concordância, por escrito, das pessoas envolvidas na utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

Em referência ao segredo médico na reprodução humana assistida, o termo de consentimento livre e esclarecido é uma concordância com o sigilo. Para que haja a doação

¹⁶⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento N. 0055717-41.2014.4.01.0000/MG. Processo Orig.: 0023725-02.2014.4.01.3803. Relatora Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso. *Diário Oficial da União*, 9 dez. 2014.

¹⁶⁸ BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 18-19.

¹⁶⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do genoma humano*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 373.

¹⁷⁰ ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 120, v.2.

em sigilo, faz-se necessário que o médico seja o portador do segredo. A revelação médica pode se dar mediante acordo presumido.¹⁷¹

Para a maternidade de substituição, a Resolução CFM n° 2.121/2015 exige o termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela mãe de substituição, com aspectos biopsicossociais, riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal e aspectos legais da doação.

Os pacientes devem deixar por escrito a sua vontade quanto ao destino dos gametas e embriões excedentes nos casos de: doação; divórcio; doenças graves e falecimento de um ou ambos.

Os embriões e gametas excedentes na reprodução humana assistida serão doados a outras pessoas; doados para pesquisas com células-tronco embrionárias, conforme previsto na Lei de Biossegurança - Lei n° 11.105/05¹⁷²; serão criopreservados; ou descartados, de acordo com a manifestação de vontade dos pacientes.

Quanto à criopreservação de gametas ou embriões, os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados, respeitando a manifestação de vontade dos pacientes. Ocorre que, é forçoso esclarecer que na Resolução da ANVISA – RDC n° 33/2006¹⁷³ determina, caso o termo de consentimento seja obtido, antes do armazenamento dos embriões, a doação para pesquisas se dará com embriões congelados até março de 2006, inviabilizando a doação sob o argumento de não haver na época do congelamento o termo de consentimento livre e informado.

No uso das técnicas de reprodução humana assistida, é possível que ocorra uma produção de gametas e embriões superiores à necessidade real da efetividade da parentalidade. As pessoas que se submetem ao procedimento têm quatro alternativas para os embriões excedentes:

- a) a criopreservação;
- b) a doação para outras pessoas;

¹⁷¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico - Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 207.

¹⁷² BRASIL. Lei n° 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n° 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n° 2.191-9, de 23 de agosto de 2001(....). *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 mar. 2005.

¹⁷³ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. RDC/ANVISA n° 33, de 6 de fevereiro de 2006. Aprova o Regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos. Brasília: ANVISA, 2006.

- c) a doação para pesquisas com células-tronco embrionárias; e
- d) o descarte dos embriões criopreservados por mais de cinco anos.¹⁷⁴

Os pacientes devem deixar por escrito a sua vontade quanto ao destino dos embriões “em casos de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou ambos, e quando desejam doá-los”, de acordo com a Resolução CFM n° 2.121/2015.¹⁷⁵

2.5 A falta de regulamentação da matéria e os problemas jurídicos envolvidos

Alguns países possuem leis, outros, guia de referência, como é o caso do Brasil, que adota a Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 2.121/2015. A regulamentação da matéria é necessária para impor limites e proteger direitos. Existem textos universais que podem ser invocados, entre eles a Declaração dos Direitos Humanos (DDH).

A necessidade de regulamentação específica da matéria surge nos conflitos. A carência legislativa foi desde logo sentida na Europa, que, através da Comissão da Assembleia Parlamentar, aprovou um relatório sobre a inseminação artificial, afastando o princípio da omissão legislativa intencional. A Suécia foi um dos primeiros países a regulamentar a inseminação artificial, através da Lei n° 1140, de 20 de dezembro de 1984, que consagrou o direito da criança ao conhecimento da identidade genética (sem efeito retroativo). Em 1985, o Reino Unido legislou proibindo a comercialização da maternidade de substituição. Em 1990, a Alemanha adotou a lei de proteção dos embriões. Em 1988, o Conselho da Europa apresentou um documento com 21 princípios que disciplinavam a matéria.¹⁷⁶

A clara necessidade de regulamentação da matéria no ordenamento jurídico brasileiro é observada no processo de "jurisdicalização dos conflitos sociais", que é quando há o reconhecimento dos atores sociais, por eles próprios, como sujeitos de direito, e demandam do Poder Judiciário a solução dos conflitos.¹⁷⁷

Um relevante exemplo refere-se à guarda das crianças após a morte de uma das companheiras homoafetivas. É o caso Hedi, que após o falecimento da sua companheira em

¹⁷⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM N° 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

¹⁷⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM N° 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

¹⁷⁶ REIS, Rafael Luís Vale e; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.) *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 344-345. v. 12.

¹⁷⁷ ROJO, Raúl Enrique (Org.). *Por trás da Toga: magistratura, sociedade e política no Brasil hoje*. Porto Alegre: Dom Quixote Editora, 2014. p. 229-230.

um acidente, somente conseguiu a guarda dos menores judicialmente porque havia um testamento que a nomeava tutora dos filhos diante do falecimento da companheira.¹⁷⁸

Conforme mencionado anteriormente a Corregedoria Geral da Justiça de Pernambuco, de forma pioneira, editou o Provimento n° 21/2015¹⁷⁹, regulamentando o procedimento de registro de nascimento de filhos havidos de reprodução assistida, por casais heteroafetivos ou homoafetivos, admitindo a multiparentalidade. Afirma o exposto na Resolução CFM n° 2.121/2015¹⁸⁰, o que demonstra a preocupação com a estabilidade da relação parental estabelecida e as diversas formas que o direito encontra de acompanhar a evolução da medicina.

O capítulo que segue tem por proposta o estudo da metodologia jurisprudencialista de António Castanheira Neves. Como se verá, o autor entende o direito como um pensamento novo comprometido com o decidir concreto¹⁸¹.

¹⁷⁸ MODESTO, Edith. *Entre mulheres: depoimentos homoafetivos*. São Paulo: Edições GLS, 2009. p. 104.

¹⁷⁹ PERNAMBUCO. Poder Judiciário do Estado de Pernambuco. Corregedoria Geral da Justiça. *Provimento N. 21 /2015*. Recife, 4 nov. 2015.

¹⁸⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM N° 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

¹⁸¹ COELHO, Nuno Manuel Margadinho dos Santos. O princípio ontológico da historicidade radical e o problema da autonomia do direito: ensaio de aproximação filosófica do jurisprudencialismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 47, p. 217-247, 2005. p. 219.

3 A REALIZAÇÃO PRÁTICA DO DIREITO POR ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES - METODOLOGIA, CONDIÇÕES DE EMERGÊNCIA E AUTONOMIA DO DIREITO

O presente capítulo versa sobre a metodologia jurisprudencialista de António Castanheira Neves, autor português que une hermenêutica filosófica e metodologia, entendendo que a decisão jurídica precisa de método. Discorre sobre o jurisprudencialismo, como metodologia, apresentando o caso jurídico concreto como *prius* metodológico. Apresenta a realização prática do direito e a busca das normas aplicáveis no sistema jurídico. Discorre sobre a realização do direito por mediação da norma e por autônoma constituição normativa. Analisa os limites da juridicidade, a interpretação jurídica, a “norma da norma” como objeto da interpretação jurídica, além das condições da emergência do direito, da sua autonomia, estabelecendo a mediação dialética entre a intencionalidade normativa do direito (o sistema composto por princípios, normas, jurisprudência e doutrina jurídica) e a intencionalidade normativa do caso concreto (problema jurídico).

A metodologia jurisprudencialista de António Castanheira Neves entende o direito como instrumento de decisão do caso concreto, enquanto experiência jurídica prática. O problema prático questiona o sistema. A mediação dialética entre sistema e problema se realiza na busca da decisão jurídica correta. A autonomia do direito verifica as condições de ser do direito, qual a autonomia do ‘direito’ em dizer o ‘direito’ e ao dizer o que é o ‘direito’ que ‘direito’ diz.

Na união entre a hermenêutica filosófica e a metodologia, a hermenêutica filosófica, normalmente, afasta-se dos ditames da metodologia, julga-se incompatível com ela, mas o autor afirma que o direito precisa de uma metodologia.

Para Castanheira Neves, o jurista não pode ser somente um filósofo. O jurista precisa ter um método para seguir e chegar a um resultado prático. Exige decisão jurídica que seja calculável, que tenha lógica, não só filosofia. Na linha da hermenêutica, o jurista consegue fazer reflexões filosóficas, mas não consegue lidar com a prática. Na hora de decidir sente-se envolto tão só pelo mundo das ideias.

António Castanheira Neves faz a união entre a hermenêutica filosófica e a metodologia, sem que a metodologia sufoque a criatividade e a intuição da hermenêutica, que existe na filosofia, e sem que a filosofia torne a metodologia menos calculável. A hermenêutica traz a compreensão, mas a decisão jurídica precisa do método. A hermenêutica filosófica adicionada ao método produz a decisão jurídica correta.

O direito é uma realização prática, é uma experiência jurídica prática. Em oposição ao positivismo jurídico e ao funcionalismo sociológico, apresenta uma concepção jurisprudencialista do direito. A decisão jurídica é o núcleo da problematidade. O direito está além do positivismo jurídico, sendo uma questão de validade. Há a necessidade de uma metodologia para a realização prática do direito, precisa-se de método adequado para decisões jurídicas corretas.¹⁸²

“Trata-se de uma concepção pós-positivista de direito de caráter substancial”¹⁸³. Embora faça uma ponte entre os mundos (procedimento e método), o autor ainda é considerado substancialista, uma vez que compatibiliza o método em um pensamento substancialista – união entre método e hermenêutica.

O jurisprudencialismo de António Castanheira Neves é uma concepção pós-positivista que leva a sério a autonomia do direito, sendo na condição ética que o direito emerge como projeto civilizacional autônomo. O direito não é uma experiência natural, é uma prática social.¹⁸⁴

No sistema jurídico, principalmente no sistema de legislação, as normas são as normas legais, constituem o ‘núcleo duro’ do sistema. Na concepção jurisprudencialista de Castanheira Neves, a tarefa da decisão jurídica é a mediação entre a intencionalidade normativa do direito e a intencionalidade problemática dos casos concretos. É, portanto, o direito como experiência jurídica prática. A normatividade do direito não está no texto da lei e sim na mediação entre as leis, os princípios, a jurisprudência e a doutrina e os casos concretos.¹⁸⁵

3.1 A mediação dialética entre sistema e problema

Na realização do direito, conforme mencionado, António Castanheira Neves, metodologicamente, propõe duas dimensões: o sistema e o problema.¹⁸⁶ O sistema é a

¹⁸² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 404.

¹⁸³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 404.

¹⁸⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão jurídica e autonomia do Direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 85-100.

¹⁸⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 407.

¹⁸⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 155.

intencionalidade normativa do direito e o problema é a intencionalidade problemática do caso concreto. Para compreender o problema é preciso que haja compreensão do sistema, a relação é circular e, conforme abordado, deve-se partir do problema. O problema faz perguntas ao sistema. A intencionalidade normativa do direito é determinada pela intencionalidade problemática dos casos concretos, ou seja, o sistema é determinado pelo problema. A mediação advinda entre sistema e problema é a tarefa da metodologia da realização do direito.¹⁸⁷

A realização do direito vai além da interpretação da lei. É a solução dada em sentido normativamente fundado e juridicamente justificado.¹⁸⁸

“A problematidade atual do direito vai ao ponto de atingir inclusivamente a sua subsistência, o *qua tale* do direito, ao pôr justamente em causa não só o seu verdadeiro sentido, mas a possibilidade mesma do seu sentido”¹⁸⁹.

No Estado Democrático de Direito, existe uma tensão entre segurança e legitimidade, condições estas exigidas pela decisão jurídica. O problema está em definir o que é e o que não é o direito no sentido ontológico. O direito é autônomo? Qual seu fundamento normativo? Qual o sentido do direito para o homem na sua realidade histórico-cultural e humano-social hoje? Até onde pode e como deve o direito interferir na vida humana? Quais os ‘limites da juridicidade’?

O mundo é feito de questões novas e pela constante mudança dos referenciais axiológicos e culturais, motivo pelo qual a própria intenção do direito também sofre transformações.

O caso concreto faz com que haja a necessidade de reflexão da decisão jurídica além do que está na lei e faça uso de princípios, da jurisprudência e da doutrina. Existe um questionamento em torno do problema, uma expectativa da resposta correta do direito.

Ocorre que, há a ‘capacidade do sistema’, o que pode levar o problema a não encontrar respostas, no entanto o sistema jurídico é aberto e não auto-suficiente.

[...] o surgir de novos problemas é correlativo do enriquecimento do contexto intencional, ainda que indecisa e indeterminadamente assumido ou apenas pré-compreendido – no modo justamente problemático (o “saber de não saber) -, e que, por outro lado, há de culminar na constituição de novas

¹⁸⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 444-445.

¹⁸⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010b. p. 249-250, v.2.

¹⁸⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 10.

intenções-soluções integradas, i. é, na superação do problema pelo sistema (por um novo sentido do sistema).¹⁹⁰

Importante destacar que a questão de fato refere-se aos dados do problema concreto, com intencionalidade problemática do caso concreto, “a questão da metodológico-jurídica determinação e comprovação dos “dados” do problema jurídico concreto”¹⁹¹. Primeiro problematiza-se e, em seguida, há a comprovação dos elementos.

A questão de fato tem dois momentos fundamentais: o primeiro é a determinação no âmbito da relevância jurídica, que é o problematizar para submeter a um controle metodológico a relevância jurídica da situação histórico-concreta do problema; e a comprovação dos elementos específicos da relevância jurídica e dos seus efeitos. O problema jurídico se situa em uma situação histórica global; o segundo momento fundamental da questão de fato é a comprovação dos elementos específicos da relevância jurídica e dos seus efeitos. É a verdade jurídica como verdade prática, comprovação teórico-científica dos fatos. Revitalização da concepção argumentativa da prova jurídica.

A questão de direito subdivide-se em questão de direito em abstrato e questão de direito em concreto. A questão de direito em abstrato é a escolha do critério normativo adequado para solução do caso concreto. A questão de direito em concreto é a utilização de norma específica para realizar a mediação entre sistema e problema.¹⁹²

O problema interroga o sistema em um circuito cíclico, pois cada novo problema interroga o sistema. A resposta do sistema é a intenção do direito como um todo adequada à realidade do novo problema. Têm-se novos problemas que questionam o sistema, que supera o novo problema e ganha novo sentido, ou seja, o sistema prévio adicionado ao problema novo gera um novo sistema. É o “direito como um constitutivo e sempre novo pensamento comprometido com o decidir concreto”¹⁹³.

No modelo metodológico proposto por António Castanheira Neves, há racionalidade jurídica na realização prática do direito, na mediação dialética entre sistema e problema, partindo-se do caso concreto, com a autonomia do direito em relação aos demais critérios

¹⁹⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 158.

¹⁹¹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 163.

¹⁹² CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 163-176.

¹⁹³ COELHO, Nuno Manuel Margadinho dos Santos. O princípio ontológico da historicidade radical e o problema da autonomia do direito: ensaio de aproximação filosófica do jurisprudencialismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 47, p. 217-247, 2005. p. 219.

normativos.

[...] cremos poder compreender-se hoje a afirmação da autonomia do direito e do mesmo passo se reconhecerá que ela é em absoluto indispensável – pois, digamo-lo numa paráfrase à concludente eloquência de HANNAH ARENDT, o último e verdadeiramente fundamental direito hoje do homem é afinal o “direito ao direito”.¹⁹⁴

O surgir de novos problemas está relacionado a um enriquecimento do contexto intencional, na superação do problema pelo sistema, por um novo sentido do sistema.¹⁹⁵ O sistema deve ser perspectivado como uma tarefa e não como um dado.¹⁹⁶

“O sistema é uma unidade de totalização normativa que se analisa em quatro elementos.” São os elementos constitutivos da normatividade do sistema: os princípios; as normas; a jurisprudência; e a doutrina jurídica.¹⁹⁷

3.1.1 O caso jurídico concreto como prius metodológico no jurisprudencialismo

A realização prática do direito, parte do caso concreto para estabelecer a mediação dialética entre sistema e problema, na busca de uma decisão jurídica justa, sendo a determinação do problema como um problema jurídico e um critério metodológico imprescindível. É a busca da intencionalidade jurídica no caso concreto, o caso jurídico concreto.

É um “caso” porque nele se põe um *problema*; é “concreto” porque esse problema se põe numa certa *situação* e para ela; é “jurídico” porque desta emerge um *sentido jurídico* – o problemático sentido jurídico que o problema lhe refere e que nela ou através dela assume e para o qual ela se individualiza como situação (como o “dado” correlativo que oferece o âmbito e o conteúdo relevantes).¹⁹⁸

Para compreender a juridicidade do direito não se deve partir do direito e sim do caso concreto. O problema jurídico surge quando alguém questiona sobre algo que até então não pertencia à juridicidade do direito, quando alguém suscita a intencionalidade normativa do

¹⁹⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido?* O problema atual da autonomia do direito. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p.73.

¹⁹⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido?* O problema atual da autonomia do direito. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 158.

¹⁹⁶ SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. A interpretação jurídica como um momento metodológico da realização do direito, segundo a perspectiva de Castanheira Neves. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 23, n. 25, p. 1-20, jul./dez. 2007. p. 5-12.

¹⁹⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 155-157.

¹⁹⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 162.

direito.

Para António Castanheira Neves, a normatividade do jurídico ou a juridicidade do direito não envolve todas as questões da existência. Existe limite. A intencionalidade normativa é colocada de acordo com a narrativa do direito, porque o modo como se coloca o problema já está influenciado pelo projeto de crítica, de solução. O autor pronuncia ainda que, a forma de chegar à decisão jurídica justa é partindo do problema jurídico, do caso concreto, e analisar o que ele suscita. É o caso concreto como *prius problemático*.

O problema jurídico revela a intencionalidade prática do caso concreto.

No entanto, como se define o problema prático-jurídico? Como saber se o problema é jurídico? Existem outras questões como religiosas, políticas, econômica e a social. A questão está em determinar onde termina a juridicidade do direito e onde começa, por exemplo, a normatividade moral da sociedade.

É com os pressupostos jurídicos do problema e o seu sentido problemático, é no conteúdo intencional da pergunta que o problema faz para o sistema que se define o problema prático jurídico.¹⁹⁹ Na dialética entre sistema e problema, o sistema normativo, como um todo, vai enfrentar um questionamento do caso concreto buscando uma decisão jurídica adequada, justa e correta.

[...] o problema surge justamente da circunstância de os casos jurídicos, que a vida histórico social vai suscitando, de todo excluirmos, no contínuo do seu contexto real e na riqueza da sua individualidade histórica, a idéia de eles se oferecerem já (já serem “dados”) como bem definidas objetivações das normas do sistema positivo, como seus meros correlatos objectivos. Em termos, portanto, de haver entre aqueles e estas perfeita correspondência lógica – em cada caso jurídico não haveria nada mais do que fora previsto numa qualquer norma e para cada caso seria inequívoco haver uma norma aplicável e uma só norma aplicável. [...] ou de haver nos casos decidendos elementos juridicamente relevantes, embora de todo não previstos pela norma que venha a aplicar-se-lhes [...].²⁰⁰

Em António Castanheira Neves, a busca da decisão jurídica correta parte do problema jurídico concreto e analisa o que ele suscita. Primeiramente, identifica-se o problema em questão como um problema jurídico e na sequencia busca-se uma resposta prático-normativamente adequada à intencionalidade prática do caso concreto.²⁰¹

¹⁹⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 151-152.

²⁰⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 168.

²⁰¹ SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. A interpretação jurídica como um momento metodológico da realização do direito, segundo a perspectiva de Castanheira Neves. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 23, n. 25, p. 1-20, jul./dez. 2007. p. 16.

3.1.2 Os princípios

A decisão jurídica correta está na mediação dialética entre sistema e problema, sistema que abarca além da norma, da jurisprudência, da doutrina jurídica também os princípios jurídicos positivos, transpositivos e suprapositivos.

Os princípios são fundamentos das normas jurídicas, não são normas. A intencionalidade normativa do direito, que se media com a intencionalidade prática do caso concreto alcança os fundamentos do sistema jurídico. Os princípios são os “normativos fundamentos constitutivos da juridicidade do próprio sistema jurídico”.²⁰² “[...] expressam a intenção axiológica do valor de fundamento de uma ordem jurídica”.²⁰³

Os princípios positivos estão previstos no texto da lei – direitos fundamentais no texto constitucional. Os princípios transpositivos vão além do direito positivo e estruturam a ordem jurídica positiva. Os princípios suprapositivos são os superiores que definem o sentido do direito.²⁰⁴

Os princípios transpositivos incluem as “cláusulas gerais” mais relevantes e os princípios suprapositivos “manifestam a regulativa validade fundamentante do sistema ou a subjetividade em seu sentido ontológico”.²⁰⁵

O direito sempre assimila uma nova experiência problemática e os princípios revelam a intenção axiológica de fundamento do ordenamento jurídico, surgem da mediação dialética entre a intencionalidade normativa do direito e a intencionalidade problemática dos casos concretos e manifestam o momento em que é assumida a intenção axiológico-normativa, se postula o momento de regulativa validade fundamentante, onde o direito não se esgota na norma, onde o direito não é somente objeto, mas também sujeito.²⁰⁶

Os princípios jurídicos fundamentam os princípios constitucionais positivados. Uma vez feita em forma de texto, a CR/1988 precisa ser interpretada através dos princípios transpositivos e suprapositivos para determinar a mediação dialética entre sistema e

²⁰² CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 189.

²⁰³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 442.

²⁰⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 456.

²⁰⁵ SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. A interpretação jurídica como um momento metodológico da realização do direito, segundo a perspectiva de Castanheira Neves. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 23, n. 25, p. 1-20, jul./dez. 2007. p. 13.

²⁰⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 155.

problema.²⁰⁷

Se uma comunidade é mais estável, a consciência jurídica geral dessa comunidade pode se confundir com o sistema jurídico vigente, uma vez que os princípios são resultados da assimilação ético-político-sociais dominantes na sociedade.²⁰⁸

Estando o ser humano em contínua modificação, há a exigência de uma nova objetivação histórico-social da juridicidade, o que não significa uma ruptura total com a consciência jurídica para uma ‘nova’ consciência jurídica geral. Existe um patrimônio axiológico normativo que não se esvai, são os princípios transpositivos e suprapositivos, normativo-jurídicos fundamentais, que determinam a própria intencionalidade axiológica-constitutiva do direito.²⁰⁹

O patrimônio axiológico normativo do direito é um nível de intenção essencial do direito, onde mesmo suprimido os princípios positivos, não há alteração na intenção axiológica fundamental que eles constituem na consciência jurídica geral. São os princípios que orientam a intencionalidade normativa do direito, que mesmo revogados, produziriam os mesmos efeitos, ressaltando que, no caso de contradição entre os princípios António Castanheira Neves indica preferência para os princípios que fundamentam de modo material a decisão.²¹⁰

Neste sentido, o princípio da autonomia nos problemas do direito de personalidade, como no conflito entre o conhecimento da origem biológica por parte da criança versus o sigilo da identidade do doador no uso da técnica de reprodução humana assistida. Assim, também, o princípio da igualdade, que já se manifesta como “igualdade perante o direito”²¹¹, afinal, tem essa criança o direito à origem biológica como direito da personalidade?

Os princípios não podem ser compreendidos como garantia de completude do sistema jurídico para os casos de lacunas porque são os fundamentos da normatividade jurídica do sistema como um todo.²¹² A validade afirmada nos princípios não impõe necessariamente um direito positivo.

²⁰⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 459-460.

²⁰⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p.62.

²⁰⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p.60-64.

²¹⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 458.

²¹¹ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p.65.

²¹² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 456.

Para António Castanheira Neves, os “princípios jurídicos não podem ser convocados como critérios prático-concretos de solução para o caso”. Os princípios são fundamentos e não normas jurídicas e somente as normas jurídicas são critérios.²¹³

3.1.3 As normas

Enquanto os princípios são fundamentos, as normas jurídicas são critérios, são regras, definidas por estratégias políticas e terão validade uma vez editada por autoridade competente, diante de um procedimento legislativo correto. São respostas do direito para as perguntas dos problemas concretos. Elas determinam o sistema, tendo em vista que um sistema sem normas seria indeterminado.²¹⁴

As normas são o ‘núcleo duro’ do sistema, pois ao desempenhar a função de critério, têm a força vinculante de autoridade. O objeto da interpretação não é o texto da norma jurídica e sim a normatividade que essas normas, como critérios jurídicos, podem oferecer, o que a interpretação jurídica quer é a ‘norma da norma’ e não o seu texto.²¹⁵

As normas têm valor normativo vinculante que provém da legitimidade e autoridade político-jurídicas. O direito positivo é uma resposta normativa à realidade social. A relação entre validade e direito positivo constitui-se em uma relação de possibilidade. O direito positivo não se deduz da validade normativa. A validade é um fundamento para o direito positivo.²¹⁶ A resposta do direito à realidade social vigente (justificação) deve ser uma resposta jurídica válida (fundamento).²¹⁷

O poder legislativo realiza uma função diretamente política. O poder político exercido pelo poder legislativo é compartilhado com o governo, com o poder executivo, que controlam a atividade legislativa. "É o caráter político da lei, convertido em "instrumento de governo". O caráter político da função legislativa tem seu contra-polo na função política da função

²¹³ SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. A interpretação jurídica como um momento metodológico da realização do direito, segundo a perspectiva de Castanheira Neves. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 23, n. 25, p. 1-20, jul./dez. 2007. p. 13.

²¹⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 441.

²¹⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 143-144.

²¹⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 156.

²¹⁷ SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. A interpretação jurídica como um momento metodológico da realização do direito, segundo a perspectiva de Castanheira Neves. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 23, n. 25, p. 1-20, jul./dez. 2007. p. 14.

jurisdicional.²¹⁸

3.1.4 A jurisprudência

“A jurisprudência é a consagração de soluções que vêm do passado e persistem”,²¹⁹ ou seja, é a realização ‘concreta’ do direito. Através dela é possível conhecer a intencionalidade normativa do sistema jurídico. Funciona como guia e nas discussões atuais tem força vinculativa das decisões jurisdicionais, especialmente nos julgados dos tribunais superiores.²²⁰ É o conjunto de precedentes jurisdicionais.

É o momento da objetivação e estabilização de uma já experimentada realização problemática-concreta do direito, com o valor normativo que resulta de uma presunção de justeza dessa realização e que assim só poderá ser posta em causa, por posições diferentes ou contrárias, através de um infirmante “ônus de contra-argumentação”.

Na realização prática do direito para a decisão jurídica justa, as jurisprudências assumem um valor normativo importante porque produzem uma presunção de justiça.²²¹

Tanto que essa presunção de justiça só pode ser problematizada por posições diferentes ou contrárias bem justificadas por meio de argumentos que não apenas explique o fundamento da divergência da decisão em relação à jurisprudência, mas também os motivos que justificam a inadequação daquela experiência de decisão consolidada na corrente jurisprudencial atacada.²²²

A justiça tem duas dimensões, a da exigência de igualdade e a da exigência de adequação concreto-material das decisões jurídicas.²²³

Existe uma unidade na ordem jurídica formal sistematicamente pressuposta e materialmente constituída, e esta unidade se traduz ao nível da jurisprudência e na igualdade ao nível da decisão correta. A igualdade é o objetivo final. Para consegui-la foca-se na

²¹⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 601-604.

²¹⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010b. p. 11. v. 2.

²²⁰ SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. A interpretação jurídica como um momento metodológico da realização do direito, segundo a perspectiva de Castanheira Neves. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 23, n. 25, p. 1-20, jul./dez. 2007. p. 15.

²²¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 442.

²²² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 442.

²²³ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010b. p. 86. v. 2.

uniformidade da jurisprudência. Pode ser uma igualdade formal abstrata da lei ou normativo-material do direito.²²⁴

O Poder Legislativo e o Poder Judiciário são autônomos, diferentes, concorrentes devido à tensão existente entre eles e essenciais um ao outro. O sistema tem uma dimensão política submetida à validade do direito. A política tem intenção de fazer dos valores (da dignidade pessoal, da solidariedade social, da liberdade e da justiça) a teleologia de um projeto de intervenção e reforma social e o direito pressupõe os valores como fundamentos e critérios de cada ação da realização do projeto. A intenção axiológica-normativa e de validade do direito transcende a intenção político-normativa e finalística da legalidade.²²⁵

O sistema político brasileiro atual assemelha-se ao sistema português apresentado por António Castanheira Neves por não ser um Estado puramente de jurisdição, nem um Estado de legislação. Portanto, trata-se de um Estado legislativo-jurisdicional, uma composição mista de legislação e jurisdição.

3.1.5 A doutrina jurídica

A doutrina jurídica não pode, como os princípios, solicitar a vinculação de validade, não pode, como as normas legais, invocar a vinculação da autoridade político-prescritiva e também, não pode, como a jurisprudência solicitar a *auctoritas* jurídica. A doutrina jurídica se elabora a partir das normas legais e da jurisprudência.²²⁶

É que, se a dogmática doutrinal se elabora em grande medida a partir das normas legais e das posições jurisprudenciais, só verdadeiramente por aquela primeira, ao assimilar ela autonomamente os princípios normativos numa “doutrina básica” que orienta a determinação explicante e reconstrutiva das mesmas normas e da jurisprudência, estas segundas se verão projetadas numa acabada e sistematicamente global objetivação *secundum ius*.²²⁷

É importante a influência da doutrina jurídica na intencionalidade normativa do direito porque ela sistematiza os conceitos e os conteúdos das normas jurídicas.²²⁸

²²⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 230-232.

²²⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 595-598.

²²⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 157.

²²⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 157.

²²⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 442.

3.2 A busca das normas aplicáveis no sistema jurídico

Para a correta e justa decisão jurisprudencialista, após a definição do problema como um problema jurídico, necessária é a busca das normas aplicáveis no sistema jurídico. Podem ser necessários ajustes, adaptações e correções. Seria obvio se houvesse uma norma jurídica que previsse cada caso. Existem casos jurídicos em que a norma não é efetivamente aplicável ou somente o é em concorrência com outras normas. O sentido da norma e o seu domínio de aplicação podem não interceder.

No juízo de confrontação entre sistema e problema, que será abordado de forma mais detalhada na questão de direito em concreto por mediação da norma, existem normas que podem: se adaptar ao caso concreto de forma linear (correspondência linear entre a intenção da norma e a relevância do problema, em que a relevância material do caso é assimilada pela norma); se adaptar de forma parcial (que pode ser ajustada por adaptação (restritiva e extensiva) ou por correção (sincrônica e diacrônica), em que a relevância material do caso é parcialmente assimilada pela norma) ou não se aplicar (quando a decisão jurídica será constituída de forma autônoma).

A aplicabilidade de uma norma deve pressupor um “juízo autônomo de juridicidade sobre o caso decidendo” É a autônoma intenção de juridicidade. A aplicabilidade da norma não pode aferir-se pelo seu texto e sim pelo seu problema. Se decide com fundamento na prévia e autônoma ponderação jurídico normativa do caso, se o critério jurídico da norma é adequado.²²⁹

A norma será aplicável quando for verificada a adequação da sua intenção normativa ao caso concreto. O pensamento jurídico deve estar fundado no sentido da problematização.²³⁰

Na verificação do problema como um problema jurídico, a intencionalidade problemática do caso concreto interroga o sistema por uma decisão jurídica justa e correta. À medida que surgem novos problemas há a exigência de novas respostas do sistema. No entanto, os problemas novos não serão unicamente os correlativos de soluções oferecidas pelo sistema. A normatividade prévia traz uma assimilação intencional e é limitada.

Existem problemas jurídicos novos e problemas jurídicos que são apresentados de modo diferente. Existe uma autonomia no pensamento problemático. A história é vista como

²²⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 170-172.

²³⁰ COELHO, Nuno Manuel Margadinho dos Santos. O princípio ontológico da historicidade radical e o problema da autonomia do direito: ensaio de aproximação filosófica do jurisprudencialismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 47, p. 217-247, 2005. p. 226.

“possibilidade de vida”.²³¹

Tem-se uma experiência problemática que exige do sistema jurídico a elaboração de um sentido sistemático que irá assimilar regressiva e reconstrutivamente essa experiência. É a “objetivação do seu concreto e específico sentido problemático-jurídico”. O problema pergunta, é a intencionalidade problemática do caso concreto como ponto de partida.²³²

Para António Castanheira Neves, o sentido do direito não é um objeto pré-constituído, mas um pensamento jurídico emergente de situações humanas concretas que busca uma resposta sólida.²³³

Na pressuposição de juridicidade, o sentido do direito é o sentido porque pergunta o problema para o sistema, considerando o sentido axiológico normativo das condições de emergência do direito (a condição mundanal, a condição antropológico-existencial e a condição ética).

A consciência jurídica geral, o “pré-saber” dá sentido ao problema. O “pré-saber” está nas normas positivas, no princípio²³⁴, na jurisprudência e na doutrina. O problema jurídico é autônomo.

O problema está em definir, quando e em que termos poderá dizer que uma norma é adequada. “Aplicar uma norma ou disposição jurídica consiste em atribuir ao *facto*, que realiza a *hipótese*, os *efeitos* de direito que a disposição enuncia: e então, quando o caso reproduz a hipótese, diz-se que a disposição lhe é *aplicável*...”²³⁵

O sistema jurídico é aberto, se reconstitui continuamente estimulado pela realização prática do direito, no entanto, o sistema não é auto-suficiente, não é pleno. O sistema jurídico é aberto à “problematização da questão-de-direito concreta”.²³⁶ É autônomo e autopoietico no sentido da racionalidade prático-normativa autônoma.

A primeira ocorrência de um novo problema é a procura, no sistema, da ‘norma aplicável. Sabendo que o direito não se identifica com o sistema jurídico vigente (e o sistema

²³¹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 160.

²³² CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 159.

²³³ COELHO, Nuno Manuel Margadinho dos Santos. O princípio ontológico da historicidade radical e o problema da autonomia do direito: ensaio de aproximação filosófica do jurisprudencialismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 47, p. 217-247, 2005. p. 226.

²³⁴ Existem princípios que só se revelam na realização prática do direito, quando se decidem os casos jurídicos concretos.

²³⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 168.

²³⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 167.

jurídico vigente não se identifica nem se esgota nas normas) e o tribunal não pode abster-se de julgar por falta de critério legal, de forma que a decisão jurídica será feita por autônoma constituição normativa, através de um juízo decisório no qual quem julga tem autônoma responsabilidade pela constituição dos seus próprios fundamentos.²³⁷

É a decisão jurídica que não encontra uma norma jurídica no sistema jurídico vigente para responder o problema e o faz por autônoma constituição normativa, desde que inserida na intenção do direito, de acordo com os limites da juridicidade.

Na busca das normas aplicáveis ao caso concreto, importa saber o que é constituição no jurisprudencialismo? “A juridicidade do direito ultrapassa a Constituição.”²³⁸ O direito no jurisprudencialismo é mais que a Constituição, existe independentemente dela. A Constituição é só o momento atual, uma ideologia contemporânea, é um projeto político provisório de um determinado país, em um determinado tempo.

Existe uma força normativa da Constituição, nos direitos fundamentais por ela proclamados, nos princípios da ordem jurídica que prescrevem.²³⁹

A Constituição, as leis, a doutrina entre outros são coisas provisórias dentro do direito, não são a essência do direito. Nas Constituições positivistas, tudo o que não está proibido está permitido. Tem-se uma visão totalizante do direito.

A questão é como deve agir o juiz em uma atividade criadora do direito não dirigida pela lei, como nos conflitos apresentados pelo trabalho, do conhecimento da origem biológica como direito fundamental à personalidade na reprodução humana assistida heteróloga, na interrupção da gravidez de feto anencéfalo gerado por maternidade de substituição, na possibilidade de implantação de embrião ou gameta sem autorização expressa do *de cuius* na reprodução assistida *post mortem* e na utilização de embriões criopreservados por um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros.

António Castanheira Neves defende que a normatividade se assente na liberdade, no entanto, apresenta o princípio da responsabilidade, para a proteção da arbitrariedade em relação ao ordenamento jurídico.²⁴⁰

O direito deve se constituir em referência a uma realidade histórico social, com

²³⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 205-206.

²³⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 459.

²³⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p.60.

²⁴⁰ ROCHA, Maria Raquel Paulino da. *Direito, ética e moral na doutrina jurídica portuguesa contemporânea: as “introduções ao direito”*. 173f. 2013. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 2013. p. 45-50.

validade ético-cultural e sócio-cultural, será a “condição de possibilidade e de emergência, condição de adequação e de justiça, condição de relevância e de codeterminação do direito constituído”²⁴¹. Para António Castanheira Neves existe uma dependência entre o direito e a ética. Existe um sentido atribuído ao direito de caráter axiológico e transpositivo, sendo perspectivado em uma categoria ética. O autor fundamenta o sistema jurídico em uma base ética. O direito é um universo de valores e princípios em função de objetivos comuns aos homens, representa valores da realidade moral dos homens.²⁴²

3.3 A questão de direito em concreto por mediação da norma

Para apresentar a questão de direito em concreto por mediação da norma, importa separar o relevo normativo-metodológico em: a relevância material do caso concreto; a intencionalidade problemático-teleológica da norma (*ratio legis*); dos fundamentos da validade sistemático-normativa (*ratio iuris*) e do resultado da decisão.

Existe um caso prático em que a decisão jurídica encontra uma norma que responda precisamente ao caso ou tenta da forma mais precisa ajustá-lo. A decisão jurídica encontra uma norma jurídica para estabelecer a mediação entre o sistema e o problema. Faz-se necessária, portanto, a realização adequada da mediação ou juízo de confrontação entre a intencionalidade normativa do direito (sistema) e a intencionalidade problemática do caso concreto (problema).

No relevo normativo-metodológico da relevância material do caso concreto, uma vez que a linearidade não é uma constante, pode ocorrer no juízo de confrontação entre a intencionalidade normativa do direito (sistema) e a intencionalidade problemática do caso concreto (problema) em três tipos de situações distintas: pode ser que o sistema assimile o problema – a relevância material do problema é assimilada pelo sistema; o sistema pode corresponder apenas de forma parcial ao problema - sendo necessários os ajustes por adaptação ou correção; e que não seja possível a assimilação, não haja nenhum tipo de correspondência entre sistema e problema, a decisão precisará se constituir de forma autônoma.²⁴³

²⁴¹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 278.

²⁴² ROCHA, Maria Raquel Paulino da. *Direito, ética e moral na doutrina jurídica portuguesa contemporânea: as “introduções ao direito”*. 173f. 2013. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 2013. p. 45-66.

²⁴³ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 176.

Na primeira situação, em que a relevância material do sistema é assimilada pelo problema, não se trata de identificação e sim quando na relevância do sistema se reconhece a relevância do problema. É uma assimilação por concretização.

No caso do juízo de confrontação ocorrer de forma parcial e for necessário um reajuste por adaptação e por correção. A assimilação por adaptação será feita por analogia entre o sistema e o problema, podendo ser restritiva quando a relevância do problema vai além da relevância da norma ou extensiva quando a relevância material do problema fica aquém da relevância material da norma. Já a assimilação por correção, pois é inadequada, poderá ser sincrônica, que é uma atualização histórica, a intenção da norma de corrigir a sua obsolescência (a correção da intenção da norma quando entrou em vigor e a intenção da norma na época do problema) ou diacrônica quando há a necessidade de dessincronização da intenção da norma em razão das mudanças da realidade histórico-social desde a sua edição (intenção original da norma) até o caso concreto. A realidade no tempo do problema é diferente do que foi pressuposto no tempo da norma.²⁴⁴

Quando não há a assimilação normativa da relevância do problema ocorre a superação normativa por obsolescência, a assimilação normativa por uma norma não é possível porque a norma deixou de ter espaço na realidade social devido à mudança na realidade histórico-social.

No relevo normativo-metodológico da intencionalidade problemático-teleológica da norma (*ratio legis*) como a normatividade jurídica da norma não é estática, ela é dinâmica e dinamiza-se no confronto normativo-problemático. Nos casos de assimilação a decisão jurídica deve observar as determinações casuísticas ou anterior experiência jurisprudencial e dogmática ou reflexão doutrinal na perspectiva da teleologia da *ratio legis*, sendo as especificações teleológicas restritivas e extensivas.

Na mediação entre a intencionalidade normativa do direito (sistema) e a intencionalidade problemática do caso concreto (problema) deve perguntar pela finalidade adequada da decisão que é dada para o problema.

No relevo normativo-metodológico dos fundamentos da validade sistemático-normativa (*ratio iuris*) há a interpretação conforme os princípios; a correção (sincrônica e diacrônica), preterição e superação conforme os princípios; e a interpretação conforme a Constituição.

Na interpretação conforme os princípios, passa-se da *ratio legis* para a *ratio iuris*. Os

²⁴⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 177-182.

princípios são os denominados normativos materiais, que constituem o fundamento da juridicidade e não são axiomas formais, que completam o sistema no caso de lacuna; são os fundamentos da normatividade jurídica do sistema, que sustentam a normatividade do direito como um todo. Podem ser positivos, estando previstos no texto em vigor, transpositivos e transcender a ordem jurídica positiva ou suprapositivos, estando acima dos princípios positivos.

Os princípios podem revelar-se em contradição com as normas e critérios. Na correção conforme os princípios a interpretação se converte em correção conforme os princípios da norma. A norma é insuficiente. Pode ser sincrônica (quando os princípios já constituíam o sistema ao tempo da prescrição da norma) ou diacrônica (quando os princípios tiverem sido assumidos pelo sistema após a prescrição das normas); na preterição a norma é contraditória ou é oposta aos fundamentos normativos do sistema que respeita.

Para António Castanheira Neves, a Constituição não está acima dos princípios jurídicos, ela apresenta princípios jurídicos positivados, transpositivos e suprapositivos, que orientam a interpretação da Constituição. A interpretação da constituição necessita de conformidade com o direito como um todo, entre sistema e problema.²⁴⁵

3.4 Os limites da juridicidade e o problema jurídico como um problema de lacuna

Não é correto falar em juridicidade do direito identificando-a com a constitucionalidade. A juridicidade do direito vai além da Constituição. Ao se falar dos problemas dos limites da juridicidade, António Castanheira Neves considera nesta discussão os limites decorrentes do próprio sentido normativo, o reconhecimento da existência de um “espaço livre do direito”, o problema das lacunas e a perspectiva de solução e o critério decisivo.

É o “direito do direito” e não o “conceito de direito”, até onde e como o direito deve agir na vida humana.

Adverte o autor que a análise pretendida não será puramente conceitual, e também serão recusadas as soluções lógico-formais decorrentes das perspectivas positivistas que iludem o problema, trazendo pseudossoluções. As soluções positivistas são insuficientes para tratar do problema das lacunas e do “espaço livre do direito”, seja reconhecendo, seja negando a existência de “espaços livres do direito”.

²⁴⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 459-460.

Em análise do pensamento positivista, observa que as soluções positivistas negam a autonomia normativamente constitutiva do julgador, negam a criatividade do julgador ou reduzem tudo a um puro e simples problema de lacuna.²⁴⁶

Dentro das perspectivas positivistas é possível verificar duas linhas de pensamento, a que aceita e a que nega os “espaços livres do direito”.

Na linha que aceita a existência de “espaços livres do direito”, o caso será decidido pelo direito positivo ou o caso estará situado no espaço livre do direito. Isso ocorre porque o sistema jurídico é lógico, é conclusivo e define seus limites, postulados e princípios, e também porque o sistema jurídico é pleno, exclui qualquer hiato ou fratura que negue essa sua característica de ser um sistema lógico, será questão fora do direito. Ou o caso será regulado pelo sistema ou estará fora dos limites do direito, no “espaço livre do direito”.²⁴⁷

A linha que nega a existência de espaços livres do direito funda-se no chamado princípio da negação. Segundo o princípio da negação, se a resposta para o caso não estiver contida no ordenamento jurídico positivo ou se dele não for dedutível uma norma ou princípio normativo que preveja o caso, a pretensão está negada. Ou está regulado ou está regulado negativamente. É o vazio do direito regulado em sentido negativo, o preenchimento de todo o universo sem deixar qualquer vazio. Está-se diante da ideia do panjurismo, o direito que pretende preencher o universo social todo (ordem jurídica universal).²⁴⁸

Das críticas do pensamento positivista, a primeira é que não é seguro pensar que o sistema jurídico tenha previsto todos os casos, regulando-os expressa ou negativamente (pseudofundamento lógico). Uma segunda crítica é que não se pode identificar todo o direito simplesmente como aquele positivamente proposto, pois que não é só isso – prevenções expressas ou deduzidas do seu corpus formal. O jurisprudencialismo pode estar além ou aquém do direito, não haverá nada fora de questão.²⁴⁹

[...] o direito deixa de ver-se na auto-subsistência de uma lógico-sistemática racionalidade dogmática para se compreender antes numa prática intenção normativa e para o cumprimento de uma tarefa também imediatamente prática (decisoriamente

²⁴⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 209.

²⁴⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 210.

²⁴⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 210.

²⁴⁹ COELHO, Nuno Manuel Margadinho dos Santos. O princípio ontológico da historicidade radical e o problema da autonomia do direito: ensaio de aproximação filosófica do jurisprudencialismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 47, p. 217-247, 2005, p. 228.

prática) de realização problemático-concreta em referência contextual e pragmaticamente histórico-social.²⁵⁰

O sistema jurídico não é pleno, contém lacunas; não é fechado, não é autossuficiente, é poroso, é aberto; precisa de reelaboração e reintegração constantes feitas através da dialética da sua realização histórica.

Diante disso, necessita-se reconhecer a possibilidade de casos para os quais o sistema positivo não tem respostas e disso tem-se as decisões que se constroem normativamente autônomas, separadas da normatividade. Também se faz necessário reconhecer os “espaços livres do direito”, que o direito positivo não define, mas não exclui.

Na origem do problema das lacunas, observa-se que a questão só faz sentido a partir da codificação, pois antes não se falava em lacunas ou critérios de integração, apenas havia a busca do direito subsidiário (fontes do direito que se recorreria em caso de insuficiência do corpo principal).²⁵¹

A diferença entre lacuna e direito subsidiário é que o direito subsidiário visa determinar o elenco de fontes que serão utilizadas para realizar o direito. Já a lacuna parte do pressuposto de que não existem essas fontes ou critério positivo para realizar o direito, em razão da maior rigidez na solução da legitimidade. A rigidez é consequência das pretensões do legalismo codificado e do positivismo jurídico. O problema das lacunas resulta da rigidez e da pretensão totalidade do sistema. Lacunas e positivismo são conceitos que se relacionam.²⁵²

Como o positivismo lidou com as lacunas já que ele tinha a pretensão de totalidade?

As teorias positivistas se fundaram em uma razão teórica pura, o direito como objeto. A pretensão do positivismo era oferecer “um método seguro para produção do conhecimento científico no direito”.²⁵³

O positivismo trabalhou com as lacunas de duas formas distintas: o velho espírito do problema das lacunas e novo espírito do problema das lacunas. No primeiro, há uma resistência ou negação das lacunas. Considerava-se lacuna aquilo que era deduzido do corpo normativo, ou seja, no caso em que a lei plena não dava critério exato para a decisão. No novo espírito do problema das lacunas, são consideradas lacunas as situações cuja decisão ocorreria

²⁵⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 213.

²⁵¹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 214.

²⁵² CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 214.

²⁵³ STRECK, Lênio Luiz. O Constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 1, n. 01, p. 11-28, dez. 2013. p. 16-17.

com base no sentido decorrente do sistema. A lacuna não seria deduzida da lei, pois se deixaria de observar apenas a lei escrita para observar o sistema.

A crítica é que tanto no novo quanto no velho espírito do problema de lacunas há um apego aos postulados do positivismo, estando o poder de delimitação do mundo jurídico nas mãos do legislador. A juridicidade é dada pelo ordenamento positivo-legal, o qual vira o limite do próprio direito, ressaltando que a delimitação legalista não é capaz de dar respostas a todos os novos problemas.

A questão é como orientar os juízes em uma atividade criadora do direito que não se dirige através da lei.

É o direito sendo constituído de forma autônoma, através da procura do fundamento da decisão jurídica sem norma positiva²⁵⁴.

Para António Castanheira Neves

[...] o determinar de uma lacuna só tem sentido com base num juízo de valor normativamente autônomo, numa posição normativa perante um caso concreto, que é autônoma relativamente à prescrição positiva, e que, como tal, terá de encontrar o seu fundamento em algo que transcenda o próprio ordenamento legal.²⁵⁵

A lacuna é a falta de regulamentação normativa para o caso concreto. A verdadeira lacuna está nos problemas em que a lei silencia e nos problemas em que se espera uma norma jurídica, o que impõe que a questão das lacunas seja avaliada a partir de problemas concretos. O fundamento para os problemas terá de transcender o direito positivo, não se pode ficar preso a lei ou ao sistema para assumir de forma autônoma as intenções da juridicidade do problema. A lacuna é o resultado de um juízo normativo do sentido jurídico do caso concreto que conclui em não aplicar a norma positiva para o problema uma vez que nenhuma oferece uma solução adequada, “[...] uma solução normativo-teleologicamente adequada ao sentido jurídico concretamente relevante”.²⁵⁶

Nos casos novos, quando não há qualquer previsão no sistema jurídico vigente, deve-se ir além da teleologia legal e avocar princípios, valores ou intenções normativas. Seria uma atividade de correção e alteração (agir além da lei). Nos casos em que se amoldam de alguma forma ao sistema (estar implícito), deve-se seguir a teleologia imanente do ordenamento, será

²⁵⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 469.

²⁵⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 218.

²⁵⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 218-219.

uma atividade integrativa do julgador e não de correção e alteração. A questão está em distinguir se algo é inteiramente novo ou está diante de algo coberto pelo sistema.²⁵⁷

A distinção entre pré-suposto e o pró-posto é muito pequena - o ordenamento insere-se em um ciclo de continuidade histórica. A distinção somente se torna possível reconstruindo a história, olhando para o passado. Não é possível quando se está vivendo a história. Não é possível pensar em espaços vagos na ordem jurídica.²⁵⁸ Se não pode separar o que é atividade inovadora do que está implícito, há que pensar quais os fundamentos da invalidade normativa, a metodologia da distinção entre o que está dentro e o que está fora do sistema.

Em um sistema aberto, a norma é convocada à realização concreta do direito como seu critério e simultaneamente determinada e reconstituída por essa realização.²⁵⁹

Em análise das características do sistema, se o sistema é fechado sobre si, se é estático, não aceitando atividade inovadora, seu objeto também será estático. Se o objeto for dinâmico, dinamismo histórico, e o sistema se mantiver fechado, este perde a sincronia com o objeto. Como o objeto do direito é dinâmico, o sistema também é dinâmico, permanecendo ele: aberto e receptivo às mutações e aquisições.²⁶⁰

Assim, aceitar critérios normativos que transcendam a lei não significa desobedecer a lei, mas enriquecê-la. Para além do positivismo legalista, o normativismo tentou aceitar essa evolução e criou a ideia do 'espírito do sistema', em superação ao apego às prescrições positivas legais.

Entende António Castanheira Neves que, embora tenha tentado superar o problema do dinamismo, esse continuou apegado a um sistema que tenta antever todos os problemas e isso não é possível, pois as lacunas encontram as suas origens no caráter histórico e concreto da vida social. Tentar prevêê-las é tentar aprisionar a evolução histórica em um sistema. O que se deve fazer é compreender o sistema em coerência com sua natureza histórica, para isso tem que ser visto como sistema aberto, dinâmico. O 'espírito do sistema' não pode ser algo que recuse a aceitar e assimilar novos sentidos, ao contrário, deve aceitá-los sob pena de alienar o sistema. Quem define a juridicidade? Para António Castanheira Neves, a definição do que é ou não jurídico não pode ficar atrelado a uma definição pelo sistema.²⁶¹

²⁵⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 220.

²⁵⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 222.

²⁵⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010b. p. 373.v.2.

²⁶⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 222.

²⁶¹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra

Só através da consideração dos casos concretos e na medida em que eles suscitam autônoma intenção de juridicidade - sempre susceptível da reiteração, por certo, mas não menos certamente aberta à pressuposição de novos sentidos jurídicos - se poderá saber se o caso é jurídico e de que modo (o modo da sua concreta e problemática relevância, correlato de uma determinante intencionalidade normativa) ele é jurídico.²⁶²

Os sistemas até o normativismo foram insuficientes, pois as lacunas surgem há tempos, histórico que continuamente supera o sistema. O sistema nunca poderá prevêê-las.

Na perspectiva da solução e critério decisivo, "o critério da delimitação da juridicidade e, correlativamente, do espaço livre do direito terá de definir-se na perspectiva do *problema* e não na perspectiva do *sistema*"²⁶³.

A "lacuna da lei" refere-se ao sistema jurídico positivo-legal. A "lacuna do direito" refere-se a uma lacuna que se refere a todo o sistema do direito, para além da positividade, diz respeito ao todo da ordem jurídica vigente.²⁶⁴

António Castanheira Neves questiona tanto a ideia de um sistema fechado, não dinâmico, quanto à atribuição ao sistema da definição do que é ou não jurídico está superada. O autor afirma que há lacunas impossíveis de ser integradas por uma decisão jurídica e questiona por que isso ocorre. Não está diante de um problema de insuficiência de fundamentos ou critérios jurídicos. Trata-se de casos que exigem solução diversa da solução jurídica, tendo outra natureza, não jurídica (opção política, oportunidade, sentido técnico).²⁶⁵

E como identificar se o problema trata-se ou não de um problema de lacuna? A lacuna remete a ausência de norma, que pode ser preenchida com 'sim' e 'não'. O problema da lacuna para o autor não é ontológico, não é um problema de 'existir uma norma positivada', é o problema de saber de onde vem o sentido informador, a intencionalidade normativa do direito, que aponta para a falta de regulamentação específica de determinada matéria e afirma se é algo que falta no sistema jurídico ou trata-se de uma falta justificada.²⁶⁶

Partindo-se dos problemas jurídicos práticos, do conhecimento da origem biológica como direito fundamental à personalidade na reprodução humana assistida; da interrupção da

Editora, 2013. p. 225-228.

²⁶² CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 228.

²⁶³ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 229.

²⁶⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 229.

²⁶⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 230.

²⁶⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 207.

gravidez de feto anencéfalo gerado por maternidade de substituição; da possibilidade de implantação de embrião ou gameta sem autorização expressa do *de cuius* na reprodução assistida *post mortem* e da utilização de embriões criopreservados por um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros. Observa-se que não há no sistema jurídico vigente regulamentação específica da matéria, ou seja, não tem uma norma disponível no sistema para oferecer solução para os casos jurídicos, o que não significa que trata de um problema de lacuna.

Para António Castanheira Neves, existem casos de omissão no sistema jurídico, a questão está em não delimitar de forma legalista as lacunas, pois assim o problema da lacuna será correlativo ao problema do positivismo, de um sistema fechado, de busca de referência no sistema positivo. Conforme o autor, o sistema jurídico é aberto, é poroso, e o tempo todo absorve questões jurídicas novas.²⁶⁷

3.5 O direito e a interpretação jurídica

A aplicação da metodologia jurídica jurisprudencialista de António Castanheira Neves, implica para construção da decisão jurídica justa (correta) para os problemas: do conhecimento da origem biológica como direito fundamental à personalidade na reprodução humana assistida; da interrupção da gravidez de feto anencéfalo gerado por maternidade de substituição; da possibilidade de implantação de embrião ou gameta sem autorização expressa do *de cuius* na reprodução assistida *post mortem* e da utilização de embriões criopreservados por um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros se deve à ênfase no caso concreto em detrimento da norma positivada, no partir do caso concreto para a busca do que há normativamente disponível no sistema (normas, princípios, jurisprudência, doutrina), para a resposta da pergunta que o caso concreto, o problema jurídico em si fez para o sistema.

A norma é interrogada na perspectiva do problema do caso concreto e para esse problema se procura obter uma resposta adequada.²⁶⁸

A interpretação é o acto metodológico de determinação do sentido jurídico-normativo de uma fonte jurídica em ordem a obter dela um critério jurídico (um critério normativo *de direito*) no âmbito de uma problemática realização do direito e enquanto momento normativo-metodológico dessa mesma realização.²⁶⁹

²⁶⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 217-219.

²⁶⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010d. p. 70.

²⁶⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 83.

A interpretação jurídica é uma interpretação integrante entre “interpretação” e “aplicação”.²⁷⁰ Na concepção jurídica jurisprudencialista há um momento da interpretação jurídica na realização prática do direito, a interpretação é um “momento metodológico no âmbito de uma problemática realização do direito”. Na dialética entre sistema e problema a realização prática do direito é o objeto da metodologia jurisprudencialista e não a interpretação. A norma é interpretada pelo caso concreto.²⁷¹ Para António Castanheira Neves, a decisão jurídica justa está na mediação dialética entre sistema e problema. Existe uma busca de uma resposta adequada para os problemas jurídicos concretos. O problema prático procura uma resposta no sistema.

O caso concreto é o ponto de partida da interpretação jurídica e a interpretação jurídica é metodológica, pois é onde surge o problema jurídico concreto que busca uma decisão jurídica justa no sistema.

“A significação da norma jurídica não está no texto abstrato das leis”.²⁷² O ponto de partida é o caso jurídico concreto e não o texto da lei. É em função desse caso e para a decisão jurídica concreta que se questiona interpretativamente as normas jurídicas aplicáveis. Quais as normas que podem ser critério normativo-jurídico para a solução do caso. A busca da resposta normativo-jurídica adequada ou normativo-jurídica justa à pergunta que o problema fez para o sistema.²⁷³ Na resposta à pergunta que o sistema faz para o problema está à busca da “norma da norma” como objeto de interpretação jurídica.

Entre o “direito que é” e o “direito que deve ser” está à interpretação jurídica. A norma aplicada é convocada a orientar a realização prática do direito como critério e ao mesmo tempo é determinada e reconstituída na realização prática do direito.²⁷⁴

Na mediação dialética entre o que o problema prático suscita enquanto problema jurídico e aquilo que o direito responde como projeto civilizacional da comunidade existem limites objetivos, intencionais, temporais e de validade das normas jurídicas. A norma é um dos lados da dialética.²⁷⁵ Do mesmo lado da dialética estão os princípios (positivos,

²⁷⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010d. p. 69.

²⁷¹ SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. A interpretação jurídica como um momento metodológico da realização do direito, segundo a perspectiva de Castanheira Neves. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 23, n. 25, p. 1-20, jul./dez. 2007. p. 5-12.

²⁷² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 433.

²⁷³ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 130.

²⁷⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010b. p. 373. v.2.

²⁷⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua*

transpositivos e suprapositivos), jurisprudência, doutrina ou dogmática jurídica, valores e normas transpositivas.

As normas jurídicas positivas são respostas as perguntas que o problema faz para o sistema, no entanto, se considerada apenas a norma jurídica positivada, simultaneamente desconsidera-se a específica problematidade jurídico-concreta. No jurisprudencialismo a criação do direito não está restrita às leis e o jurista não está limitado a aplicar a lei.²⁷⁶

Para António Castanheira Neves o direito não é a lei e não se identifica com o sistema de normas positivas, uma vez que na intencionalidade normativa do direito o sistema positivo não é o titular definidor. O autor entende o direito de forma autônoma, por autônoma constituição normativo-jurídica. O problema jurídico concreto promove autônoma intenção da juridicidade, aberta a novos sentidos jurídicos. A juridicidade se orienta do caso jurídico para o sistema. O espaço livre do direito define-se na perspectiva do problema e não do sistema. O autor fala ainda que o sistema jurídico é um sistema aberto.²⁷⁷

Para o autor, as leis prescrevem forças políticas, governa-se com leis. O legislador cria direitos, tem função política, o direito criado é revestido de política. O juiz, de forma autônoma e diferente do legislador, na atividade judicativo-decisória e constitutiva prático-normativa, realiza o direito de maneira prática e não instrumental. Uma vez que o legislador não tem como atender toda a demanda dos casos concretos existentes na sociedade, criando uma legislação que atenda a todos, o juiz jurisprudencialista exerce uma autonomia normativa material realizada no problema jurídico prático, sem influência política, econômica e social pragmatista.²⁷⁸

O que é o direito para António Castanheira Neves? O autor tem uma compreensão hermenêutica-metodológica singular. A essência do direito para ele não é um substantivo, não é um objeto, não é um dado prévio, não é apofântico, é um acontecer da juridicidade, é uma realização prática. O direito é concreto. É uma prática argumentativa interpretativa decisória que vai usar como critério a analogia e como fundamento os princípios que estão ligados às condições constitutivas da emergência do direito. Por tratar-se de um sistema aberto, expõe que o direito não pode nem ter uma aplicação formal-dedutiva e nem uma realização funcionalmente consequencial. A realização prática do direito não pode entender-se em

metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2010b. p. 373. v.2.

²⁷⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 28.

²⁷⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 205-229.

²⁷⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010c. p. 172-189. v. 3.

termos políticos-sociais de forma a eliminar a autonomia normativa do direito, assim como não pode se reduzir a uma formal e lógica dedução normativa, alheia à intencionalidade normativo-material e de “justeza problemático-concreta”.²⁷⁹

As normas jurídicas positivas são regras, definidas mediante estratégias políticas, possuem validade e autoridade na medida em que são editadas segundo a autoridade competente e segundo o procedimento legislativo correto. Existem objetivos políticos nas leis. As normas jurídicas positivas são o “núcleo duro” do sistema.²⁸⁰ São criação autônoma do legislador. Além de o legislador pertencer ao campo político, ele não tem como criar uma legislação que atenda a todos os problemas existentes na sociedade.

O direito tem um sentido que não está no próprio direito, ou seja, o sentido é determinado de forma exógena, pela dimensão do problema. Para António Castanheira Neves a teoria orienta a prática e se influencia pela prática. A realização prática do direito, a decisão jurídica justa, correta, pode sofrer influências externas (contingência histórico-culturais da comunidade).

O sistema jurídico não é pré-constituído e acabado. Existe uma relação dialética entre sistema e problema, um questionamento da intencionalidade problemática do caso concreto para com a intencionalidade normativa do sistema.²⁸¹

A realização prática do direito está nesta mediação dialética entre sistema e problema. A relação é circular. Parte-se do caso concreto em busca de uma resposta normativa do direito. O sistema é a intencionalidade normativa do direito como um todo. Vai além das fontes formais do direito.

Nos conflitos advindos da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, diante da falta de regulamentação específica da matéria, a decisão jurídica correta para António Castanheira Neves não está na simples regulamentação da matéria, sob pena de retorno ao positivismo jurídico. Se a decisão jurídica correta estiver somente na regulamentação o objetivo metodológico passa a ser cognitivo, de índole dogmática e formal.

A busca é pela decisão jurídica correta, não é a criação do direito positivo por parte do legislador para aplicação e subsunção do jurista e sim como solucionar os conflitos advindos do uso das técnicas de reprodução humana assistida através da concepção jurídica

²⁷⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 197-201.

²⁸⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 441.

²⁸¹ SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. A interpretação jurídica como um momento metodológico da realização do direito, segundo a perspectiva de Castanheira Neves. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 23, n. 25, p. 1-20, jul./dez. 2007. p. 3.

jurisprudencialista que preserva a historicidade, que respeita os valores sociais, que é um sistema axiológico-normativo, onde o direito é chamado a intervir para definir um juízo de valor, utilizando-se de um normativismo que garanta a segurança jurídica e a efetivação dos direitos fundamentais. Os princípios axiológico-normativos são *prius fundamentante* do direito.

3.6 As condições de emergência do direito

António Castanheira Neves apresenta os três passos da decisão jurídica: a decisão deve encontrar a pergunta que o problema prático faz para o direito, deve encontrar a intencionalidade normativa do direito para responder à pergunta do problema e quando não houver norma para a mediação entre sistema e problema a decisão jurídica deve estabelecer a mediação através das condições da emergência do direito.

Afinal, o que é e o que não é direito? Como o julgador define o que é e o que não é direito? Como definir a juridicidade?

António Castanheira Neves criou três coordenadas de onde o direito emerge como dimensão específica da realidade humana. São as 'condições existenciais da emergência do direito', as 'condições constitutivas e da emergência do direito', sendo elas:

- a) a condição mundano-social ou condição mundanal;
- b) a condição humana existencial ou antropológico-existencial comunitária; e
- c) a condição ética.

3.6.1 A condição mundano-social ou condição mundanal

A condição mundanal é a primeira condição constitutiva da emergência do direito. É onde ocorre a existência humana: o mundo é um e é o meio onde ocorre a interação - o homem existe como homem coexistindo com outros em sociedade.²⁸²

“O mundo é *um* e os homens nele são *muitos*”²⁸³. É a unicidade do mundo para a pluralidade de homens, reconhecendo todos os mundos: natural, social e cultural. O mundo é um e os homens o comungam com os outros (unicidade pluramente participada do mundo) e

²⁸² CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 231.

²⁸³ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010c. p. 13. v.3.

através dos outros (na mediação do acesso à condição do mundo). A condição mundanal converte-se em condição social. O homem existe coexistindo em mediação social porque todos interferem na habitação do mesmo mundo.²⁸⁴ A coexistência do homem com outros homens demanda a existência de normas.

3.6.2 A condição humano-existencial ou antropológico-existencial comunitária

“O homem habita e comunga o mundo em uma condição social, mas habita-o nessa condição justamente *como homem*”²⁸⁵.

Se o homem vive a sua condição social como homem, vive com uma indeterminação intencional, em uma insociável sociabilidade ou polarizada dispersão pessoal. Está aberto para o mundo e nessa abertura se assume como tarefa. Transcende-se e, na sua transcendência, reconhece-se finito, assume-se no seu poder-ser. Só que o homem vive em comunidade, não vive só. O “ser-com-outros” é essencial na existência humana e reconhecendo a própria condição da existência humana. O “mundo-da-vida” é a condição de existência. O “eu real” é a somatória do “eu pessoal” e do “eu social”, no entanto, existem conflitos entre o “eu pessoal” e o “eu social”.²⁸⁶

A pessoa é um ser pessoal e também um ser social. A comunidade é uma condição de existência e também ontológica da pessoa. O homem-pessoa é dotado de duas autonomias: a do eu social e a do eu pessoal. O eu social é a afirmação da comunidade. O eu pessoal vai de encontro ao eu social e a comunidade deve participação ao eu pessoal.

Quanto ao problema de integração, todas as comunidades os têm. Aquelas formadas por homens que coexistem uns com os outros constituindo uma sociedade em que converge e comunga e uma personalidade que diferencia e dispersa. Se houver somente o reconhecimento do indivíduo ou, em extremo oposto, somente o reconhecimento da coletividade, não haverá coexistência comunitária. Para que haja coexistência comunitária, as pessoas devem participar da comunidade sem se esgotarem na participação.²⁸⁷

A institucionalização é a pretensão de estabilização e integração das diferenças sociais. A condição humana existencial atinge seu ápice na condição cultural de uma

²⁸⁴ CASTANHEIRA NEVES, António.. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2010a. p. 297. v. 1.

²⁸⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2010c. p. 16. v.3.

²⁸⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2010a. p. 16-31. v. 1.

²⁸⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2010c. p. 26. v.3.

institucionalização da ordem política²⁸⁸.

De acordo com Lombardi Vallauri, “termos como ‘consciência’ ou ‘personalidade’ designam simplesmente um resíduo obscuro, o conjunto dos problemas por ora não resolvidos e imperfeições por ora não sanadas na constituição física e psíquica do homem.”²⁸⁹

3.6.3 A condição ética

Ao responder o porquê do direito, as condições necessárias para a emergência do direito no mundo humano não são suficientes para sua constituição. Para que uma ordem no direito se constitua, faz-se necessário acrescentar uma condição ética.

A dimensão ou condição ética é aquela que confere ao direito o sentido de direito e ao mesmo tempo garante a sua autonomia.²⁹⁰ O direito tem uma dimensão ética.

[...] condição que postula aos homens, e a cada homem, a qualidade de sujeitos uns perante os outros, que não apenas de objectos disponíveis. É qualidade que só poderão obter pelo reconhecimento – pelo reconhecimento recíproco da sua autónoma eticidade²⁹¹.

O direito remete à normatividade, manifesta-se quando os homens se reconhecem uns aos outros como sujeito de direito, sujeito de direitos e sujeito do próprio direito em uma determinação ético-pessoal.

O homem deve ser reconhecido dignamente como sujeito pessoal, como sujeito ético. Sujeito de direitos e obrigações, que tem dignidade e que respeita a dignidade alheia.

A liberdade é uma condição da normatividade. O homem como ‘pessoa’ e a pessoa é uma categoria ética. O ‘ser’ adicionado ao ‘valor’ resultaria na ‘pessoa’. O imperativo ético do direito é ser pessoa e respeitar os outros como pessoas. O “princípio da ética igualação das pessoas” diz que nenhuma pessoa vale mais do que outra.²⁹² A dignidade da pessoa humana está na condição ética.

As pessoas não têm somente direitos, têm também responsabilidades. O “princípio da

²⁸⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010c. p. 31. v.3.

²⁸⁹ LOMBARDI VALLAURI, apud CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 16.

²⁹⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p.70.

²⁹¹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010a. p. 299. v. 1.

²⁹² CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010c. p. 31-37. v. 3.

responsabilidade” diz respeito à chamada de respostas da pessoa para com a comunidade. A justiça é o equilíbrio entre a participação comunitária da pessoa e a sua responsabilidade comunitária.²⁹³

Para António Castanheira Neves, a justiça é “a suprema axiologia da existência humana comunitária”²⁹⁴.

Na existência do conflito, o que é absoluto e dogmático para um, ao ser contestado no conflito, encontra um outro lado que relativiza o que era absoluto ao tentar impor também o seu mérito, exigindo que o horizonte seja ampliado. A ponderação entre as partes é a intenção da justiça.²⁹⁵

O direito como validade não é somente um instrumento social de organização. “[...] o direito é a “alternativa humana”²⁹⁶. “[...] o direito é apenas uma *solução possível* para um *problema necessário*”²⁹⁷. O direito postula a relação entre sujeitos, entre pessoas pela mediação do mundo. É a mediação do comum mundanal da existência social. A ética postula relação entre sujeito, entre pessoas pela abstração do mundo. A moral está no ponto de vista do outro.²⁹⁸

Conforme António Castanheira Neves, não haverá juridicidade se não houver uma relação socialmente objetiva constituída pela mediação do mundo. O direito não intervirá, porque corresponde ao “espaço livre do direito”, na religião, na moral, na política, na ciência, na arte, na convivência amorosa e familiar etc. O que não se pode excluir é que desses domínios surjam problemas jurídicos e que só a partir do caso se definirá a juridicidade, pois somente a partir do caso se pode estabelecê-la.²⁹⁹

O poder, a ciência e a política são as alternativas do direito: o poder como ordem de necessidade; a ciência como ordem de possibilidade e a política como ordem de finalidade.

É através da autônoma decisão do julgador que se delimita o que é e o que não é o direito, existindo limites de atuação: o *limite funcional* é atuar seguindo uma racionalidade

²⁹³ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010c. p. 37-38. v. 3.

²⁹⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p.70.

²⁹⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010c. p. 26. v. 3.

²⁹⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010c. p. 41. v. 3.

²⁹⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010a. p. 299. v. 1.

²⁹⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010c. p. 15. v. 3.

²⁹⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 233-234.

jurídica e decidir de forma autônoma por um modelo decisório que assume a racionalidade e permite a qualificação de uma decisão jurídica; também os limites institucionais são os limites político-constitucionais, reserva do legislador e da lei. O julgador não pode impor conteúdos ideológicos. É difícil distinguir o político do jurídico, mais ele deve fazer a autolimitação em favor do legislador. A CR/1988 é um limite normativo.³⁰⁰

Nos critérios e fundamentos da autônoma constituição normativa, tem-se a analogia, que é um critério de recurso para analisar o direito nos casos em que não se tem a intenção normativa definida, em que o sistema não é definido. Ela permite verificar o que as coisas têm em comum e o que têm de diferente. É intuitiva, não tem base lógica e sim metalógica. O objeto da analogia são os problemas jurídicos concretos.

3.7 A autonomia do direito

Assim como a normatização da matéria de forma isolada não dá a decisão jurídica correta à questão pela mediação dialética entre sistema e problema, ressalta-se que a autonomia do direito não é normativista³⁰¹ e sim axiológico-normativa, pois existe um diálogo problemático judicativo com a prática histórica dos casos decididos.³⁰² O jurisprudencialismo se adéqua ao tempo e mantém a segurança jurídica. É o normativismo-axiológico, com atividade jurisdicional manifestada nas decisões jurídicas.

Para António Castanheira Neves, o direito é hoje problemático e a sua problematicidade refere-se ao seu sentido e à possibilidade do seu sentido. É um questionamento ôntico do seu fundamento normativo. Sociologicamente, em um mundo onde os valores predominantes na sociedade mudam diante de novos conflitos, o direito, ao absorver os novos problemas, acaba fazendo de forma normativamente inadequada e de forma insuficiente na capacidade de resposta, o que demonstra a necessidade de um novo direito.³⁰³

Existe uma crise do sentido do direito atualmente, para o autor

[...] a condição problemática do direito no nosso tempo não exprime senão uma dimensão da nossa própria problemática situação histórico-existencial; situação em que nós mesmos, com todos os sentidos da nossa cultura e herança constituintes, nos

³⁰⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 235.

³⁰¹ O normativismo legalista, assim como o funcionalismo não tem instrumentos para atender a efetividade dos direitos fundamentais.

³⁰² CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 61.

³⁰³ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 9-10.

pomos em causa até ao limite.³⁰⁴

Há no direito um problema ontológico referente à compreensão do seu ser e um problema axiológico referente à fundamentação da sua validade.³⁰⁵ Existe uma inadequação entre o direito e a sociedade que o solicita. O direito, em uma compreensão referente ao seu ser e às suas características autônomas, passou a simples regulador da sociedade e quanto mais distante o direito está da realidade social mais evidente será o déficit do direito, o problema ontológico e axiológico do direito.

A defesa jurisprudencialista da autonomia do direito é uma defesa de um modo de ser do homem.³⁰⁶

O homem como ser pessoal, como sujeito de liberdade, capaz de amar e de pecar, não evolui conforme o progresso científico, é um sujeito de época, criado, obediente às normas que o cerca.

Ao falar da autonomia do direito, António Castanheira Neves pretende referir-se a sua

[...] auto-subsistência de sentido e não menos a sua auto-afirmada especificidade já intencional nos fundamentos, já teleológica nos critérios, já de material determinação nos conteúdos – sem excluir decerto a possível, a necessária integração no global universo prático humano: se o direito for aí autônomo, no seu sentido e na sua manifestação, nem por isso deixará de ser obviamente elemento desse universo.³⁰⁷

Com as mudanças culturais do mundo, o direito revela-se normativamente inadequado para dar respostas ou soluções pedidas pelos novos problemas e institucionalmente ineficiente na capacidade institucional de resposta e na capacidade de absorção dos conflitos. Axiologicamente, observa-se a transmutação do direito como validade normativa autônoma para o direito como regulador funcional de uma sociedade individualista³⁰⁸.

Os direitos fundamentais são impostos, mesmo contra a vontade da maioria. O equilíbrio entre constitucionalismo e democracia revela a autonomia entre a função jurídica de

³⁰⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido?* O problema atual da autonomia do direito. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 17.

³⁰⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido?* O problema atual da autonomia do direito. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 17.

³⁰⁶ COELHO, Nuno Manuel Margadinho dos Santos. O princípio ontológico da historicidade radical e o problema da autonomia do direito: ensaio de aproximação filosófica do jurisprudencialismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 47, p. 217-247, 2005. p. 231.

³⁰⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido?* O problema atual da autonomia do direito. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 21.

³⁰⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido?* O problema atual da autonomia do direito. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 10-11.

afirmação de direitos dos homens e a opinião da maioria.³⁰⁹

O que se encontra é a interrogação do direito na perspectiva da sociedade e na perspectiva do homem. Na perspectiva da sociedade, o direito é questionado na intencionalidade global; na perspectiva do homem, é questionado na intencionalidade da prática pessoal.³¹⁰

Na primeira perspectiva, tem-se a sociedade e suas exigências jurídicas. Na segunda - o homem e a postulação do seu direito - é a norma que predomina, é a axiológica normatividade na qual o homem se reconhece na sua identidade pessoal e infungível.

Se uma determinada sociedade é mais estável, sua consciência jurídica tende a se confundir com o direito vigente. Os princípios que informam a juridicidade expressam a intenção político-social-jurídica dominante na sociedade. Ocorre que, a evolução social leva à necessidade de novos objetivos histórico-sociais da juridicidade. Reconhece-se que subsiste um patrimônio histórico-cultural, axiológico-normativo e jurídico. São os princípios jurídicos fundamentais que determinam a intenção do direito.³¹¹

Em observação ôntica, o homem como ser, em dado momento histórico e com determinada cultura, não é isento de sofrer conflitos advindos de divergências de ideologias resultantes das suas contínuas e ininterruptas modificações históricas, sociais e culturais, o que leva a sociedade, em um determinado momento, dialogar para que as ideologias em questão se justifiquem.

Para afirmar a autonomia do direito, António Castanheira Neves parafraseia Hannah Arendt, “o último e verdadeiramente fundamental direito hoje do homem é afinal o ‘direito ao direito’”. O autor diz que o êxito da autonomia do direito está nas condições institucional e existencialmente cultural. A condição institucional reconhece o direito autônomo e realiza-o como tal. A condição existencialmente cultural reconhece o homem como sujeito comprometido com o direito e não apenas beneficiário dele.³¹²

A autonomia do direito referente à problematidade do seu sentido está na normatividade, o que resguarda os direitos fundamentais, mesmo contra a vontade da maioria, conhecida tentativa de equilíbrio entre constitucionalismo e democracia.

³⁰⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 476.

³¹⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 19.

³¹¹ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 62-63.

³¹² CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 73.

3.7.1 Analogia e realização do direito por autônoma constituição normativa

A decisão jurídica correta ao problema pela utilização do critério da analogia é uma comparação do que o ‘caso jurídico concreto 01’ tem em comum e diferente do ‘caso jurídico concreto 02’. O objeto da analogia serão casos jurídicos. Unificação daquilo que é heterogêneo. Para Castanheira Neves, ao trabalhar a analogia é necessário que seja de um ‘caso particular’ para um ‘caso particular’ ou de um ‘caso geral’ para o ‘caso geral’. A simetria é necessária.

António Castanheira Neves busca interpretar e esclarecer a “índole intencional da analogia jurídica”. É uma analogia aplicada na ciência jurídica, a qual tem um valor heurístico, orienta as investigações daquilo que não é cognoscível. É um primeiro passo cujo objeto se identifica com o caso jurídico.³¹³ Descarta a lógica, não considera a questão lógica. A “índole lógica” é a identidade matemática. Pressupõe-se uma semelhança tal que acaba sendo descartada para o âmbito jurídico. Para o âmbito jurídico, a índole lógica não se presta. Falar em analogia para António Castanheira Neves é falar sobre critérios argumentativos dentro de uma base metodológica voltada para solução da problemática jurídica, é a índole metodológica argumentativa voltada para solução da problemática jurídica.

A analogia vai se apresentar como um problema, trazendo a necessidade de uma argumentação prática coerente na mediação dialética entre sistema e problema.³¹⁴

Questiona-se se o princípio da igualdade pode fundamentar de forma analógica o direito da criança ao conhecimento da origem biológica, uma vez determinado pela Resolução CFM nº 2.121/2015 o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. A criança gerada tem o direito de igualdade no conhecimento da origem biológica como direito da personalidade?

“Quais as semelhanças e quais as diferenças entre o caso concreto e os outros casos jurídicos? Quais as semelhanças e quais as diferenças entre as soluções daqueles casos semelhantes?”³¹⁵

Para António Castanheira Neves, o individual faz parte do coletivo. Os objetivos individuais dos cidadãos não estão distantes dos objetivos coletivos da sociedade. Não existe um afastamento entre a “vontade particular” e a “vontade universal”. Existe uma dependência

³¹³ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 245.

³¹⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 468.

³¹⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 468.

mútua entre o homem e a sociedade. E a sociedade, como “sistema de valores”, tem papel determinante na identificação dos valores do Direito.³¹⁶

[...] a unidade constituída pela totalização dialética destes dois momentos leva no seu conteúdo uma reciprocidade intencional entre um *proprium* e um *commune*, correlativos e em recíproca referência, que bem se poderá dizer que um se reconhece no outro e se logra assim aquela identidade (identidade de certo dialética) que MAX MÜLLER nos diz ser o sentido verdadeiramente ontológico da *pax (bona compositio voluntatum)*, o próprio sentido do integrante *bonum commune*. Afirmaríamos o mesmo se a designássemos por *justiça*.³¹⁷

É o direito em uma autônoma criação da justiça.

Os princípios de ‘igualdade’, ‘liberdade’ e ‘responsabilidade’ constituem os fundamentos de inclusão de um sistema social e jurídico estabelecido em concordância com os sistemas ético ou moral vigentes. Na manutenção dos princípios ‘igualdade’, ‘liberdade’ e ‘responsabilidade’, observa-se a influência das normas éticas e morais sobre o direito. Mesmo com todas as mudanças ideológicas da sociedade, se estiverem mantidos os princípios de ‘igualdade’, ‘liberdade’ e ‘responsabilidade’, os valores vão conseguir encontrar uma projeção através do sistema social e jurídico.³¹⁸

“[...] uma vez mais o repito – mediante o princípio de Hegel, posto que de algum modo aqui descontextualizado: O imperativo do direito é este: sê pessoa e respeita os outros como pessoas”.³¹⁹

Na intencionalidade do direito na prática humana, nas condições de sua emergência do direito estão, conforme abordadas: a condição mundanal ou mundano-social, que é onde o direito se constitui diante de uma pluralidade humana e unicidade do mundo; a condição antropológico-existencial ou humano-existencial, em que o homem habita o mundo em uma condição social, mas habita-o como homem, na dialética de personalidade e de comunidade, do “eu pessoal” e do “eu social” e a condição ética na qual se reconhece o direito como direito. Na condição ética, na condição do homem como sujeito ético, há a afirmação da autonomia do direito, a afirmação do homem como pessoa, como ser humano dotado de valor, nas relações sociais, onde o homem é reconhecido como sujeito ético, dotado de ‘igualdade’,

³¹⁶ ROCHA, Maria Raquel Paulino da. *Direito, ética e moral na doutrina jurídica portuguesa contemporânea: as “introduções ao direito”*. 173f. 2013. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 2013.

³¹⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 70.

³¹⁸ ROCHA, Maria Raquel Paulino da. *Direito, ética e moral na doutrina jurídica portuguesa contemporânea: as “introduções ao direito”*. 173f. 2013. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 2013. p. 62.

³¹⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 73.

‘liberdade’, ‘responsabilidade’, ‘dignidade’, de toda a estrutura que normativamente se têm objetivando a constituírem o direito.³²⁰

O sentido do jurisprudencialismo está na perspectiva do homem-pessoa, em que o direito está a serviço de uma prática, na mediação entre o homem “no seu direito” e o homem “no seu dever e na sua responsabilidade”.³²¹

Para António Castanheira Neves há dois tipos de sociedades, uma sociedade ideal, sem desacordo e sem conflito, que visa atingir o bem comum; e uma sociedade inversa à primeira, que resulta das alterações de pensamento da humanidade, do dinamismo histórico e das transformações sociais. Segundo o autor, os dois modelos de sociedade apresentados são complementares.³²²

O Poder Judiciário não pode eximir-se de prestar jurisdição ao caso concreto, precisa buscar a decisão correta, justa. No entanto, isso não significa que o juiz possa decidir de forma indiscriminada. A analogia é adequada quando o “caso concreto 01” faz a mesma pergunta para o sistema que o “caso concreto 02”. A analogia acontece quando o sentido problemático-jurídico do caso concreto 01 e 02 são os mesmos. São dois momentos de aplicação da analogia: a determinação da analogia dos casos relevantes ou a determinação destas como casos análogos e aplicação da analogia jurídica em função judicativa - na solução dos casos concretos, a interpretação do caso concreto. Exemplo: Julgamento pai/filho - adotante/adotado.

Na busca de decisão jurídica justa, respeitada a autonomia normativa do direito presente metodologia jurisprudencialista, a decisão jurídica deve ser *normativamente fundamentada* em referência ao sistema normativo jurídico vigente, *materialmente justa* em referência à problematidade jurídica concreta, não havendo necessidade de ser *socialmente justificada* em referência aos resultados no contexto social, uma vez que a decisão jurídica autônoma não tem uma racionalidade político-social de índole consequencial, não se justifica nos prováveis resultados do contexto social. A aplicação do direito, na metodologia jurisprudencialista não está orientada pelos efeitos.³²³

No entanto, a decisão jurídica precisa ter *justificação teleológica*, no momento

³²⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010c. p. 32-33/154-155. v. 3.

³²¹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010c. p. 176. v. 3.

³²² ROCHA, Maria Raquel Paulino da. *Direito, ética e moral na doutrina jurídica portuguesa contemporânea: as “introduções ao direito”*. 173f. 2013. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 2013. p. 61.

³²³ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 196-197.

teleológico sistemático, ou seja, o motivo fim que a determinou.³²⁴ É a justificativa com base na finalidade normativa do direito que demonstra o porquê é uma e não outra a resposta-intenção normativa do direito para a pergunta-intenção do problema prático.³²⁵

A necessidade da decisão jurídica de justificação da validade normativa do sistema jurídico vigente demonstra a filiação de António Castanheira Neves à concepção material. O consenso é *a posteriori* e o decidir jurídico fundamenta-se em uma *a priori* validade normativa vinculante. A argumentação deve ser racional; os valores, princípios, normas e precedentes têm uma dogmática e uma ordem de preferência entre eles. Existe uma autonomia judicativa a ser respeitada. O juízo deve ser normativamente fundado na validade normativo-dogmática do sistema jurídico vigente, não pode seguir somente a razão prática.³²⁶

Que tipo de intencionalidade guia o método? O direito não resolve todos os problemas da sociedade multicultural globalizada. Conforme já mencionado em capítulo anterior, o legislador não tem como resolver a demanda da sociedade, não tem como resolver todas as demandas da diversidade. O bom para X pode não ser para Y e vice versa. O juiz, através da sua função jurisdicional, dá a decisão jurídica justa ao caso concreto. O problema principal do jurisprudencialismo está no “limite do juiz”. Como limitar o arbítrio do juiz?

A realização concreta do direito não pode prescindir do argumentativo. Tudo o que o direito trabalha para a solução do problema é argumentativo. O caráter constitutivo e inovador do juízo decisório, enfatizando que o sistema jurídico é aberto e poroso.

Conforme abordado no presente capítulo, o direito não se esgota em uma objetividade posta, é uma experiência jurídica prática, está além do positivismo. O direito é um instrumento de decisão do caso concreto, um contínuo questionamento do problema para o sistema através de uma mediação dialética. A autonomia do direito manifestar-se-á na busca de decisão jurídica correta através da sua autônoma constituição normativa, que através do sistema composto por normas, princípios, doutrina e jurisprudência, em mediação com o problema concreto, darão um novo sentido ao direito. O sistema é definido pelo problema, em um movimento cíclico. A resposta do sistema está adequada à realidade do novo problema.

A busca da decisão jurídica adequada pode ocorrer através de um questionamento do problema para o sistema sobre algo que ainda não pertence à juridicidade do direito e que buscará nos elementos constitutivos da intencionalidade normativa do direito (norma,

³²⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 152.

³²⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 439.

³²⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 73-74.

princípios, doutrina e jurisprudência) a sua resposta. No entanto, a resposta à pergunta do problema também poderá ser estabelecida na mediação através das condições de emergência do direito, de onde o direito emerge (condição mundano-social, condição humana existencial e condição ética).

Para o enfrentamento dos problemas concretos do próximo capítulo é importante frisar que independente da falta de regulamentação específica da reprodução assistida no Brasil, a busca não é pela criação de novas normas, pois a simples regulamentação da matéria seria um retorno ao positivismo jurídico, o que não perfaz o objetivo metodológico jurisprudencialista de António Castanheira Neves, uma vez que a decisão jurídica poderá ser constituída de forma autônoma caso não haja uma norma aplicável no sistema jurídico e também por não se tratar de um problema de lacuna. O ‘espaço livre do direito’ define-se através do problema.

A decisão jurídica constituída por autônoma constituição normativa deve se atentar aos limites da juridicidade. Na mediação dialética entre sistema e problema, o problema prático questiona e o direito enquanto projeto civilizacional responde, respeitando os limites objetivos, intencionais, temporais e de validade das normas jurídicas.

O direito, como acontecer da juridicidade, conforme a metodologia apresentada no presente capítulo busca caminhos para uma correta decisão jurídica. Salientando-se que os problemas a serem enfrentados não farão uso do critério da analogia uma vez que a simetria necessária, entre os casos jurídicos concretos, não se faz presente. Respeitada a autonomia normativa do direito, buscar-se-á uma decisão jurídica justa.

4 A AUTONOMIA DO DIREITO E A METODOLOGIA JURISPRUDENCIALISTA COMO INSTRUMENTO PARA SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS JURÍDICOS RELACIONADOS À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Conforme abordado no capítulo anterior, António Castanheira Neves une os aportes da hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer, contrária ao método, com o método. Para o autor, o método é necessário e parte da mediação dialética entre a intencionalidade normativa do direito e a intencionalidade problemática do caso concreto. O direito não se manifesta sem a metodologia, mas também não se reduz a ela. Existe uma intencionalidade axiológico-normativa da consciência jurídica geral.

Conforme abordado no capítulo segundo, as técnicas de reprodução humana assistida são necessárias ao combate à esterilidade e infertilidade humana e também para a concretização do projeto parental das famílias monoparentais e homoafetivas, no entanto, trazem consigo casos práticos para o direito.

Na busca da decisão jurídica justa e correta para os casos práticos apresentados pelo uso das técnicas de reprodução humana assistida, o primeiro passo e ponto de partida fundamental da metodologia é a determinação do caso concreto como um problema jurídico que é inserido em uma situação histórico-social com pressuposição de juridicidade.

Entendendo o direito como um projeto civilizacional mais avançado, conforme abordado no capítulo anterior, na metodologia jurídica de António Castanheira Neves, a realização prática do direito está nesta mediação dialética. A relação é circular. Parte-se do caso concreto. A realização prática do direito dar-se-á na dialética entre sistema e problema, quando o sistema normativo, como um todo, vai enfrentar um questionamento do caso concreto buscando uma resposta através de uma decisão jurídica adequada, justa e correta.

O presente capítulo tem por objetivo trilhar o caminho para uma possível decisão jurídica adequada, justa e correta para quatro problemas advindos da utilização das técnicas de reprodução humana assistida através da mediação dialética entre o sistema, composto por princípios, normas, jurisprudência e doutrina e pelos problemas práticos decorrentes da utilização da técnica para realização do projeto parental. Salienta-se que a fertilização *in vitro* é uma das técnicas de reprodução assistida mais utilizadas, motivo pelo qual a pesquisa se restringe à solução dos conflitos advindos da utilização desta técnica.

Na busca de uma decisão jurídica justa, a realização prática do direito, parte do caso concreto, a determinação do problema como um problema jurídico é o primeiro critério metodológico a ser cumprido. Na definição dos problemas, a intencionalidade normativa é

colocada de acordo com a narrativa do direito, porque o modo como se coloca o problema já está influenciando sua decisão.

De acordo com António Castanheira Neves, a forma de chegar à decisão jurídica justa é partindo do problema jurídico, do caso concreto, e analisar o que ele suscita. É na mediação dialética entre sistema e problema que está a solução jurídica justa para os problemas postos. Ressalta-se que os problemas postos podem ter também soluções políticas, econômicas, religiosas, morais, ética etc. No entanto, para o jurisprudencialismo existe autonomia do direito em relação aos demais critérios normativos, os problemas têm um âmbito de relevância jurídico.

A evolução da medicina, na área reprodutiva, traz conflitos que independente da falta de regulamentação específica podem encontrar decisões jurídicas corretas, no caso específico do trabalho, através da metodologia jurídica jurisprudencialista que parte do caso concreto, é o problema como *prius* metodológico. A não existência de uma norma jurídica que atenda à pergunta que o problema faz para o sistema, não obsta a sua solução. Ressaltando que o fato de não haver regulamentação específica sobre reprodução humana assistida no ordenamento jurídico brasileiro não significa que os problemas devem ser tratados como problemas de lacuna.

Os casos de lacuna do direito para António Castanheira Neves não correspondem às lacunas no sentido positivista. A intencionalidade normativa do sistema não é uma leitura sintática do texto legal. Existe uma compreensão histórica. Importante dentro da metodologia é determinar o contexto histórico e social em que o problema é apresentado. O direito é um sistema aberto, poroso, autônomo. Não é algo acabado. A própria solução do caso concreto se torna uma fonte para o sistema jurídico.

No trabalho em questão, independente da falta de regulamentação específica da matéria, não se tratará o problema como lacuna legal a ser suprimida mediante lei específica para reprodução humana assistida, pois existe uma tensão entre lei e direito. Ademais, não há norma capaz de suprir toda a demanda da sociedade.

Para o autor, o direito não é uma pura aplicação da lei, é um meio de consagração da democracia, está condicionado à realidade histórico-social, não se restringe a um sistema legislativo.³²⁷

Os quatro problemas jurídicos em busca da solução jurídica correta no presente capítulo são:

³²⁷ MOREIRA, Nelson Camatta; TOVAR, Leonardo Zehuri. Hermenêutica e decisão judicial: em busca de respostas adequadas à Constituição. *Revista creada el*, Peru, 23 de Mayo, 2004. p. 6-7.

- a) o conhecimento da origem biológica como direito fundamental à personalidade na reprodução assistida;
- b) a interrupção da gravidez de feto anencéfalo gerado por maternidade de substituição;
- c) a utilização de embriões excedentários criopreservados por um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros e
- d) a possibilidade de implantação de embrião ou gameta sem autorização expressa do *de cuius* na reprodução assistida *post mortem*.

Os quatro conflitos apresentados possuem em comum a busca da decisão jurídica que realiza o direito sem a interferência direta de uma norma positivada, com observância da consciência jurídica geral.

Nos conflitos apresentados, a busca de decisão jurídica correta se dará na mediação dialética entre a intencionalidade normativa do direito (normas, princípios, doutrina e jurisprudência) e a intencionalidade problemática do caso concreto (problema concreto), por autônoma constituição normativa, o que exige uma responsabilidade ética do julgador. Existem princípios a serem respeitados na condição ética, uma das condições constitutivas da emergência do direito, sendo exemplos:

- a) o princípio da igualdade como uma ética igualação das pessoas e
- b) o princípio da responsabilidade como integração comunitária.³²⁸

Para António Castanheira Neves, a realização prático-jurisprudencial do direito postula uma ordem justa, não somente uma ordem eficaz. O direito é uma categoria ética e não somente uma categoria científica. Existe uma racionalidade prático-axiológica e não somente técnico-intelectual. Estar conforme o direito é uma alternativa entre satisfação e segurança ou entre dignidade e responsabilidade. É o reconhecimento do homem como sujeito ético, titular de direitos e deveres.³²⁹ A verdade científica não pode sobrepor-se ao direito e à ética.

Não há como compreender o direito através de um legalismo estrito. Existe uma autonomia normativo-intelectual do direito perante a legalidade. A reafirmação dos direitos fundamentais é uma projeção dos direitos humanos. Os princípios, como fundamentos

³²⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010c. p. 36-37. v. 3.

³²⁹ VENTORINI apud CASTANHEIRA NEVES, António. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010d. p. 57-58.

normativos da juridicidade, também transcendem a lei.

A decisão jurídica correta não pode ser determinada em abstrato, somente em concreto. É a realização concreta do direito. O sistema jurídico é um sistema aberto que a legalidade não pode fechar. É o autônomo desenvolvimento do direito através da sua própria realização. Existe um sentido axiológico-normativo que traduz a autonomia do direito. É uma adequação concreta do mérito problemático dos casos jurídicos, uma concretização problemática específica. O verdadeiro sentido de um princípio só pode atingir seu autêntico relevo na sua determinação em concreto. O direito que se realiza é um constituir contínuo em função de uma dialética. A consciência jurídica geral é resultado da histórico-social realização do direito.³³⁰

O trabalho não pretende uma resposta acabada, para cada um dos conflitos apresentados pela utilização das técnicas de reprodução assistida. A proposta da pesquisa é oferecer o caminho através do modelo jurisprudencialista.

Ademais, a busca da decisão jurídica correta não será feita pelo uso da analogia uma vez que casos análogos devem ter “conexão justificada pela intenção fundamental de juridicidade que os constitui na sua *especificidade jurídica*”.³³¹ Explica António Castanheira Neves

Se o caso-foro for um caso de estatuto jurídico da relação entre pai e filho e o caso-tema um caso de relação entre adoptando e adoptado, poderão estes casos ter-se por análogos, a nível problemático-jurídico, se a intenção de juridicidade constitutiva do segundo (caso-tema) for a de responsabilidade jurídico-pessoal (de educação, de protecção, de doença, etc.) e a mesma ou afim intenção de responsabilidade jurídico-pessoal se reconhecer também constitutiva dos casos jurídicos previstos ou decididos que se invoquem como casos-foro.³³²

A experiência problemática amplia-se no sentido de exigir novas respostas às novas perguntas. A normatividade sistematicamente prévia é limitada a uma experiência passada. Existe uma capacidade do sistema e a autonomia do problema, que impõe à experiência normativa outra dimensão.

O problema vai além da busca de uma resposta disponível, o qual pode fazer uma pergunta que ainda não tem uma resposta, "experiência aporética que não foi ainda absorvida

³³⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010c. p. 167-168. v. 3.

³³¹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 261.

³³² CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 261.

por uma intencionalidade dogmática acabadamente fundamentante".³³³ É a superação do problema pelo sistema em busca de um novo sentido do sistema.

Cada caso jurídico tem seu concreto e específico sentido problemático-jurídico. É o problema específico, inteiramente novo, que demanda autonomia perante o saber anterior. Por mais que o tipo de problema se possa repetir, "o problema enquanto tal nunca deixará de ser "novo" no modo concreto e individualizado do seu pôr-se".³³⁴

Diante de um sistema aberto, na realização do direito, o problema interroga continuamente o sistema, sendo possível que haja no relevo normativo da relevância material do caso concreto, uma assimilação por concretização, por adaptação e por correção, uma analogia teleológica normativa ou uma inadequação normativo jurídica.

Se a pergunta que o problema faz para o sistema não encontra uma resposta, observa-se o direito sendo realizado de forma prática na sua dinâmica de emergência, sendo constituído pelas condições de emergência do direito. É a autônoma constituição da solução jurídica. O direito não é um objeto, é um problema, "um contínuo problematicamente constituindo"³³⁵.

O jurisprudencialismo realiza o direito de forma prática, em uma condição mediadora do homem-pessoa, como sujeito de direitos, deveres e responsabilidades. Na dialética entre sistema e problema, delimitado o problema, este busca uma resposta no sistema.³³⁶

Nos casos concretos que seguem o titular do caso concreto é o homem-pessoa. Diante da falta de regulamentação jurídica da matéria, o problema concreto faz uma pergunta para o sistema e busca nele uma resposta. Uma vez que se trata de novos problemas observar-se-á a autonomia do direito e a criação de um novo sentido ao sistema.

Salienta-se que independentemente do jurisprudencialismo, a partir do problema jurídico prático, existem pontos de intercessão no sistema que abrange todos os problemas apresentados na utilização das técnicas de reprodução humana assistida, como exemplo, o termo de consentimento livre e informado, obrigatório a todos os procedimentos e previsto na Resolução do Conselho Federal de Medicina CFM nº 2.121/2015.³³⁷

³³³ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 158.

³³⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 160.

³³⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010c. p. 193. v. 3.

³³⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010c. p. 176. v. 3.

³³⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

De acordo com o art. 5º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina

Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.³³⁸

Diante da falta de regulamentação específica da matéria no ordenamento jurídico brasileiro, o que intercede todos os conflitos são os limites a serem impostos através dos princípios constitucionais que protegem a família, previstos no art. 226 da CR/1988, sendo o princípio de igualdade entre homens e mulheres, o princípio da liberdade de planejamento familiar, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da paternidade responsável.

Com peso extra, também intercede os conflitos apresentados, o princípio do melhor interesse da criança, previsto no art. 227 da CR/1988 e consagrado no 7º princípio da Declaração dos Direitos da Criança³³⁹, de 1959, e o princípio da convivência familiar previsto no mesmo art.

No que se refere à intercessão, de um lado está o direito fundamental de liberdade de procriação de forma assistida e de outro estão os princípios que fundamentam os valores existenciais, com atenção à proteção das crianças. Lembrando que, conforme António Castanheira Neves, direito fundamental mais importante do homem pessoa é o “direito ao direito”.³⁴⁰

4.1 O conhecimento da origem biológica como direito fundamental à personalidade na reprodução assistida

Na busca da decisão jurídica correta para o conflito do conhecimento da origem biológica como direito fundamental à personalidade na reprodução humana assistida, em combate com o direito do doador ao sigilo de sua identidade, o primeiro passo metodológico é definir o se o problema do não conhecimento da origem biológica é um problema jurídico.

³³⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948*. Brasília: ONU, 1998.

³³⁹ 7º Princípio da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959 – “Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais”. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Brasília: Destina, 1959.

³⁴⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. V. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 41.

Os seres humanos adquirem personalidade jurídica no nascimento completo com vida. Desse modo, o indivíduo é titular autônomo e sujeito das relações jurídicas. Isso confere ao ser humano a aptidão de ser o que é determinando os seus objetivos e os fins da sua atuação.³⁴¹

O anonimato do doador fere o direito de igualdade, previsto no art. 3º, inciso IV, da CR/1988, que tem por objetivo promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

Existe um questionamento se no núcleo do direito à historicidade pessoal encontra-se o direito ao conhecimento da origem biológica. Questiona-se se este direito é capaz de abolir o sigilo quanto à identidade dos doadores. Entendido que o não conhecimento da origem biológica afeta o bem estar físico e psíquico do indivíduo, o anonimato do doador viola direito fundamental à personalidade?³⁴²

Entendendo como fundamental o direito dos seres humanos crescerem pautados pelas verdades afetivas e biológicas, é possível afirmar que o não conhecimento da origem biológica é um problema jurídico.

Importa salientar que o problema surge da necessidade de material genético de terceiros para concretização do projeto parental, sendo alguns dos motivos da busca de material genético doado, através de reprodução assistida heteróloga: a infertilidade masculina e/ou feminina; esterilidade masculina e/ou feminina; quando há riscos de transmissão de doenças infecto contagiosas para o parceiro ou para o bebê; em casos de quimioterapia e radioterapia; por opção sexual; por falta de parceiro sexual; dentre outros.

Mesmo diante da regra do anonimato do doador, o direito a conhecer a origem biológica e o direito a vínculos de filiação são direitos distintos. O direito ao conhecimento da origem biológica é uma garantia de informação de origem genética, que pode se justificar em uma informação relevante para efeitos de saúde, como uma informação pessoal.³⁴³

Outro passo importante para o cumprimento da metodologia é observar que independente da falta de regulamentação específica, existem princípios e valores em cada momento histórico que serão fundamentos a justificar a decisão jurídica constituída de modo autônomo.

³⁴¹ RIBEIRO, Geraldo. Quem decide pelos menores? Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos. *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7, n. 14, 2010. p. 106.

³⁴² OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira. *Entre a mística do sangue e a ascensão dos afetos: o conhecimento das origens biológicas*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 88. v. 23.

³⁴³ REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 118-125. v. 12.

Historicamente, o direito ao conhecimento das origens biológicas, no plano constitucional, na Alemanha se deu a partir de decisões no final da década de 1980. No plano doutrinal, na década de 1970, já se defendia o direito ao conhecimento da origem biológica pautado na dignidade da pessoa humana e no direito geral de personalidade, concepções reconhecidas em decisões que influenciou, em 1994, o tribunal holandês a reconhecer o direito da criança à sua personalidade.³⁴⁴

O Supremo Tribunal Holandês, no Acórdão *Valkenhorst*, em 15/04/1994, reconheceu o direito geral da criança à personalidade em defesa do conhecimento da identidade dos pais biológicos.³⁴⁵

Assim, também o direito espanhol reconhece o fundamento constitucional de um direito geral ao conhecimento da origem biológica da pessoa pautado na dignidade da pessoa humana, na sua integridade moral e no livre desenvolvimento da sua personalidade. Em Portugal, também, é possível encontrar um suporte constitucional para o reconhecimento do direito ao conhecimento da origem biológica, uma vez considerada a dignidade da pessoa humana como unificadora dos direitos fundamentais, os direitos à identidade e integridade pessoal, o direito à verdade e o direito ao desenvolvimento da personalidade.³⁴⁶

A Constituição Portuguesa de 1976, como possível bioconstituição, no art. 26, refere-se à “garantia de dignidade pessoal e da identidade genética do ser humano”.³⁴⁷

Ademais, é necessário verificar a consciência jurídica geral através de princípios e valores normativos nacionais, de onde se busca a decisão jurídica correta.

Historicamente, no Brasil, a percepção jurídica de família se alterou no sentido de acolher as novas relações familiares através do parentesco, das relações de afinidade, das relações de adoção e das novas relações matrimoniais, permitindo que o direito ao conhecimento da origem biológica e o direito à personalidade sejam direitos próximos. No entanto, não se intercedam com o direito de constituir família, uma vez que não se trata de assumir uma condição legal de pai ou mãe e sim garantir o direito à obtenção de informação que permita a identificação da identidade biológica.

Seria o mencionado direito capaz de ultrapassar o direito da reserva da identidade da vida privada do doador?

³⁴⁴ REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. 422f. 2006. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006. p. 487-488.

³⁴⁵ REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 47. v. 12.

³⁴⁶ REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. 422f. 2006. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Coimbra, 2006. p. 487-488.

³⁴⁷ OTERO, Paulo. *Direito da vida: relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 80.

Na busca da decisão jurídica correta, é necessária a apresentação da constituição da intencionalidade normativa do direito através de normas, princípios, doutrina e jurisprudência.

Ter personalidade jurídica é ser titular de direitos e obrigações, sujeito de relações jurídicas. A personalidade jurídica dá a capacidade de gozo de direitos.

O direito à identidade genética é um direito de personalidade que protege um bem jurídico fundamental que é a “identidade genética”, um direito fundamental implícito na ordem constitucional brasileira, cabendo também o questionamento de qual o papel da verdade biológica e da verdade afetiva nas procriações assistidas?³⁴⁸

Compondo os elementos que constituem o sistema, a Resolução CFM nº 2.121/2015³⁴⁹ estabelece que o doador não conheça a identidade do receptor, assim como o receptor não conhecerá a do doador. Apenas em situações especiais informações a respeito do doador serão reveladas por motivos médicos e para os médicos³⁵⁰, de forma a resguardar a identidade civil do doador. O médico assistente escolhe o doador buscando uma semelhança fenotípica do doador com o receptor, recebe o material doado, mantém em sigilo a identidade do doador do material biológico utilizado na procriação medicamente assistida, destina o material, e mantém, de forma permanente, um registro de dados clínico de caráter geral do doador, as características fenotípicas e amostra do material celular, de acordo com a legislação vigente, ressaltando que a idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e 50 para o homem.

Ainda conforme Resolução CFM nº 2.121/2015³⁵¹, no que se refere à doação de gametas e embriões, ficará a cargo de onde for feita a doação, de forma permanente, o registro com dados clínicos, características fenotípicas e amostra de material celular dos doadores, conforme legislação vigente, sendo que a escolha dos doadores é feita pelo médico assistente, conforme mencionado e conter a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora, não sendo permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas participarem como doadores. Ademais, na região localizada a unidade onde foi feita a doação, os registros dos nascimentos evitará que um doador tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão

³⁴⁸ PETERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 40-110.

³⁴⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

³⁵⁰ A questão envolve o segredo profissional do médico, matéria que desde Hipócrates (460-377 a. C.) se mantém em voga. ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 19. v.4.

³⁵¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

de habitantes.

De acordo com o art. 09º da Resolução RDC nº 23, de 27 de maio de 2011, são atribuições do Banco de Células e Tecidos Germinativos (BCTG) "VI - fornecer todas as informações necessárias a respeito da amostra a ser utilizada, respeitando o sigilo, cabendo ao médico do paciente a responsabilidade pela sua utilização, quando couber, segundo legislação vigente".³⁵²

Ademais o art. 15 prevê que "a doação de células, tecidos germinativos e embriões deve respeitar os preceitos legais e éticos sobre o assunto, devendo garantir o sigilo, a gratuidade e a assinatura do Termo de Consentimento Livre e esclarecido"³⁵³. A doação de embriões não pode ser remunerada. Toda a informação relativa aos doadores de embriões deve ser coletada, tratada e custodiada no mais estrito sigilo, não podendo ela ser divulgada ou facilitada, de modo que permita a identificação do doador e do receptor, assim, na doação de embriões o doador não pode conhecer a identidade do receptor e vice-versa, sendo que somente as autoridades de vigilância sanitária podem ter acesso aos registros para fins de inspeção e investigação. Somente por motivo médico ou jurídico as informações poderão ser fornecidas para o médico que assiste o receptor, resguardando a identidade civil do doador.³⁵⁴

Para a doação compartilhada de oócitos, a Resolução CFM nº 2.121/2015³⁵⁵ permite que doadora e receptora compartilhem tanto o material biológico quanto os custos financeiros que envolve o procedimento de reprodução assistida, isto é, existe uma doadora e uma receptora, ambas portadoras de problemas de reprodução e pretendentes à parentalidade. Haverá o compartilhamento do material genético por parte da doadora e o compartilhamento do custo financeiro do tratamento por parte da receptora, sendo que a doadora tem preferência no material biológico produzido.

A doação de gametas ou embriões, como doação de produtos do corpo humano, de acordo com item IV da Resolução CFM nº 2.121/2015³⁵⁶, não terá caráter lucrativo ou comercial, isto é, deve ter por princípio a não patrimonialidade, o respeito pelo corpo humano.

³⁵² AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *RDC/ANVISA nº 23, 27 de maio de 2011*. Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências. Brasília: ANVISA, 2011.

³⁵³ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *RDC/ANVISA nº 23, 27 de maio de 2011*. Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências. Brasília: ANVISA, 2011.

³⁵⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *RDC/ANVISA nº 23, 27 de maio de 2011*. Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências. Brasília: ANVISA, 2011.

³⁵⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

³⁵⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

Sendo proibida a remuneração ao doador do material genético, é questionável se a gratuidade exclui o reembolso ao doador quanto aos custos envolvidos na doação. Afinal, se a gratuidade existe para que o doador não se beneficie, o reembolso das despesas com a doação é uma forma de o doador não ter prejuízo com ela? O rastreamento sanguíneo feito em laboratório é uma forma de remuneração ao doador?

A questão é o sigilo do doador em conflito com o direito ao conhecimento das origens biológicas por parte da criança gerada.

O direito ao conhecimento das origens biológicas é um direito da personalidade, atrelado ao desenvolvimento do indivíduo. É o direito à identidade pessoal e está englobado no respeito à dignidade da pessoa humana.³⁵⁷

“A consagração constitucional da dignidade humana e dos direitos fundamentais representa a garantia dos direitos da personalidade?” “Os direitos fundamentais constituem um círculo mais amplo, que compreende os direitos de personalidade?”³⁵⁸ Seria possível uma “ação de informação pessoal”, uma vez que o direito brasileiro, assim como o alemão e o espanhol garante uma imprescritibilidade do direito de investigar a maternidade e a paternidade. ?³⁵⁹

É possível que, em um processo judicial (na ‘ação de informação pessoal’), haja a declaração do médico invocando razões de sigilo profissional. Para o procedimento da ação é necessária uma exceção ao dever de segredo profissional decorrente da tutela constitucional do direito ao conhecimento da origem biológica.³⁶⁰

Ressalta-se que a relação de filiação entre pais e filhos se dá com os titulares do projeto parental e nunca com o doador, no entanto, isso não retira da criança o possível interesse no conhecimento da sua origem biológica com finalidades diversas, que vão desde a necessidade psicológica do conhecimento da origem genética, da origem das características fenotípicas, do possível impedimento matrimonial e do histórico dos problemas de saúde genéticos.³⁶¹

Não se trata de estabelecimento de vínculo alimentar ou sucessório entre o doador e a

³⁵⁷ CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO, 1., 2013. GOUVEIA, Jorge Bacelar et al. (Org.). *Anais...* Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Academia Paulista de Magistrados, Instituto do Direito da Língua Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2014. p. 160.

³⁵⁸ ASCENÇÃO, José de Oliveira (coord.). *Estudos de direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 54. v.3.

³⁵⁹ REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. 422f. 2006. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Coimbra, 2006. p. 124; 494.

³⁶⁰ REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. 422f. 2006. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Coimbra, 2006. p. 128-129.

³⁶¹ BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 64.

criança gerada uma vez que não se comunica o direito de investigação de paternidade com o direito ao conhecimento da origem biológica. Existe uma primazia da parentalidade socioafetiva em relação à biológica.

O princípio do melhor interesse da criança deverá ser observado tendo em vista que o art. 227, caput, da CR/1988, impõe como dever da família, da sociedade e do Estado a obrigação de zelar pela dignidade da criança, colocando-a a salvo de toda forma de negligencia e discriminação que poderá a vir ocorrer com as crianças geradas pela reprodução assistida heteróloga.

"O ser humano é fruto de um equilíbrio permanente entre o patrimônio genético e o ambiente (*nature versus nature*)"³⁶² Em algum momento o(a) filho(a) impugna a parentalidade heteróloga, mesmo que em silêncio. Como existem direitos que pertencem a todos os seres humanos, entre eles está o direito à personalidade, o direito requerido para que o(a) filho(a) conheça a sua identidade, sem, necessariamente, o estabelecimento de vínculo biológico.

A parentalidade socioafetiva³⁶³ adquirida no uso da técnica de reprodução humana assistida heteróloga, atrelada ao anonimato do doador do material genético, não retira da criança o direito ao conhecimento das origens biológicas como direito fundamental da personalidade. Ocorre que, o direito ao conhecimento da origem biológica encontra-se equiparado ao direito à intimidade e à privacidade, entrando, assim, em conflito.

Forçoso esclarecer que o estado de filho e o conhecimento das origens biológicas são diferentes, sendo que o estado de filho diz respeito ao direito de família e o direito, a saber, quem são os ancestrais diz respeito ao direito de personalidade. O estado de filho está além do vínculo biológico, está também no vínculo socioafetivo. O conhecimento das origens biológicas sequer desconstitui a filiação, apenas resguarda o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível do conhecimento das origens biológicas.³⁶⁴

Conforme Enunciado de Biodireito nº 39, da I Jornada de Direito da Saúde, do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014, "o estado de filiação não decorre apenas do vínculo genético, incluindo a reprodução assistida com material genético de

³⁶² NUNES, Rui. *Genética*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 32.

³⁶³ A paternidade socioafetiva encontra-se em discussão no Supremo Tribunal Federal Brasileiro, tendo sido reconhecido a repercussão geral do recurso, onde há prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da biológica BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 692.186 - Recurso Extraordinário com Agravo. Relator Ministro: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília 9 set. 2014b.

³⁶⁴ CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO, 1., 2013. GOUVEIA, Jorge Bacelar et al. (Org.). *Anais...* Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Academia Paulista de Magistrados, Instituto do Direito da Língua Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2014. p. 160-172.

terceiro, derivando da manifestação inequívoca de vontade da parte"³⁶⁵.

Observa-se que estado de filiação e origem genética se diferem. A determinação da filiação está relacionada, não está adstrita à origem genética.

O princípio do livre desenvolvimento da personalidade está ligado ao princípio da autonomia individual.³⁶⁶

O direito português tem um princípio geral em sede de direitos da personalidade enunciando que “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.³⁶⁷

A orientação pró-identificação do doador ganha vantagem diante da não implicação do estabelecimento de vínculos familiares entre doador e a criança gerada, e também a responsabilidade para qualquer um deles.³⁶⁸

No entanto, existe um receio de que a quebra do sigilo do doador prejudique o número de pessoas interessadas na doação de material genético.³⁶⁹

Existe a possibilidade de “*double track*” systems, que permitiria a aceitação de doadores que quisessem permanecer anônimos e outros que permitissem a revelação da sua identidade. Seria uma alternativa temporária para avaliar a consequência da regra do anonimato. No entanto, a escolha entre doadores anônimos e identificáveis continuará não abordando os interesses do filho gerado, principalmente do filho cuja família fez a escolha pelo doador anônimo, pois é uma escolha feita por terceiros e diz respeito à personalidade da criança gerada. Seria menos gravoso um sistema que aceitasse doadores sem direito ao anonimato, que aceitasse o estabelecimento futuro do vínculo biológico, caso fosse requerido pela criança gerada, sem estabelecimento de vínculo.³⁷⁰

A criação de sistemas informatizados, criptografados, específicos e seguros para o gerenciamentos das informações são objetivos a serem atingidos no dever da confidencialidade.³⁷¹

De acordo com o princípio 6 da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, adotada

³⁶⁵ JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., 2014. *Anais...* Brasília: CNJ, 2014.

³⁶⁶ CASADO, María. (Org.). *Sobre a dignidade e os princípios: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO*. Tradução de Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2013, p. 238.

³⁶⁷ DRAY, Guilherme Machado. *Direitos da personalidade: anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 34.

³⁶⁸ ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 31. v.3.

³⁶⁹ OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira. *Entre a mística do sangue e a ascensão dos afetos: o conhecimento das origens biológicas*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 153-154.

³⁷⁰ REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. 422f. 2006. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Coimbra, 2006. p. 466-467.

³⁷¹ ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 274-275. v.4.

pela Assembleia das Nações Unidas e ratificada pelo Brasil: “Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material [...]”

O direito à personalidade como identidade envolve o direito de igualdade. Retirar do ser humano o direito ao conhecimento da sua identidade biológica viola o inciso III do art. 1º, o inciso IV do art. 3º, o inciso II do art. 4º, o *caput* do art. 5º, art. 227, entre outros da CR/1988 uma vez que a dignidade humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, que é representado pelos pilares da democracia e dos direitos fundamentais.³⁷²

Ademais, importante salientar que o rol de direitos fundamentais previstos na CR/1988 não é taxativo.

Os princípios são os fundamentos a compor o sistema, conforme abordado no capítulo primeiro, com destaque aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

É o posicionamento doutrinário

[...] o direito à identidade genética é um direito de personalidade que busca salvaguardar o bem jurídico-fundamental “identidade genética”, uma das manifestações essenciais da personalidade humana, ao lado do já consagrado viés do direito à privacidade e do direito à intimidade. Assim, quando a doutrina faz referência a um direito fundamental à identidade genética, pretende salvaguardar a constituição genética individual (a identidade genética única e irrepetível de cada ser humano) enquanto base biológica de sua identidade pessoal, esta em constante construção, no âmbito das relações interpessoais.³⁷³

O direito ao conhecimento das origens biológicas está radicado no direito da personalidade, o qual se constitui em desenvolvimento da pessoa, é um direito à identidade pessoal, envolve o princípio da dignidade da pessoa humana. A questão está na desvinculação do conhecimento da origem biológica da criança sem o estabelecimento de vínculos.³⁷⁴

Apresentadas a intencionalidade normativa do direito e a intencionalidade prática do caso concreto, possível o estabelecimento da mediação dialética para o alcance da decisão jurídica correta.

No conflito do conhecimento da origem biológica, como direito fundamental à

³⁷² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 de outubro de 1988.

³⁷³ PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 111.

³⁷⁴ CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO, 1., 2013. GOUVEIA, Jorge Bacelar et al. (Org.). *Anais... Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Academia Paulista de Magistrados, Instituto do Direito da Língua Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 160.

personalidade na reprodução humana assistida, o direito fundamental à origem genética prevalece sobre o direito ao sigilo por parte do doador em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o conhecimento da origem biológica não se confunde com a relação de parentalidade³⁷⁵ e o peso dos direitos em conflito de distinguem.

Ademais, o direito à identidade biológica é um direito da personalidade que visa à proteção de um bem jurídico fundamental que é o conhecimento da origem genética. A doutrina, ao proteger o direito fundamental à origem genética, resguarda uma identidade biológica única e inconfundível de cada ser humano. É uma construção da história pessoal.³⁷⁶

4.2 A interrupção da gravidez de feto anencéfalo gerado por maternidade de substituição

Entendendo a interrupção da gravidez de feto anencéfalo gerado por maternidade de substituição como um problema jurídico, o próximo passo metodológico na busca da decisão jurídica correta será semelhante ao problema abordado anteriormente, com a constituição da intencionalidade normativa do direito através dos princípios, normas, doutrina e jurisprudência para mediação com a intencionalidade prática do caso concreto.

O conflito em questão busca uma solução jurídica adequada para a interrupção da gravidez de feto anencéfalo gerado por doação temporária de útero, ressaltando que a questão não se pauta em definir se o feto anencéfalo é ou não merecedor de proteção jurídica, uma vez entendida que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo não é aborto. O problema em questão está em definir a quem compete à decisão pela interrupção ou não da gestação de feto anencéfalo, se são aos pais biológicos e/ou socioafetivos ou se é à mãe de substituição a quem compete gerar a criança.

É importante para busca da decisão jurídica correta para o problema apresentado definir o que é anencefalia.

É um defeito de desenvolvimento do embrião no qual, muito precocemente, entre o 20º, o 28º dia após a concepção, as células da placa neural não encerram a extremidade polar superior do tubo neural; este defeito impede a formação do couro cabeludo da abóbada óssea do crânio, das meninges e de ambos os hemisférios cerebrais. [...] Essas crianças, mais freqüentemente do sexo feminino, nascem sem capacidade para ver, para ouvir, para terem consciência perceptiva, para sentirem dores. Mas podem ter um tronco cerebral rudimentar que controla as funções

³⁷⁵ BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 66-67.

³⁷⁶ PETERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 111.

reguladoras do sistema nervoso autônomo, como a respiração e as respostas reflexas aos sons e ao toque. Todo o restante do corpo é normal, não sendo freqüente a presença de outras malformações associadas. O diagnóstico pode ser feito, por um especialista, por meio de um aparelho de ultrasonografia de alta resolução já na 10ª semana. [...] Não há qualquer tratamento para este defeito de desenvolvimento.³⁷⁷

Observa-se que o problema surge no conflito do tempo máximo de desenvolvimento do embrião *in vitro*, que conforme Resolução CFM n° 2.121/2015³⁷⁸ é de 14 dias, sendo aquém do prazo para o diagnóstico genético pré-implantação de embriões.

O direito à interrupção da gestação de fetos anencéfalos foi definido através da ADPF 54, julgada procedente em 12/04/2012, com Ministro Relator Marco Aurélio, declarando inconstitucional a interpretação da interrupção da gravidez de feto anencéfalo como conduta tipificada nos art.s 124, 126, e 128, incisos I e II do Código Penal.³⁷⁹

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos art.s 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012.

A ação foi procedente no sentido de dar à mulher o direito de interrupção da gestação do feto anencéfalo, ato este que não pode mais ser caracterizado como aborto uma vez entendido que o feto não pode ser sujeito passivo do aborto, pois não tem capacidade de ser pessoa.

Até então a permissão para interrupção da gestação de feto anencéfalo era permitida somente após deferimento em ação judicial requerida pela gestante que, diante da morosidade nos processos, a gravidez decorria antes da decisão judicial. O direito foi autônomo ao permitir a prática. No choque com a proteção jurídica por parte do feto anencéfalo prevaleceu o direito da mãe à interrupção terapêutica do parto. O direito não precisa ser sensível às

³⁷⁷ ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 252-253. v. 3.

³⁷⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM N° 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

³⁷⁹ ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos art.s 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 - Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental. Relator Ministro: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília 10 maio, 2013b.

exigências sociais, no entanto, não pode ser autônomo de forma demasiada para não retornar ao positivismo jurídico de Kelsen.

A ADPF n° 54 apresentou como preceitos fundamentais violados: o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso IV; o princípio da legalidade, liberdade e autonomia de vontade, previsto no art. 5º, inciso II e o direito à saúde, previsto nos art.s 6º, caput e art. 196; todos da CR/1988.³⁸⁰

Se o direito à interrupção da gestação é dado à mulher como direito à saúde, cabe definir quem poderá decidir pela interrupção da gestação: a mulher que fez a cessão do útero como direito ao estado de bem estar físico ou à mulher ou homem (em casos de reprodução humana assistida por pessoas solteiras ou homoafetivas) como direito ao bem estar psíquico, uma vez que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

A gestação do feto anencéfalo traz risco à gestante, como hipertensão, acúmulo de líquido amniótico, pré-eclampsia. Ademais, “uma mulher não pode ser tratada como um útero a serviço da sociedade”.³⁸¹

Em seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio expôs:

O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. [...] Constata-se a existência de dados merecedores de confiança que apontam riscos físicos maiores à gestante portadora de feto anencéfalo do que os verificados na gravidez comum. [...] Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Não de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que preferiram interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento.³⁸²

O ministro César Peluso, apesar de ter votado pela improcedência do pedido formulado na ADPF n° 54, teceu os seguintes argumentos

A gravidez de feto anencéfalo é mais gravosa. Segundo a Federação Brasileira de Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO, eis os complicadores: a duração da gestação tende a ser superior a 40 semanas; aumento do volume do líquido amniótico; associação de doença hipertensiva específica da gestação;

³⁸⁰BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: Contribuições para a Construção teórica e prática da Jurisdição Constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 336.

³⁸¹BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: Contribuições para a Construção teórica e prática da Jurisdição Constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 358.

³⁸²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 - Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental. Relator Ministro: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília 10 maio, 2013b.

associação com vasculopatia periférica de estase; alterações de comportamento e psicológicas de monta; dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto; necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério; necessidade do registro de nascimento e sepultamento do recém-nascido, com passagem pela delegacia de polícia para registro do óbito; necessidade de bloqueio da lactação; puerpério com mais casos de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina; e maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo.³⁸³

O direito à continuidade da gestação de feto anencéfalo é feito quando decidido respeitar o seu limite de tempo de vida.

Ocorre que, pode ser a mulher que se presta a gerar um filho para outra, denominada “mãe hospedeira”, “mãe de aluguel”, “mãe de substituição”, “mãe gestacional” seja a mulher que esteja a gerar o feto anencéfalo.

Importante destacar, na maternidade de substituição, independente do não estabelecimento de vínculo com a criança, à grávida é imputado o exercício de responsabilidades parentais, como exemplo, cuidados médicos pré-natais.³⁸⁴

A doutrina anglo-saxônica utiliza o termo “*surrogate mother*”. Esse tipo de maternidade ocorre quando uma mulher cede seu útero para gerar um filho e ao dá-lo à luz, entrega-o a outra mulher ou a um homem (dependendo da pretensa família), renunciando em favor dessa pessoa todos os direitos sobre a criança.³⁸⁵

Como exemplo, o caso bebê Charlie, em Londres, 2005, que ocorreu entre três irmãs (Alex, Charlotte e Helen). Charlotte doou o óvulo que foi fecundado em laboratório com o material genético do marido de Alex. Helen foi a mãe de substituição, que doou o útero para a gestação do bebê. Quando a criança nasceu, esta foi entregue a Alex que foi reconhecida como mãe no Tribunal.³⁸⁶

Assim como a doação de gametas e embriões, a doação temporária de útero também não tem previsão no ordenamento jurídico brasileiro. É regulamentada apenas pela Resolução CFM nº 2.121/2015,³⁸⁷ a qual pronuncia que, a gestação de substituição ou doação temporária de útero é um recurso à reprodução humana assistida, utilizada nos casos em que exista problema médico que impeça ou contraindique a gestação na mãe biológica, em casos de

³⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 - Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental. Relator Ministro: Marco Aurélio. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 10 maio. 2013b.

³⁸⁴ FIGO, Tiago. *Tutela juscivilística da vida pré-natal: o conceito de pessoa revisitado*. Coimbra: Editora Coimbra, 2013. p. 62-74.

³⁸⁵ RAPOSO, Vera Lúcia. *De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 10-13. v. 10.

³⁸⁶ ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 325. v.2.

³⁸⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

união homoafetiva ou na formação da família monoparental. É o implante do óvulo de uma mulher no útero de outra.

Afirma o enunciado da I Jornada de Direito Civil, em 2002³⁸⁸ :

Proposta: Inclusão de um art. no final do Capítulo II, Subtítulo II, Capítulo XI, Título I, do Livro IV [sic], com a seguinte redação: "Art. 1597-A. A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único. Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga". Justificativa: No momento em que o CC 1597 autoriza que o homem infértil ou estéril se valha das técnicas de reprodução assistida para suplantar sua deficiência reprodutiva, não poderá o CC deixar de prever idêntico tratamento às mulheres. O dispositivo dará guarida às mulheres que podem gestar, abrangendo quase todas as situações imagináveis, como as técnicas de reprodução assistida homóloga e heterólogas, nas quais a gestação será levada a efeito pela mulher que será a mãe socioevolutiva da criança que vier a nascer. Pretende-se, também, assegurar à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá a mãe sub-rogada. Contempla-se, igualmente, a mulher estéril e que não pode levar a termo uma gestação. Essa mulher terá declarada sua maternidade em relação à criança nascida de gestação sub-rogada na qual o material genético feminino não provém de seu corpo. Importante destacar que, em hipótese alguma, poderá ser permitido o fim lucrativo por parte da mãe sub-rogada.

O art. 1.597 do Código Civil³⁸⁹ traz a presunção de filiação na constância do casamento, pois o casamento gera presunção de paternidade. O enunciado acima descrito apresenta a necessidade de presumir-se a maternidade pela gestação, tendo em vista que, com os avanços das técnicas de reprodução assistida e o acolhimento da pluralidade das entidades familiares da contemporaneidade, o casamento torna-se também uma forma de presunção.

É o enunciado nº 104, do Conselho de Justiça Federal, de 2002³⁹⁰:

Art. 1.597: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

³⁸⁸ JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., 2002. *Anais...* Brasília: CNJ, 2002.

³⁸⁹ Art. 1.597 do Código Civil: "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". Ressalta-se que, conforme enunciado da Jornada I Direito Civil STJ 105: "As expressões 'fecundação artificial', 'concepção artificial' e 'inseminação artificial', constantes, respectivamente, do CC 1597 III, IV e V, deverão ser interpretadas como 'técnica de reprodução assistida'. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

³⁹⁰ JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., 2002. *Anais...* Brasília: CNJ, 2002.

Já os enunciados n° 257 e 258 do Conselho da Justiça Federal, da III Jornada de Direito Civil, em 2005³⁹¹, dizem:

Enunciado 257. As expressões 'fecundação artificial', 'concepção artificial' e 'inseminação artificial', constantes, respectivamente, do CC 1597 III, IV e V, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição.

Enunciado 258. Art.s 1.597 e 1.601: não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.

Nota-se que a gestação de substituição é utilizada pelas famílias monoparentais, homossexuais e heterossexuais, ou seja, o embrião é fecundado *in vitro* com o material genético dos pais biológicos ou de terceiros, posteriormente implantado no útero da mulher que gestará a criança, sendo estabelecida a filiação biológica ou socioafetiva com os pretensos pais que aguardam o nascimento da criança, sem vínculo com a mãe de substituição.

Com a reprodução assistida heteróloga, o parentesco biológico é substituído pela vontade. A parentalidade é socioafetiva, motivo pelo qual não cabe o direito de contestação da paternidade dos filhos, uma vez que existe autorização expressa na utilização de material genético de terceiro, que gera presunção absoluta de paternidade.

Ademais, o art. primeiro do Provimento n° 21/2015 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Pernambuco concretiza a desburocratização do exercício do planejamento familiar.

O assento de nascimento decorrente de filhos havidos por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, observada a legislação vigente, no que for pertinente, mediante comparecimento de um ou ambos os pais e/ou mães, munidos da documentação exigida neste provimento, independentemente de prévia autorização judicial; permitidas a duplicidade parental (multiparentalidade) e a paternidade ou maternidade por pessoas do mesmo sexo.³⁹²

Salienta-se que o problema jurídico que busca uma decisão correta e justa é o conflito da determinação da titularidade da decisão da interrupção da gestação de feto anencéfalo. Será a titularidade da decisão da mãe biológica ou socioafetiva ou será da mãe gestacional?

A Resolução CFM n° 2.121/2015³⁹³ prevê que quem doa o útero deve fazê-lo de forma

³⁹¹ JORNADA DE DIREITO CIVIL, 3., 2004 nov. 01-03, Brasília; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado (Coord.). *Anais...* Brasília: CJF, 2005.

³⁹² PERNAMBUCO. Poder Judiciário do Estado de Pernambuco. Corregedoria Geral da Justiça. *Provimento N. 21/2015*. Recife, 4 nov. 2015.

³⁹³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM N° 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

gratuita e ser parente consanguíneo em até quarto grau com um dos parceiros, isto é, deve ser mãe, irmã, avó, tia ou prima. E, se a doadora do útero for casada ou viver em união estável, tem por dever apresentar, por escrito, a aprovação do marido ou companheiro. A ela serão informados os riscos inerentes à gestação e para a doadora do útero será dada a garantia de tratamento e acompanhamento médico até o puerpério.

A fiscalização da maternidade de substituição é feita pelos próprios pais solicitantes, que podem, de forma negativa, ser monopolizadores ou relapsos. No entanto, a proteção deve estar além dos interesses dos pais contratantes e da mãe gestante, a proteção deve estar voltada para o interesse da criança.

Existe a necessidade do termo de consentimento informado dos pretendentes pais e da doadora do útero, além de contrato estabelecendo ‘claramente’ a filiação, pois o ordenamento jurídico brasileiro entende como mãe a mulher que dá à luz a criança. A falta de regulamentação específica da matéria gera desconforto no registro civil da criança.

De acordo com o Enunciado de Biodireito nº 45, da I Jornada de Direito da Saúde, “nas hipóteses de reprodução humana assistida, nos casos de gestação de substituição, a determinação do vínculo de filiação deve contemplar os autores do projeto parental, que promoveram o procedimento”.³⁹⁴ A mãe de substituição entrega a criança após o parto, não a amamenta para não criar vínculos.

A maternidade de substituição é um direito de autodeterminação corporal legítima em que uma mulher se propõe, de forma gratuita, ceder seu útero para gerar filhos de terceiros, mediante consentimento dos pretensos pais.³⁹⁵

O procedimento deve contar com o consentimento dos participantes. Os pais contratantes devem arcar com as despesas do pré-natal, garantido o direito ao recebimento das informações relativas a ele. A decisão por não levar a gravidez de feto anencéfalo a termo pode ser resolvida previamente à gestação, podendo inclusive ser prevista em contrato. A previsão contratual para possível interrupção da gravidez de feto anencéfalo instrumentaliza a criança.

Quanto ao contrato, questiona-se sobre a validade do contrato de gestação, uma vez que há dúvidas sobre o seu objeto. Na ausência de legislação específica, o juiz pode entender o contrato como sendo nulo se o objeto for à pessoa, pois não se pode tratar o ser humano como ‘coisa’. Quem entende o contrato sendo sem validade jurídica, entende como ilícita a

³⁹⁴ JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., 2014. *Anais...* Brasília: CNJ, 2014.

³⁹⁵ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011, p. 226.

cessão de parte do corpo humano.

A quem cabe a decisão sobre a continuidade da gestação dos fetos anencéfalos, uma vez que por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 é possível a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos para resguardar o direito à saúde da mulher que gesta? Cabe à parentalidade biológica ou socioafetiva a decisão ou esta fica com a mulher que está gerando a criança e pode vir a sofrer os supostos danos da gravidez de um feto anencéfalo?

Quanto à maternidade de substituição, de acordo com a Resolução CFM nº 2.121/2015³⁹⁶, no que se refere à gestação de substituição ou doação temporária de útero, às clínicas está permitida a utilização da técnica desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na mãe biológica e/ou socioafetiva ou em caso de união homoafetiva.

Ressalta-se o Enunciado de Biodireito nº 40 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, de 15 de maio de 2014 que diz, "é admissível, no registro de nascimento de indivíduo gerado por reprodução assistida, a inclusão do nome de duas pessoas do mesmo sexo, como pais"³⁹⁷

Dentre os documentos exigidos pela Resolução nº 2.121/2015³⁹⁸ para a utilização da técnica estão:

- a) o Termo de Consentimento Informado, que deverá ser assinado pelos pacientes e pela mãe de substituição, com aspectos biopsicossociais, riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal e aspectos legais da filiação;
- b) o Relatório Médico contendo o perfil psicológico, atestando a adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;
- c) o Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero, de forma a estabelecer claramente a questão da filiação da criança;
- d) a garantia de que a doadora temporária de útero tenha tratamento e acompanhamento médico até o puerpério;
- e) a garantia do registro civil da criança por parte dos pais biológicos; e
- f) a aprovação do cônjuge ou companheiro da doadora temporária de útero,

³⁹⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

³⁹⁷ JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., 2014. *Anais...* Brasília: CNJ, 2014.

³⁹⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Entre os casos famosos de geração de filhos para terceiros está o caso Baby M., de enormes disputas jurisprudenciais. De um lado o casal Stern, William e Elizabeth, pretensos pais, de outro Mary Beth Whitehead. Apesar de não se tratar de maternidade de substituição, tendo em vista que a contratada estava gerando um filho com o sêmen de William Stern, após demanda judicial intensa, a decisão se deu pela entrega do bebê ao casal contratante William e Elizabeth. Importante destacar que o único ponto em que a decisão judicial não foi favorável ao casal Stern foi a declaração de nulidade da cláusula prevista no contrato de gestação que permitia a William Stern o direito de controle da decisão de abortar.³⁹⁹

Se, na ADPF nº 54, de um lado estava a potencialidade de vida do nascituro e do outro a liberdade e autonomia individuais da gestante, entende-se que a antecipação terapêutica do parto seria uma decisão da mulher que gera, no entanto, não seria da mãe de substituição.

Necessário se faz o esclarecimento das possibilidades da maternidade de substituição: pode ser utilizada na formação da família monoparental masculina, em que serão necessárias duas mulheres (a doadora do útero e a doadora do material genético); na formação da família monoparental feminina (caso a pretensa mãe tenha algum problema que impeça ou contraindique a gestação); na formação da família homoparental masculina, na qual também serão necessárias duas mulheres (a doadora do útero e a doadora do material genético); na formação da família homoparental feminina, em que uma das mulheres faz a doação temporária do útero para, com o material genético da companheira fecundado por terceiro, gerar a criança e na formação da família heterossexual, quando a mulher apresenta problemas que impeça ou contraindique a gestação.

Destaca-se que a Resolução CFM nº 2.121/2015⁴⁰⁰ implicitamente proíbe que o embrião resulte da fecundação de um óvulo da mulher que procederá a gestação. Importante salientar que independente do embrião não ser filho da mãe de substituição, esta mulher que irá gerar a criança também tem com ela um parentesco consanguíneo, pois é parente em até quarto grau de um dos pretendentes à parentalidade.

Independente de o bebê diferir-se da gestante pelo grau de autonomia e dinâmica maturativa, as interações feto maternas estabelecem uma relação de simbiose ente a gestante e

³⁹⁹ RAPOSO, Vera Lúcia. *De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 93-94. v. 10.

⁴⁰⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

o bebê, uma vez que o feto está conectado em derivação com a circulação sanguínea materna.⁴⁰¹

Na tendência da sociedade em se adaptar aos anseios da diversidade, não pode inviabilizar o reconhecimento da pluralidade familiar. Se a decisão pela interrupção ou não da gestação de feto anencéfalo for decisão dos pais biológicos, surge a questão se a decisão será conjunta ou isolada, tendo em vista que a CR/1988, ao tratar do planejamento familiar, inclui tanto a mulher quanto o homem no processo de reprodução e paternidade, conferindo igualdade entre os gêneros. Da mesma forma, importa levantar o questionamento da titularidade da decisão de interromper a gestação quanto ao anencéfalo uma vez presente a legitimidade das famílias monoparentais e homoafetivas para a utilização das técnicas de doação temporária de útero.

Conforme abordado nas possibilidades de utilização do procedimento, é possível que na maternidade de substituição ocorra, quando da relação homoafetiva entre duas mulheres, a extração do óvulo de uma, óvulo este a ser fecundado com espermatozoide de doador anônimo, e o embrião será implantado na outra, sendo o estado de filiação de ambas.⁴⁰²

Para a Resolução CFM nº 2.121/2015⁴⁰³, a maternidade de substituição necessita da aprovação por escrito do cônjuge ou companheiro para sua realização, o que aparenta que a decisão pela interrupção da gestação de anencéfalo será uma decisão conjunta dos pais biológicos ou socioafetivos.

No entanto, trata-se de problema secundário, uma vez que o problema primário está na questão: a quem compete decidir pela interrupção da gestação, aos pais biológicos e/ou socioafetivos ou à mãe de substituição, que está a gerar a criança?

O relatório médico com o perfil psicológico anexado ao termo de consentimento livre e esclarecido informado, exigido pela Resolução CFM nº 2.121/2015 não garante que a mãe de substituição concorde com a interrupção da gestação, caso esta decisão pertença aos pais biológicos e/ou socioafetivos.

Entendida pela antecipação terapêutica do parto, a solução do problema da definição da titularidade da decisão, que não se restringe à lei para a sua solução, busca nos valores e nas regras jurídico-morais a decisão jurídica correta. Não permitir à mãe de substituição que esta interrompa a gestação, mas deixar a cargo somente dos pais contratantes a decisão pela

⁴⁰¹ MAZET, Phillipe; STOLERU, Serge. *Manual de psicopatologia do recém-nascido*. Tradução de Francisco Franke Settineri. Porto Alegre: Editora Artes Médicas Sul, 1990. p. 23-25.

⁴⁰² DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 174.

⁴⁰³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

interrupção da gravidez de feto anencéfalo gerado por útero de substituição é instrumentalizar a mãe de substituição, destituindo-a de dignidade humana.

Além disso, importante se faz mencionar, o direito brasileiro entende como mãe a mulher que dá à luz o bebê. Na maternidade de substituição a mãe que gera ocupa um lugar que não lhe pertence, fazendo com que a ausência da legislação gere dúvidas, não na garantida do estado de filiação, que se deu pelo livre exercício do direito fundamental ao planejamento familiar, mas, sobretudo, pela dúvida na interpretação da ADPF n° 54⁴⁰⁴, que reconheceu o direito da gestante de submeter-se a antecipação terapêutica de parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo.

A vida não pode ser degradada ao nível de objeto, assim como o direito não pode se depreciar a um sistema de preceitos deixando de cumprir a sua vocação essencial de proclamar e defender os valores absolutos, expressando o progresso civilizacional de cada sociedade.⁴⁰⁵

No entanto, permitir que a mãe gestacional dê continuidade a uma gestação em desacordo com a mãe biológica/gestacional também é permitir que a mãe substitutiva ponha a termo a vida de filho que não é seu.

A jurisprudência é clara no sentido do estado de filiação da criança gerada:

ADPF 154. Feto anencéfalo. Aborto. Voto do Relator [...] Cumpre rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dubio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevida extrauterina. [...] A mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação. Ainda que os órgãos de anencéfalos fossem necessários para salvar vidas alheias - premissa que não se confirma, como se verá -, não se poderia compeli-la, com fundamento na solidariedade, a levar adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de toda ordem. Caso contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à condição de humana. [...] Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no *Habeas Corpus* n° 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 - Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental. Relator Ministro: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília 10 maio, 2013b.

⁴⁰⁵ ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 292. v.1.

⁴⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 - Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental. Relator Ministro: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília 10 maio, 2013b.

No conflito da interrupção da gravidez de feto anencéfalo gerado por maternidade de substituição, a relação materno-filial se estabelece com os autores do projeto parental e não com a doadora temporária de útero⁴⁰⁷, conforme livre exercício do planejamento familiar abordado no capítulo 1, motivo pelo qual, de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia de vontade, o que reforça o parágrafo 2º do art. 2º do Provimento nº 21/2015 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Pernambuco

Na hipótese do parágrafo anterior, não será considerado, para o conteúdo registrário o nome da parturiente, constante da Declaração de Nascido Vivo – DNV, devendo a mesma, pela condição de cedente temporária do útero à gestação programada, expressar, por escrito e com firma reconhecida, o seu consentimento para figurar no assento registral de nascimento a maternidade em nome de outrem.⁴⁰⁸

Ademais, reforça a aceitação do parecer do Conselho da Europa, o qual afirma que pais são os que tiveram a intenção de procriar, que se mobilizaram na busca da gravidez⁴⁰⁹ concluindo-se que fica a cargo da mãe biológica ou socioafetiva a decisão pela interrupção terapêutica do parto de feto anencéfalo, ressaltando que a família é dirigida de forma conjunta uma vez estabelecida a igualdade entre os cônjuges, sendo a direção da família um dever de ambos,⁴¹⁰ o que significa que a decisão fica a cargo do casal ou companheiros, salvo em caso de família monoparental.

4.3 A reprodução humana assistida e a utilização dos embriões excedentários criopreservados por um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros

Diante da extinção do vínculo afetivo entre cônjuges e companheiros surge a dúvida quanto à utilização dos embriões excedentes criopreservados, sendo um dos temas polêmicos que levanta questões éticas e jurídicas na utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

É possível que um dos cônjuges ou companheiros, depois de diluído o vínculo, implantem os embriões excedentes? Podem os ex-cônjuges ou ex-companheiros serem compelidos a assumirem uma paternidade/maternidade não desejada? Qual o alcance do termo de consentimento livre e esclarecido? A fertilização *in vitro* homóloga e heteróloga

⁴⁰⁷ BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 64.

⁴⁰⁸ PERNAMBUCO. Poder Judiciário do Estado de Pernambuco. Corregedoria Geral da Justiça. *Provimento N. 21 /2015*. Recife, 4 nov. 2015.

⁴⁰⁹ BADALOTTI, Mariângela. *Bioética e reprodução assistida*. Rio Grande do Sul: PUCRS, 2015.

⁴¹⁰ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito de família: introdução, direito matrimonial* 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. v. 1.

alcança a mesma decisão jurídica? Existem diferenças entre os embriões criopreservados com projeto parental para posterior transferência ou apenas criopreservados pelo hiperestímulo ovariano sem planejamento de utilização posterior? Qual o reflexo na decisão da parentalidade?

A Resolução do CFM nº 2.121/2015 é clara no sentido da criopreservação dos embriões excedentários ao colocar que, no momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, quer em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. A quantidade de embriões gerada na reprodução assistida deve ser comunicada aos pacientes, que decidem quantos serão transferidos de imediato e quantos serão criopreservados, uma vez que às clínicas é permitida a criopreservação.

Ocorre que, a Resolução CFM nº 2.121/2015⁴¹¹ faz menção ao destino dos embriões excedentários criopreservados quando o casal ou companheiros estão em comum acordo com o feito. Os embriões serão utilizados, descartados⁴¹², doados ou criopreservados. Questiona-se se a declaração de vontade poderá ser revogada por uma das partes.

De acordo com o Enunciado do Conselho da Justiça Federal nº 107, da I Jornada de Direito Civil de 2002:⁴¹³

Art. 1597, IV: finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.

O inciso IV do art. 1.597 trata dos embriões excedentários decorrentes de reprodução artificial homóloga. Os embriões excedentários devem ter origem biológica associada ao ex-casal ou ex-companheiro. De acordo com o enunciado, a autorização prévia será revogada, mas não faz menção ao desacordo posterior entre cônjuges e companheiros.

O direito ao destino dos embriões excedentários é ponto de conflito, motivo a mais para o prejuízo da não regulamentação da matéria no ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que, de acordo com o inciso III do art. 1.597 do Código Civil vigente: "Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III - havidos por fecundação

⁴¹¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

⁴¹² De acordo com a Resolução CFM nº 2.121/2015, os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, não sendo obrigatória a utilização dos embriões em pesquisas de células-tronco, conforme Lei de Biossegurança.

⁴¹³ JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., 2002. *Anais...* Brasília: CNJ, 2002.

artificial homóloga, mesmo que falecido o marido". Observa-se que o art. trata de "fecundação artificial", o que não existe, pois o ato da fecundação é sempre natural, uma vez que a formação do zigoto depende da união do óvulo e do espermatozoide. Artificial é a promoção do encontro das células reprodutivas.⁴¹⁴

No art. 1.597 do Código Civil, o legislador tratou apenas dos filhos havidos na hipótese de casamento, descartando a união estável.

Em específico no inciso III, o legislador não tratou da reprodução assistida heteróloga e não exigiu para a reprodução assistida homóloga a autorização prévia específica do falecido. Ademais, o inciso IV, do mesmo art. não limita a utilização da técnica *post mortem* de forma temporal, ao contrário, presume que são filhos havidos na constância do casamento os "havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga".⁴¹⁵

Ora, os embriões excedentários podem ser homólogos ou heterólogos, fazendo relativa a presunção referida no art. 1.597, pois são pacientes das técnicas de reprodução assistida também pessoas solteiras, homoafetivas e casais que necessitam de doação de gametas ou embriões.

Ademais, a delimitação do inciso IV do art. 1.597 é restrita aos embriões excedentários, havendo presunção de filiação apenas para os embriões excedentários, desconsiderando o material genético já recolhido e ainda não transformado em embrião, devendo aplicar o princípio de que "quem pode mais pode menos".⁴¹⁶

O inciso V do mesmo art. 1.597 do Código Civil prevê que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos "havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido." Vê-se que o inciso afirma a sobreposição do parentesco socioafetivo em detrimento do parentesco biológico, no entanto, restringe-se à inseminação artificial dentre todas as técnicas de reprodução humana assistida.

No princípio da autonomia individual, protege-se qualquer conduta que não prejudique a terceiro.⁴¹⁷

De acordo com a Resolução RDC nº 23, de 27 de maio de 2011, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, os bancos de células e tecidos germinativos têm de fornecer

⁴¹⁴ PISETTA, Francieli. *Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. p. 66.

⁴¹⁵ JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., 2002. *Anais...* Brasília: CNJ, 2002.

⁴¹⁶ PISETTA, Francieli. *Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. p. 67.

⁴¹⁷ CASADO, María. (Org.). *Sobre a dignidade e os princípios: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO*. Tradução: Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2013. p. 237-238.

informações mais detalhadas à ANVISA.⁴¹⁸

Em direito comparado, recente e público conflito ocorre entre os colombianos Sofia Vergara e Nick Loeb. O ex-noivo propôs ação judicial contra a atriz e ex-noiva requerendo o direito ao destino dos embriões criopreservados, pois desejava gerar os embriões através de maternidade de substituição. Ocorre que a atriz e ex-noiva assim não desejava, quer que os embriões sejam descartados. O requerente afirmava que, se tivessem tido as filhas (tratava-se de embriões de duas meninas), a guarda seria compartilhada e não aceita o descarte. Nesse caso, o contrato assinado pelo casal não especificava o que deveria ser feito em caso de separação.⁴¹⁹

A disputa referente à custódia envolve problemas referentes à paternidade, sem descartar a possibilidade de restabelecimento da união do casal. Dar a um dos pais o direito à utilização dos embriões excedentários criopreservados pelos ex-cônjuges ou ex-companheiros seria liberar o outro das responsabilidades legais para com a criança, ou o vínculo se concretiza com a formação do embrião? O termo de consentimento livre e esclarecido informado pode ser revogado por uma das partes que não deseja levar a gravidez a termo. No direito à negação da parentalidade biológica em conflito com o direito do ex-cônjuge ou ex-companheiro em levar a gravidez a termo, pesa o direito de proteção da vida da criança que está por nascer através do embrião criopreservado.

O direito a não querer que os embriões sejam gerados envolve não somente o cancelamento das obrigações legais para com a criança, mas também o direito ao descarte dos embriões como forma de perpetuar a não concretização do vínculo biológico.

A Suprema Corte do Tennessee, Estados Unidos, em 1992, no que se refere à utilização de embriões excedentários pós dissolução da sociedade conjugal, apresentou o caso *Davis v. Davis*. A disputa foi decidida em favor do marido Junior Lewis Davis, que decidiu descartar os embriões com a objeção da ex-esposa, Mary Sue Davis. A decisão abriu um leque para a solução de litígios semelhantes nos Estados Unidos. O tribunal entendeu por seguir a vontade dos que contribuem com óvulos e espermatozóides para criar os embriões. Em caso de litígio, o primeiro documento a ser observado é o Termo de Consentimento Livre e Informado, e na ausência dele deverá ser pesado os interesses das partes em favor de quem pretende evitar a

⁴¹⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *RDC/ANVISA n° 23, 27 de maio de 2011*. Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências. Brasília: ANVISA, 2011.

⁴¹⁹ LOEB, Nick. Sofia Vergara's *Ex-Fiancé*: Our Frozen Embryos Have a Right to Live. New York: Times, 29 Apr. 2015.

procriação.⁴²⁰

Outro caso relevante é o *Kass v. Kass*, ocorrido em Nova York, Estados Unidos, no qual o casal tinha o Termo de Consentimento Livre e informado assinado por ambos estipulando que, no caso de separação, nenhum dos dois, de forma isolada, poderia fazer uso dos embriões, e estes poderiam ser utilizados para pesquisa. Quando o casal se separou a ex-esposa procurou cancelar o Termo de Consentimento e proceder à implantação, com decisão favorável em primeira instância. Entretanto, o Tribunal de Recurso de Nova York decidiu que o Termo deveria ser mantido e aos embriões deveria ser dado o destino previsto.⁴²¹

Em Israel, 1996, o caso *Nachmani v. Nachmani* - 50 (4) PD 661 (Isr) apresentou um casal israelense sem filhos que decidiu se submeter a fertilização *in vitro* visando contratar maternidade de aluguel na Califórnia, uma vez que a esposa não conseguia levar a gravidez a termo. O casal, então, assinou o acordo com a mulher que cedeu o útero, no entanto não fez o termo de consentimento para coordenar o destino dos embriões em caso de separação. A esposa teve seus últimos onze óvulos extraídos e fecundados com o esperma do marido, no entanto, antes dos embriões serem implantados no útero da maternidade de substituição, o casal se separou. O ex-marido foi ter filhos com outra mulher e se opôs à utilização dos embriões. O Tribunal Distrital decidiu em favor da ex-mulher entendendo que o acordo com a mãe de substituição não poderia ser retirado. Posteriormente, cinco juízes da Suprema Corte, reverteu a decisão em defesa do direito fundamental de não ser pai. O Supremo Tribunal reexaminado o caso, com onze juízes, decidiu, por sete votos a quatro, a favor da mulher. Os juízes em sua maioria decidiram que o interesse da ex-mulher prevalecia diante da falta de alternativas para alcançar a maternidade. Os demais juízes manifestaram-se no sentido da ex-mulher ter à época conhecimento da necessidade de consentimento do marido em todas as fases, entendendo, no caso, necessário o consentimento do ex-marido antes da obrigação de paternidade ser imposta a ele⁴²².

No caso *Evans*, em 2000, *Evans* foi diagnosticada com câncer nos ovários e, antes de retirá-los, submeteu-se ao procedimento de fertilização *in vitro* com seu companheiro à época, produzindo os embriões. Após a separação, em 2002, o ex-companheiro notificou a clínica e declarou a pretensão da destruição dos embriões congelados. Ao ter conhecimento da revogação do termo de consentimento, *Evans* requereu o direito de uso dos embriões, no

⁴²⁰ CHAPMAN, Jennifer E.; ZHANG, Mark. *Davis v. Davis* (1992). Arizona: Embryo, 2015.

⁴²¹ KEYWORDS Brock Heathcotte. *Kass v. Kass [Brief]* (1998). New York: Embryo Project Encyclopedia, 1998.

⁴²² LEVUSH, Ruth. Israel: Reproduction and Abortion: Law and Policy. *The Law Library of Congress, Global Legal Research Center*. Feb. 2012

entanto o ex-companheiro havia revogado a utilização dos embriões do casal. Iniciou-se, pois, um processo judicial nos tribunais ingleses, que não deram provimento à pretensão de Evans de ver suprida a falta de consentimento do ex-companheiro para a utilização e continuação do armazenamento dos embriões. A lei inglesa (Lei de 1990 – the 1990 Act) prevê a destruição dos embriões quando o ex-companheiro revoga o termo de consentimento, o que levou a nenhum dos fundamentos utilizados por Evans ser suficiente para afastar a aplicação da lei inglesa e permiti-la fazer uso dos embriões criopreservados.⁴²³

Mario Luiz Delgado questiona se é admissível a mulher decidir pela implantação do embrião excedentário posteriormente à dissolução do casamento, compelindo o ex-marido a assumir uma paternidade.⁴²⁴

O ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de regulamentação específica para a utilização dos embriões excedentes por ex-cônjuges e ex-companheiros, no entanto, de acordo com o art. 6º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2005,⁴²⁵ qualquer intervenção médica deve ser realizado com consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa, em causa, poder retirá-lo a qualquer momento e por qualquer razão.

Na fertilização *in vitro* homóloga, o termo de consentimento livre e informado exigido do cônjuge ou companheiro busca uma proteção ao conflito de interesses que advém da extinção do vínculo entre eles.

A Resolução CFM nº 2.121/2015⁴²⁶ prevê que

O consentimento livre e esclarecido informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. 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 informado 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.

No momento da criopreservação de gametas e embriões, a Resolução CFM nº 2.121/2015 exige dos pacientes a expressão da sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões excedentes criopreservados em caso de divórcio.

⁴²³ PORTUGAL. Procuradoria Geral da República. Sumários de Jurisprudência. *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Lisboa, 2006.

⁴²⁴ DELGADO, Mário Luiz. O novo código Civil e a inseminação artificial. *Revista Prática Jurídica*, São Paulo, v. 1, n. 1, abr. 2002.

⁴²⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. [S. l.]: UNESCO, 2005.

⁴²⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

Segundo art. 17 e art. 18 da Resolução RDC nº 23/2011⁴²⁷, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido deve ser obtido antes da coleta da amostra e deve conter, entre outros: redação em linguagem acessível, contendo autorização para a utilização das técnicas de reprodução humana; autorização para a transferência de embriões; autorização para a criopreservação das amostras e embriões; autorização para a doação de oócitos, para a doação de sêmen e para a doação de embriões com finalidade terapêutica; autorização para descartar as amostras que não atenderem aos critérios para armazenamento ou uso posterior pelo BCTG; autorização da paciente receptora, no caso de recebimento de oócitos doados a fresco; contendo informações sobre o risco de contrair doenças infecciosas.⁴²⁸

Ocorre que, diante do rompimento da sociedade conjugal, as clínicas deveriam manter os embriões excedentes à disposição do casal. No entanto, presente a delonga, não se sabe se as clínicas os mantêm diante do custo de conservação dos embriões a longo prazo, afirmando assim, a vulnerabilidade e a dificuldade na decisão do destino dos embriões excedentários.⁴²⁹

Observa-se que o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido abrange todas as etapas da utilização das técnicas de reprodução: a coleta do material genético; a fertilização *in vitro*; e o implante dos embriões, no entanto, trata-se de saber se pode ser revogado.

Conforme o paradigma constitucional da paternidade responsável previsto no art. 226, § 7º⁴³⁰

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.

De forma a proteger o filho, resguarda-se o sustento e a criação da prole, mas a liberdade dos pais no planejamento familiar por reprodução humana assistida está adstrita a quais fases da utilização da técnica? Na coleta do material genético, na fertilização *in vitro* ou na implantação dos embriões?

O art. 1.566, inciso IV, do Código Civil Brasileiro "São deveres de ambos os

⁴²⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. RDC/ANVISA nº 23, 27 de maio de 2011. Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências. Brasília: ANVISA, 2011.

⁴²⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. RDC/ANVISA nº 23, 27 de maio de 2011. Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências. Brasília: ANVISA, 2011.

⁴²⁹ BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 19-21.

⁴³⁰ BRASIL. Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 jan. 1996.

cônjuges: IV - sustento, guarda e educação dos filhos."⁴³¹

Ademais, o art. 1.694 do Código Civil prevê "Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.".⁴³²

A utilização dos embriões excedentários criopreservados não se restringe à fertilização *in vitro* homóloga, alcançando também a fertilização *in vitro* heteróloga, uma vez que, diante da evolução da biomedicina e do alcance da Resolução CFM nº 2.121/2015,⁴³³ é permitido o uso das técnicas de reprodução humana assistida para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras.⁴³⁴ Além disso, ressalta-se a necessidade de utilização de material genético de terceiros para casais ou companheiros heterossexuais.

Na doação temporária de útero, para a implantação do embrião excedente, de acordo com a Resolução CFM nº 2.121/2015, será necessário o termo de consentimento livre e informado, assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação.

Espantoso, porém real, o caso relatado por Giovanni Berlinguer:

O caso mais distante dessa dimensão de responsabilidade moral é provavelmente aquele da criança dos Estados Unidos que, no pleno respeito das leis, assim que nasceu ficou órfã de cinco genitores, todos vivos. Parece impossível, mas a explicação é simples. Dois deles (nºs 1 e 2), que estão na origem da decisão procriativa, formavam um casal totalmente estéril, desejoso de ter um filho. Dirigiram-se aos bancos de sêmen e de óvulos para obter dos "doadores" (pais nºs 3 e 4) os gametas masculinos e femininos que eram necessários; uma vez realizada com a fecundação *in vitro* a criação de um embrião, contrataram a gestação de uma "mãe substituta" (nº 5). Pouco antes do parto, porém, os genitores contratantes nºs 1 e 2 separaram-se, e declararam que não tinham mais intenção de acolher um filho; a genitora, depois de ter dado à luz honrando assim o compromisso estipulado, afirmou não ter nenhuma intenção de manter o neonato; quanto aos genitores genéticos nºs 3 e 4, já há muito haviam desaparecido no anonimato. Tudo em ordem, então, exceto a perspectiva do recém-nascido.⁴³⁵

No conflito da utilização dos embriões criopreservados entre ex cônjuges e ex

⁴³¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

⁴³² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

⁴³³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 de julho de 2015.

⁴³⁴ Desde que respeitado o direito de objeção de consciência do médico.

⁴³⁵ BERLINGUER, Giovanni. *Bioética cotidiana*. Tradução de Lavínia Bozzo Aguilar Porciúncula. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. p. 37-38.

companheiros, uma vez que o termo de consentimento livre e informado pode ser revogado até o momento do implante dos embriões, o que parece mais adequado seria a criopreservação compulsória não somente de embriões, mas também de óvulos e espermatozóides como forma de evitar futuros conflitos.

Há posicionamento doutrinário no sentido de priorizar a utilização pelos ex-cônjuges e ex-companheiros em detrimento do descarte. A destruição do embrião ou a sua criopreservação infinita não pode prevalecer, mesmo que dissolvida a sociedade conjugal.⁴³⁶ Observa-se que a presente doutrina não observa o princípio do melhor interesse da criança.

Faz-se importante salientar que na utilização dos embriões excedentários após dissolvida a sociedade conjugal, a busca da decisão jurídica correta não está entre dar à luz aos embriões com parentalidade unilateral, descartá-los ou criopreservá-los de forma indefinida. A questão está em analisar os prejuízos da relação unilateral de parentalidade oferecida a esta criança.

Sendo o conhecimento da origem biológica um direito fundamental da personalidade, mesmo que a parentalidade seja estabelecida de forma unilateral, haverá nesta relação a rejeição exposta da criança diante do direito de impugnação da parentalidade por parte de quem não a planejou.

Mesmo que o termo de consentimento livre e informado traga de forma expressa o procedimento a ser adotado em caso de dissolução da sociedade conjugal, ainda assim prevalece o princípio do melhor interesse da criança.

A lei não traz a possibilidade de revogação do termo de consentimento livre e informado, no entanto, a doutrina, prevê que o termo pode ser revogado até que o embrião seja implantado no útero de uma mulher.⁴³⁷

Nesse contexto, apresentado o problema jurídico e a composição da intencionalidade normativa do direito, a decisão jurídica correta se orienta no sentido de não permitir a utilização dos embriões criopreservados por ex-cônjuges e ex-companheiros, de forma a resguardar os interesses da criança.

4.4 A possibilidade de implantação de embrião ou gameta sem autorização expressa do *de cujus* na reprodução assistida *post mortem*

⁴³⁶ BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 75.

⁴³⁷ BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 78.

Diante da possibilidade da utilização da técnica de reprodução humana assistida *post mortem* homóloga e heteróloga, desde que presente o termo de consentimento livre e informado do *de cuius*, o problema jurídico em questão refere-se à possibilidade de reprodução humana assistida *post mortem*, sem menção no termo, apenas como destino diverso aos embriões excedentes.

Os aspectos jurídicos, sobre a filiação e a sucessão na reprodução humana assistida *post mortem* homóloga e heteróloga, demonstram uma percepção, conforme será demonstrado, de conclusão de aceitação da interferência humana no processo reprodutivo, desde que respeitados os princípios norteadores do exercício do planejamento familiar. A questão se pauta na presença ou ausência de previsão da técnica no termo de consentimento livre e informado do *de cuius*.

Existem bens da personalidade física e moral do *de cuius* que não cessam com a morte e continuam a influir no curso social, perpetuando-se nas relações jurídicas. O direito fundamental à personalidade do *de cuius* está relacionado com a sua vontade em vida.⁴³⁸

Na reprodução humana assistida *post mortem*, encontram-se conflitos entre autonomia e dignidade humana, que envolvem o direito à mulher de ter filhos, o do respeito ao consentimento expresso do falecido para a realização do procedimento, direito da mulher em dispor do embrião após a morte do marido.⁴³⁹

A forma como o problema é definido já aponta para qual solução jurídica é adequada. O modo como o problema é colocado já indica a solução jurídica que irá se encontrar. A questão é argumentar e racionalizar a solução. O problema traz, além da questão jurídica, questionamentos científicos, religiosos e morais. A decisão jurídica correta está em busca da definição da possibilidade de utilização da reprodução humana assistida *post mortem* sem o termo de consentimento livre e informado. A questão está relacionada com a autonomia da vontade do *de cuius*.

Historicamente, o caso em 1984, na França, Corine Richard e Alain Parpalaix tinham um relacionamento. Alain Parpalaix descobriu um câncer nos testículos, motivo pelo qual procurou um banco de sêmen e deixou depositado seu material genético para uso futuro. A esposa Corine, dias após o casamento, vivenciou a morte do marido, procurando então o banco de sêmen para se submeter à inseminação artificial. O banco de sêmen negou o pedido, levando ao início de uma demanda judicial, decidindo o tribunal francês pela condenação do

⁴³⁸ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 189.

⁴³⁹ VENTORINI, Thalita Rosado. *Os Direitos fundamentais na procriação: medicamento assistida post mortem*. Universidade de Coimbra: Coimbra, 2014. p. 65.

banco de sêmen, o que, no entanto, não foi suficiente uma vez que a demora na solução do processo fez com que os espermatozóides não estivessem mais aptos para concluir a fecundação. O caso se tornou um marco na discussão do material coletado para utilização após a morte do doador.⁴⁴⁰

De acordo com a Resolução CFM nº 2.121/2015,⁴⁴¹ a reprodução assistida *post mortem* é permitida desde que haja autorização prévia específica do falecido para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. No mesmo sentido, o art. 4º do Provimento nº 21/2015 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Pernambuco. “Na hipótese de registro de nascimento decorrente de reprodução assistida *post mortem*, em consonância com a legislação vigente, [...] deve ser apresentada Declaração ou Termo de Autorização de uso do material biológico do falecido(a), com firma reconhecida”.⁴⁴²

A autonomia da vontade, neste ato representada pela autorização prévia específica do falecido, pode ser concretizada pela pessoa ou por outra pessoa em sua representação.⁴⁴³

A doutrina se manifesta no respeito à personalidade humana *post mortem*, no sentido de que existem bens da personalidade física e moral do *de cuius* que continuam a influenciar o curso social e permanecem no mundo das relações jurídicas sendo autonomamente protegidos.⁴⁴⁴

Trata-se do uso dos embriões que se encontram em laboratório à mercê do destino. Afinal, os direitos da personalidade cessam com a morte? E quanto à titularidade dos direitos fundamentais *post mortem*? Qual o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado pela Constituição da República de 1988 como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito?

Conforme abordado, de acordo com o art. 1597 do Código Civil de 2002, “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido e V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.⁴⁴⁵

⁴⁴⁰ COCO, Bruna Amarijo. *Reprodução assistida post mortem e seus aspectos sucessórios*. [S. l.]: E-Gov., 17 maio 2012.

⁴⁴¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015.

⁴⁴² PERNAMBUCO. Poder Judiciário do Estado de Pernambuco. Corregedoria Geral da Justiça. *Provimento N. 21 /2015*. Recife, 4 nov. 2015.

⁴⁴³ CASADO, María. (Org.). *Sobre a dignidade e os princípios: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO*. Tradução: Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2013. p. 265.

⁴⁴⁴ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 189.

⁴⁴⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília,

O Enunciado do Conselho da Justiça Federal nº 106, da I Jornada de Direito Civil, de 2002 traz:

Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Necessária é a atenção ao princípio constitucional da igualdade, para a possibilidade de requerimento da técnica pelo homem, uma vez que a CR/1988 estabelece a igualdade entre homens e mulheres nas relações familiares, conforme art. 226, § 5º “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.⁴⁴⁶ No entanto, o Código Civil faz menção à palavra “marido” no art. 1597, incisos III e V. O que não significa que somente a viúva pode se submeter ao procedimento em respeito ao princípio constitucional de igualdade.

Observa-se que o ordenamento jurídico já acolheu a técnica de reprodução humana assistida homóloga *post mortem*, com material genético do próprio marido/esposa, companheiro/companheira, parceiro/parceira, desde que presente o termo de consentimento livre e informado. O conflito encontra-se na possibilidade de utilização do material biológico criopreservado heterólogo sem a autorização expressa do *de cujos*. A coleta do material, em laboratório, pode ou não ser entendida como autorização prévia? Fere o direito do *de cujos*? Qual a extensão da condição de viúvo (a)?

A titularidade dos direitos fundamentais é nítida para os embriões em fase gestacional, no entanto, para os embriões excedentes da reprodução assistida não o é. A titularidade dos direitos fundamentais tampouco foi abordada em todos os votos da ADI nº 3510/DF, julgada utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa.⁴⁴⁷

Em direito comparado, a sentença Mefisto do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha estabeleceu que não cessa com a morte a obrigação do Estado em tutelar a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade inerentes ao(à) falecido(a).⁴⁴⁸

Em uma leitura atenta ao inciso II do mesmo art. 1.597 do Código Civil, "Presumem-

11 jan. 2002.

⁴⁴⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

⁴⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 226-227.

⁴⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 228.

se concebidos na constância do casamento os filhos: II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento."⁴⁴⁹ Ora, caso o cônjuge tenha dado no ato do recolhimento do material genético a autorização para o uso de material biológico criopreservado, não se pode excluir a hipótese de logo após a sua morte a mulher poder fazer uso do material genético criopreservado para gerar uma criança.

A reprodução humana assistida *post mortem* heteróloga é o reflexo das diversas formas de relações familiares no exercício de liberdade do direito fundamental ao planejamento familiar. Diante do termo de consentimento livre e informado do *de cujus*, respeitado o princípio de igualdade, conforme doutrina, “os embriões excedentários decorrentes de fertilização heteróloga também devem ser protegidos pela presunção de paternidade, caso haja consentimento expresso do *de cujus*, possibilitando a implantação desses embriões heterólogos mesmo após sua morte”.⁴⁵⁰

O art. 1.798 do Código Civil Brasileiro garante direitos sucessórios “às pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”,⁴⁵¹ deixando de fora os filhos da reprodução humana assistida *post mortem*.

O Enunciado nº 267 da III Jornada de Direito Civil⁴⁵² prevê que

a regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição de herança.

Ocorre que o art. 227, § 6º da CR/1988 enuncia o princípio constitucional de igualdade entre filhos, determinando que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”⁴⁵³

Neste entendimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no art. 20, estabelece que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, terão os

⁴⁴⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

⁴⁵⁰ BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 107.

⁴⁵¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

⁴⁵² JORNADA DE DIREITO CIVIL, 3., 2004 nov. 01-03, Brasília; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado (Coord.). *Anais...* Brasília: CJF, 2005.

⁴⁵³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”⁴⁵⁴

Conforme apresentado, é forçoso esclarecer que não se trata de problema jurídico ser filho de pessoa morta, no entanto, é preciso considerar o art. 8º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 19 de outubro de 2005,⁴⁵⁵ referente ao respeito pela vulnerabilidade humana e pela integridade individual que diz

Na aplicação e no avanço do conhecimento científico de práticas médicas e de tecnologias associadas, deve ser levada em consideração a vulnerabilidade humana. Os indivíduos e os grupos particularmente vulneráveis devem ser protegidos, e a integridade individual de cada um deve ser respeitada.

Diante do caso da parentalidade *post mortem*, importante ressaltar o princípio da autonomia individual do pretense pai (mãe), que criopreserva seu material genético e permite sua futura utilização mediante autorização específica. A doutrina pontua que "um cidadão seja portador de direitos, não pode esquecer-se que a vida de cada pessoa sempre se desenrola em relação com outros membros da comunidade"⁴⁵⁶.

No conflito da reprodução humana assistida *post mortem*, assim como nos demais já apresentados, a vida que está por vir tem peso diferenciado em detrimento do desejo do cônjuge ou companheiro viúvos. Assim também o será em relação aos avós que querem dar a vida a um neto de filho falecido.

O princípio do melhor interesse da criança e o direito de igualdade entre filhos são fundamentos e critérios a serem observados. A decisão jurídica correta, diante da falta do termo de consentimento livre e informado, para a reprodução humana assistida *post mortem* será a não permissão por respeito à autonomia de vontade do *de cuius* somado à subjetividade da reprodução humana assistida *post mortem* heteróloga, que pode causar danos à criança sem a manifestação de vontade do pai (mãe).

⁴⁵⁴ BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 jul. 1990.

⁴⁵⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. [S. l.]: UNESCO, 2005.

⁴⁵⁶ NUNES, Rui. *Genética*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 33.

CONCLUSÃO

O progresso das tecnologias reprodutivas, fazendo da sua utilização uma realidade cotidiana, que estabelece igualdade de oportunidades para pessoas estéreis e inférteis, tem implicações jurídicas na reprodução humana assistida homóloga e heteróloga, motivo pelo qual é necessário conhecer e compreender o descompasso entre a evolução científica nas ciências biomédicas e a falta de regulamentação delas pelo direito.

No livre exercício do direito fundamental ao planejamento familiar, que abrange desde a contracepção até o auxílio mediante recurso às técnicas de reprodução humana assistida como forma de efetivação do projeto parental, está o modelo democrático de família, previsto na Constituição da República de 1988.

A utilização das técnicas de reprodução humana assistida abrange todas as pessoas heterossexuais, homossexuais e solteiros. O tema envolve desde a possibilidade da maternidade de substituição, criopreservação de gametas e embriões, doação compartilhada de óvulos, fertilização *post mortem*, descarte de embriões até a alternativa de seleção genética para evitar doenças hereditárias.

Para além da necessidade de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, a presente pesquisa enfrentou como problema a possibilidade da aplicação da metodologia jurídica jurisprudencialista de António Castanheira Neves como forma de solucionar os conflitos advindos da utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

Conforme abordado, a reprodução humana assistida não é regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, contando apenas com a orientação da Resolução do Conselho Federal de Medicina CFM nº 2.121/2015, norma deontológica a ser seguida pelos médicos.

Nesse contexto, foram apresentados quatro conflitos em busca de decisões jurídicas corretas:

- a) o conflito do conhecimento da origem biológica como direito fundamental à personalidade na reprodução assistida;
- b) o conflito da interrupção da gravidez de feto anencéfalo gerado por maternidade de substituição;
- c) o conflito da utilização dos embriões excedentários criopreservados por um dos cônjuges ou ex-companheiros; e
- d) o conflito da possibilidade de implantação de embrião ou gameta sem autorização expressa do *de cujus* na reprodução assistida *post mortem*.

Importa salientar que a fórmula metodológica proposta foi uma forma de evitar a subjetividade e cumprir, de acordo com o pensamento de António Castanheira Neves, com a obrigação do direito de dar uma resposta, o que não significa que exista uma única decisão jurídica correta, uma vez que a mediação dialética parte do problema jurídico prático.

Na metodologia apresentada, a mediação dialética deve ser coerente e justificada. O sistema deve ser compreendido como a intencionalidade normativa do direito, abrangendo normas, princípios, jurisprudência e doutrina e o problema como a intencionalidade problemática do caso concreto, que interroga o sistema, estabelecendo uma relação circular.

Mesmo que o sistema jurídico não disponha de uma regra, de uma norma aplicável para a reprodução humana assistida, diante da aplicação da metodologia, do questionamento do problema para o sistema, na mediação dialética entre sistema e problema, na busca da decisão jurídica correta, alimenta-se o sistema, na racionalidade prática normativa. A maior parte do direito não está nos textos legais. Existe uma unicidade de sentido. Uma autonomia em relação a todos os outros sistemas, político, econômico, social, ético, religioso, entre outros.

Na busca da decisão jurídica correta para os problemas apresentados, o ponto de partida, para todos os conflitos foi classificar os problemas como problemas jurídicos. Na sequência, o problema questiona o sistema e na determinação da intencionalidade normativa do sistema, diante da falta de regulamentação específica da reprodução humana assistida no Brasil, o direito pôde ser realizado por autônoma constituição normativa, através das condições constitutivas da emergência do direito, sendo elas: a condição mundano-social ou mundanal, em que ocorre a existência humana diante da unicidade do mundo e da pluralidade dos homens, uma vez que não há como habitar o mundo sem a mediação com outros homens, pois o homem existe coexistindo; a condição antropológico-existencial, que analisa o homem e o mundo em que ele habita; e a condição ética, que confere ao direito o sentido de direito e garante a sua autonomia.

Diante de problemas jurídicos novos, como os apresentados na presente pesquisa, a realização prática do direito se deu na mediação dialética entre sistema e problema. Utilizando-se do sistema composto por normas, princípios positivos, transpositivos e suprapositivos, jurisprudência e doutrina e dos problemas práticos definido pela experiência histórica.

Para o conflito do conhecimento da origem biológica como direito fundamental à personalidade na reprodução humana assistida, a decisão jurídica correta se estabeleceu no sentido do direito fundamental à origem biológica prevalecer sobre o direito ao sigilo por

parte do doador em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a identidade pessoal é um bem jurídico fundamental e o conhecimento da origem biológica não estabelece uma relação de parentalidade.

Para o conflito da interrupção da gravidez de feto anencéfalo gerado por maternidade de substituição, a decisão jurídica correta é estabelecida na mediação dialética, uma vez que a parentalidade se estabelece com quem quis a criança e não com quem doa temporariamente o útero, está na determinação da mãe biológica ou socioafetiva como responsável pela decisão da interrupção terapêutica do parto de feto anencéfalo. Ademais, qualquer tipo de decisão sobre a interrupção da gestação de feto anencéfalo, se entendida que pertence aos pais biológicos e socioafetivos e não à mãe de substituição, é um objeto de acordo sobre a orientação da vida a dois e deve ser estabelecido pelo casal ou companheiros, salvo em caso de pessoas solteiras.

Para o conflito da utilização dos embriões criopreservados entre ex-cônjuges e ex-companheiros, uma vez possível a revogação do termo de consentimento livre e informado até o momento do implante dos embriões, a decisão jurídica correta se orientou pela impossibilidade da utilização dos embriões criopreservados em atenção ao melhor interesse da criança.

Para o conflito da possibilidade de implantação de embrião ou gameta sem autorização expressa do *de cuius* na reprodução assistida *post mortem*, foi necessário observar fundamentos e critérios, como o princípio do melhor interesse da criança e o direito de igualdade entre filhos. A decisão jurídica correta se orientou pela não permissão da técnica, por respeito à autonomia de vontade do *de cuius*, pela subjetividade da reprodução humana assistida *post mortem* heteróloga e por possíveis danos à criança diante da falta de manifestação de vontade do pai (mãe).

As soluções propostas podem não coincidir com aquelas que possibilitarão chegar a uma situação concreta porque a metodologia para alcançar a decisão jurídica correta parte do problema jurídico para então estabelecer a relação dialética entre o problema, que é o caso concreto, e o sistema, que é determinado pela experiência histórica do problema e é composto por normas, princípios, doutrina e jurisprudência.

O trabalho em questão não foi um estudo de caso. O fato de um caso concreto poder chegar a uma solução diversa não invalida a metodologia apresentada. O trabalho é teórico. Seu compromisso é com o método e não com o resultado. A proposta foi apresentar um caminho para uma possível solução dos conflitos através do método, para afirmar que é possível, com o uso da metodologia jurídica jurisprudencialista de António Castanheira

Neves, enfrentar os problemas da procriação assistida.

A pesquisa não busca pela normatização da matéria e sim pela realização prática do direito através da decisão jurídica correta através da mediação dialética entre sistema e problema, para os casos práticos advindos da utilização das técnicas de reprodução humana assistida. Para António Castanheira Neves, a maior parte do direito não está nos textos legais.

A problemática do mundo concreto dá sentido ao direito. E o sentido do direito dá sentido ao problema prático. A autonomia do direito é necessária para que os conflitos advindos da utilização das técnicas de reprodução humana assistida não se restrinjam a problemas de saúde.

É o direito que busca o seu sentido que não está no próprio direito, que decide juridicamente sem legislação específica no ordenamento jurídico, que tem seu sentido determinado pela forma exógena, pela outra dimensão da experiência e que parte da realidade do problema prático para então realizar-se, aberto à contingência histórico-cultural da comunidade, para definir-se de forma autônoma e inacabada, que busca no sistema a resposta da pergunta feita pelo problema. É o sentido do direito como direito afirmado na condição ética das condições de emergência do direito.

É na circularidade da realização prática deste direito que o sistema é um processo de alimentação contínuo, em que existe uma racionalidade prático-normativa, na mediação dialética entre sistema e problema se faz possível afirmar que a metodologia jurídica jurisprudencialista de António Castanheira Neves pode ser aplicada na busca da decisão jurídica correta para os conflitos provenientes da utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

REFERÊNCIAS

AGENCIA ANSA. Reprodução assistida obtém nova vitória na Itália: corte permitiu seleção de embriões para evitar doenças genéticas. *Jornal do Brasil*, 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/internacional/noticias/2015/11/11/reproducao-assistida-obtem-nova-vitoria-na-italia/>>. Acesso em: 8 jan. 2016.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Tipagem HLA*. Brasília: ANVISA, 2009. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/home/sanguetecidoorgaos!/ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnd0cPE3MfAwN3f1dLA0__IEvLUE9DYwMDc_2CbEdFAPf30UY!/?1dmy&urile=wcm%3Apath%3A/anvisa+portal/anvisa/inicio/sangue+tecidos+e+orgaos/publicacao+sangue+tecidos+e+orgaos/tipagem+hla> Acesso em: 26 dez 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *RDC/ANVISA nº 23, 27 de maio de 2011*. Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências. Brasília: ANVISA, 2011. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/d3f7c4804986e29a8e51ff4ed75891ae/RDC_23_2011.pdf?MOD=AJPERES> Acesso em: 26 dez 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *RDC/ANVISA nº 33, de 6 de fevereiro de 2006*. Aprova o Regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos. Brasília: ANVISA, 2006. Disponível em: <http://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/RDC_33.pdf> Acesso em: 26 dez 2015.

ALMEIDA, Susana. *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem: a tutela das novas formas de família*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ALVES, José Eustáquio Diniz. *O planejamento familiar no Brasil*. [S. l.]: UFRJ, 5 jun. 2010. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/texto_pf_jeda_05jun10.pdf> Acesso em: 05 fev 2015.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico - Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2005. v.1.

ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2008. v.2.

ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2009. v.3.

ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2012. v.4.

CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO, 1., 2013. GOUVEIA, Jorge Bacelar et al. (Org.). *Anais...* Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Academia Paulista

de Magistrados, Instituto do Direito da Língua Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2014.

BADALOTTI, Mariângela. *Bioética e reprodução assistida*. Rio Grande do Sul: PUCRS, 2015. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/bioeticaereproducao.pdf>> Acesso em 10 nov. 2015.

BALESTERO, Gabriela Soares; BEGALLI, Ana Silva Marcatto. *Estudos de Direito Latino-Americano*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015. v.3.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do genoma humano*. Coimbra: Almedina, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, maio/jun./jul./ago. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

BERLINGUER, Giovanni. *Bioética cotidiana*. Tradução de Lavínia Bozzo Aguilar Porciúncula. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

BOKANY, Vilma; VENTURINI, Gustavo (Org.). *Diversidade sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011.

BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A criança e a família - uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). *Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil*, Rio de Janeiro, 22 de abril de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 16 dez. 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. *Diário Oficial da União*, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 16 dez. 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em: 16 dez. 2015.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 22 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em: 16 dez. 2015.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 19 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 16 dez. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 16 dez. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 dez. 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 dez. 2015.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 16 dez. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 22 dez. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 jan. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 23 dez. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 22 dez. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001(....). *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 mar.2005.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>
Acesso em: 22 dez. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 ago. 2010a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm> Acesso em: 22 dez. 2015.

BRASIL. Lei no 13.045 de 25 de novembro de 2014. Altera as Leis nos 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que “regula o § 7o do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências”, e 10.289, de 20 de setembro de 2001, que “institui o Programa Nacional de Controle do Câncer de Próstata”, a fim de garantir maior efetividade no combate à doença. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 nov. 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113045.htm>. Acesso em: 20 dez. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 95, de 26 de janeiro de 2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 jan. 2001. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2001/prt0095_26_01_2001.html>. Acesso em: 20 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator Ministro: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília 15 ago 2013a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510 - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator Ministro: Ayres Britto. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília 28 maio 2010b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 - Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental. Relator Ministro: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 - Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental. Relator Ministro: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília 10 maio. 2013b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 692.186 - Recurso Extraordinário com Agravo. Relator Ministro: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília 9 set. 2014b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4252676>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

CANEZIN, Claudete Carvalho. O direito dos pais biológicos em registrar seu filho gerado por mãe hospedeira. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do*

poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. v.2.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CASADO, María. (Org.). *Sobre a dignidade e os princípios: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO*. Tradução de Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2013.

CASTANHEIRA NEVES, António. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. CASTANHEIRA NEVES, António. *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Colaço*, Coimbra: Almedina, 2002. p. 837-871. v.2.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010a. v.1.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010b. v.2.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010c. v.3.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010d.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CHAPMAN, Jennifer E.; ZHANG, Mark. *Davis v. Davis (1992)*. Arizona: Embryo, 2015. Disponível em: <<https://embryo.asu.edu/pages/davis-v-davis-1992#sthash.rvvSHvVe.dpuf>> Acesso em: 23 ago. 2015.

COCO, Bruna Amarijo. Reprodução assistida *post mortem* e seus aspectos sucessórios. [S. l.]: E-Gov, 17 maio 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida-post-mortem-e-seus-aspectos-sucess%C3%B3rios>> Acesso em: 13 jul. 2015.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito de família: introdução, direito matrimonial*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. v. 1.

COELHO, Nuno Manuel Margadinho dos Santos. *O Direito como pensamento em A. Castanheira Neves: o Jurisprudencialismo e o princípio da historicidade radical do direito*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/recife/hermeneutica_nuno_m_m_coelho.pdf> Acesso em: 12 jan. 2015.

COELHO, Nuno Manuel Margadinho dos Santos. O princípio ontológico da historicidade radical e o problema da autonomia do direito: ensaio de aproximação filosófica do jurisprudencialismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 47, p. 217-247, 2005.

COELHO, Nuno Manuel Margadinho dos Santos. Pessoa, igualdade (isogoria) e controvérsia: notas sobre o sentido da idéia do direito, (co) fundadora da experiência civilizacional ocidental. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, Ano XXIII, n. 25, p. 183-192, jul./dez. 2007.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.013/2013. *Diário Oficial da União*, 09 maio 2013, Brasília, Seção I, p. 119. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso em: 15 dez. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 2.121/2015. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf>> Acesso em: 15 dez. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 1.957/2010. Brasília, *Diário Oficial da União*, 06 jan. 2011. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm> Acesso em: 15 dez. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 1.358/1992. Brasília, *Diário Oficial da União*, 19 nov. 1992. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. (Revogada pela Resolução CFM nº 1957/2010). Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm> Acesso em: 15 dez. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução Nº 175, de 14 de maio de 2013*. Brasília, CNJ, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.

CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Villela. *Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos*. *Bioética*, v. 9, n. 2, 2001.

COSTA, Ana Maria. Planejamento familiar no Brasil. *Revista Bioética*, Brasília, v. 4, n. 2, jul. 2004, p. 209-215.

DAVIN, Félix; BALZAC, Honoré de. Tradução de Terezinha de Camargo Viana. *Estudos de Costumes no século XIX*. Brasília: Editora UNB, 2007.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Brasília: Destina, 1959. Disponível em: <http://www.destinacaocrianca.org.br/arquivos/arq_175_Declaracao_direitos_crianca.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.

DELGADO, Mário Luiz. o novo código Civil e a inseminação artificial. *Revista Prática Jurídica*. São Paulo, v. 1, n. 1, abr. 2002.

- DEPADT-SEBAG, Valérie. *Direito e bioética*. Lisboa: Edições Piaget, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. Filiação homoparental e reprodução assistida. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, n. 5, 2010.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DRAY, Guilherme Machado. *Direitos da personalidade: anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2006.
- ENGELS, Frederick. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2012.
- FACHIN, Luiz Edson. Famílias – entre o público e o privado. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO. *Anais...* Porto Alegre: Magister, 2012.
- FERNANDES, Silvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FIGO, Tiago. *Tutela juscivilística da vida pré-natal: o conceito de pessoa revisitado*. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.
- FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- FRY, Peter; MACRAE, Edward. *O que é homossexualidade*. 7. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. *Revista de Direito Privado*, São Paulo. v. 18, n. 05, p. 21-41, abr./jun. 2004.
- GOIÂNIA. Tribunal de Justiça. *Ação Civil Pública*. 7ª Vara da Justiça Federal de Goiânia. Processo nº 0013853-33.2013.4.01.3500. Goiânia: TJ, 19 set. 2013. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=13fdad1fd799c655de2dc91e4f3577d6&trf1_captcha=ks5x&enviar=Pesquisar&proc=00138533320134013500&secao=GO> Acesso em: 21 abr. 2015.
- GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. LEITE, Vanessa Gomes. *A crítica jurisprudencialista de Castanheira Neves à tese dos direitos de Ronald Dworkin: um debate sobre o conceito de direito como integridade*. [S. l.]: PuclicaDireito, 2015. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/art.s/?cod=ea4617226119a78d>> Acesso em: 10 maio 2015.
- GRINBERG, Rosana. Planejamento familiar: aspectos médico-ético-legais. *Revista trimestral de jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 29, ano 08, p. 3-35, out./dez. 1984.

GUGLIOTTI, Kristine Barci. *Reprodução artificial: limites necessários*. 2014. 218f. Tese (Doutorado em Direito Civil)– Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

HEBMÜLLER, Paulo. Pesquisadores discutem ganhos e riscos da alteração do DNA humano. *Jornal da USP*, São Paulo, 24 abr. 2015. Disponível em: <<http://www5.usp.br/90912/pesquisadores-discutem-ganhos-e-riscos-da-alteracao-do-dna-humano/>> Acesso em: 20 dez. 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 1, p. 7-17, abr./jun. 1999.

IKAWA, Daniela. Direito a ações afirmativas: princípio da dignidade e concepção de ser humano. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (Coord.) *Direito à diferença: aspectos institucionais e instrumentais de proteção às minorias e aos grupos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013, v.3.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *IBDFAM aprova Enunciados: enunciados serão diretrizes para decisões de família e sucessões* Belo Horizonte: IBDFAM, 27 out. 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados+++>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., 2014. *Anais...* Brasília: CNJ, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., 2002. *Anais...* Brasília: CNJ, 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734>>. Acesso em: 28 dez. 2015.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 3., 2004 nov. 01-03, Brasília; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado (Coord.). *Anais...* Brasília: CJF, 2005. <<file:///C:/Users/User/Downloads/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL.pdf://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734>>. Acesso em: 28 dez. 2015.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 7., 2015 set. 28-29, Brasília; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado (Coord.). *Anais...* Brasília: CJF, 2015. <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados%20aprovados%20-%20VII%20jornada>>. Acesso em: 28 dez. 2015.

KEYWORDS Brock Heathcotte. *Kass v. Kass [Brief] (1998)*. New York: Embryo Project Encyclopedia, 1998. Disponível em: <<http://embryo.asu.edu/handle/10776/1786>> Acesso em: 10 nov. 2015.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*. 4. reimp. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

LABORATORIO francés anuncia que puede crear espermatozoides humanos in vitro. Paris: Eluniverso, 8 Mayo 2015. Disponível em: <<http://www.eluniverso.com/vida->

estilo/2015/05/08/nota/4850316/laboratorio-frances-anuncia-que-puede-crear-espermatozoides>. Acesso em: 14 maio 2015.

LACERDA, Bruno Amaro. Animais como pessoas e dignidade animal. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 17, n. 1, p. 49-64, jul. 2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LEVUSH, Ruth. Israel: Reproduction and Abortion: Law and Policy. *The Law Library of Congress, Global Legal Research Center*. Feb. 2012. Disponível em: <<http://www.law.gov>> Acesso em: 10 nov. 2015.

LEYES de Manu. *Manava-Dharma-Sastra. Instituciones religiosas & Civiles de la Índia*. Santiago de Chile: Ediciones Ercilia, 1941.

LIMA, Karla Barbosa. *Muito prazer: vozes da diversidade*. São Paulo: Ed. do Autor, 2013.

LINDNER, Sheila Rubia; COELHO, Elza Berger Salema; BÜCHELE, Fátima. O discurso e a prática de médicos sobre Direitos Reprodutivos [The speech and the practical one of the doctors on Reproductive Right]. *Saúde & Transformação Social/Health & Social Change*, v. 4, n. 3, p. 98-106, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz. Colisão de direitos fundamentais nas relações de família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO. *Anais...* Porto Alegre: Magister, 2012.

LOCH, Jussara de Azambuja; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. (Org.) *Bioética na atualidade*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2014.

LOEB, Nick. Sofía Vergara's *Ex-Fiancé*: Our Frozen Embryos Have a Right to Live. New York: Times, 29 Apr. 2015. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2015/04/30/opinion/sofiavergaras-ex-fiance-our-frozen-embryos-have-a-right-to-live.html?_r=0> Acesso em: 15 ago 2015.

LOREA, Roberto Arriada (Org.); ORO, Ari Pedro [et al.]. *Em defesa das Liberdades Laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LUZ, Valdemar P. da. *Manual de direito de família*. Barueri: Ed. Manole, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme; PERROTTI, Maria Regina Machado; PERROTTI, Marcos Antônio. Direito do planejamento familiar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 749, n. 87, p. 46-59, mar. 1998.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos 10: igualdade jurídica*. [S. l.]: Do autor, 1991. Disponível em: <<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2011/05/318-direitos-humanos-10-igualdade.html>> Acesso em: 15 abr 2014.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco (Coord.) *Direito à diferença: aspectos institucionais e instrumentais de proteção às minorias e aos grupos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013a. v.1.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco (Coord.) *Direito à diferença: aspectos institucionais e instrumentais de proteção às minorias e aos grupos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013b. v.2.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco (Coord.) *Direito à diferença: aspectos institucionais e instrumentais de proteção às minorias e aos grupos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013c. v.3.

MARTINS, Roberto de Andrade. A vida sagrada: os quatro estágios (âsramas) da vida dos bráhmans In: GNERRE, Maria Lucia Abaurre; POSSEBON, Fabrício (Org.). *Cultura oriental: filosofia, língua e crença*. João Pessoa: Editora Universitária UFPB, 2012. p. 65-100. v. 2.

MAZET, Phillipe; STOLERU, Serge. *Manual de psicopatologia do recém-nascido*. Tradução de Francisco Franke Settineri. Porto Alegre: Editora Artes Médicas Sul, 1990.

MENDES, Antonio Carlos; SILVA, Jefferson de Vasconcelos; Dallari, Sueli Gandolfi. Bioética e Direito. *Bioética – Revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 106-113, 1996.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento N. 0055717-41.2014.4.01.0000/MG. Processo Orig.: 0023725-02.2014.4.01.3803. Relatora Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso. *Diário Oficial da União*, 9 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/81997464/trf-1-09-12-2014-pg-463>> Acesso em: 20 dez. 2015.

MODESTO, Edith. *Entre mulheres: depoimentos homoafetivos*. São Paulo: Edições GLS, 2009.

MONTEIRO, A. Reis. *Direitos da criança: era uma vez....* Coimbra: Almedina, 2010.

MOREIRA, Nelson Camatta; TOVAR, Leonardo Zehuri. Hermenêutica e decisão judicial: em busca de respostas adequadas à Constituição. *Revista creada el*, Peru, 23 de Mayo, 2004. Disponível em: <www.derechocambiosocial.com> Acesso em: 13 ago. 2015.

NEVES, Rodrigo Santos. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. *Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo, v. XIV, n. 73, p. 96-108, ago./set. 2012.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Constituinte: para onde vai a família? *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo, n. 50, p. 5-11, set.-dez. 1987.

NUNES, Rui. *GenÉtica*. Coimbra: Almedina, 2013.

OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira. *Entre a mística do sangue e a ascensão dos afetos: o conhecimento das origens biológicas*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011, v. 23.

OLIVEIRA, Neiva Flávia de. A evolução da pesquisa genética e o novo conceito de família. Limites Bioéticos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 777, p. 57-74, jul. 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948*. Brasília: ONU, 1998. Disponível em:

<<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. [S. l.]: UNESCO, 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

OTERO, Paulo. *Direito da vida: relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino*. Coimbra: Almedina, 2004.

PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. *Responsabilidade civil na reprodução assistida*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

PERNAMBUCO. Poder Judiciário do Estado de Pernambuco. Corregedoria Geral da Justiça. *Provimento N. 21 /2015*. Recife, 4 nov. 2015. Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Provimento%20n%2021-2015%20%20DJE%2004%2011%202015%20-%20pags%20%20161-162\(1\).pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Provimento%20n%2021-2015%20%20DJE%2004%2011%202015%20-%20pags%20%20161-162(1).pdf)>. Acesso em: 19 dez. 2015.

PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

PISETTA, Francieli. *Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

PONTIFÍCIO CONSELHO PARA FAMÍLIA. *Léxico da família: termos ambíguos e controversos sobre família, vida e aspectos éticos*. Portugal: Príncípia, 2010.

PORTAL DA SAÚDE. *Detalhes: mais sobre saúde da mulher*. Brasília: Portal, 5 set. 2013. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/acoes-e-programas/saude-da-mulher/leia-mais-saude-da-mulher>> Acesso em: 02 fev 2015.

PORTUGAL. Procuradoria Geral da República. Sumários de Jurisprudência. *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Lisboa, 2006. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/Sum%20E1rios%202006.pdf>> Acesso em: 08 ago. 2015.

PRACTICE COMMITTEE OF AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. Definitions of infertility and recurrent pregnancy loss. *Fertil Steril*, v. 99, n. 1, Jan. 2013. Disponível em: <https://www.asrm.org/uploadedFiles/ASRM_Content/News_and_Publications/Practice_Guidelines/Committee_Opinions/Definitions_of_infertility.pdf> Acesso em: 22 dez 2015

RAPOSO, Vera Lúcia. *De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. 10.

REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. v. 12.

REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. 422f. 2006. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Coimbra, 2006.

RIBEIRO, Geraldo. Quem decide pelos menores? Algumas notas sobre o regime jurídico do

consentimento informado para actos médicos. *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7, n. 14, 2010.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ROCHA, Maria Raquel Paulino da. *Direito, ética e moral na doutrina jurídica portuguesa contemporânea: as “introduções ao direito”*. 173f. 2013. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 2013. Disponível em: <<http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/71271/2/13075.pdf>> Acesso em: 29 set. 2015.

ROJO, Raúl Enrique (Org.). *Por trás da Toga: magistratura, sociedade e política no Brasil hoje*. Porto Alegre: Dom Quixote Editora, 2014.

SANTOS, Ana Emília Arend dos et al. *Sexual e reprodutiva: direitos e desafios de um mundo multicultural*. [S. l.]: SINUS, 2011. Disponível em: <<http://www.sinus.org.br/2011/press/downloads/oms.pdf>> Acesso em: 20 fev 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, I. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. Foi Sarlet quem citou Canotilho.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Miguel Oliveira da. *Relatório sobre procriação medicamente assistida (PMA) e gravidez de substituição*. [S. l.]: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, mar. 2012. Disponível em: <<http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387259-relatorio-20.2.2012-revisto-em-2.4.12-1.pdf>> Acesso em: 14 fev. 2015.

SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta. *A lei da procriação medicamente assistida anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. A interpretação jurídica como um momento metodológico da realização do direito, segundo a perspectiva de Castanheira Neves. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 23, n. 25, jul./dez. 2007.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão jurídica e autonomia do Direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 85-100.

STRECK, Lênio Luiz. O Constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. *Revista do CEJUR/TJSC*:

Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 01, p. 11-28, dez. 2013.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011.

SOUZA, Marise Cunha de. Os casais homoafetivos e a possibilidade de procriação com a utilização do gameta de um deles e de técnicas de reprodução assistida. *Revista da Emerj*, v. 13, n. 52, 2010. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_141.pdf: Acesso em: 04 abr. 2015.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Igualdade, dignidade, proteção à família e união homoafetiva: o STF tem saída? In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

VENTORINI, Thalita Rosado. *Os direitos fundamentais na procriação: medicamento assistida post mortem*. Universidade de Coimbra: Coimbra, 2014.

VENTURI, Gustavo; BOKANY Vilma (Org.). *Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011.