

OS IRMÃOS DA DOAÇÃO DE SEMÊN: as regras desta doação e seus reflexos na formação da família multiparental

Geala Geslaine Ferrari²⁶
Rita Tarifa Resquetti Espolador²⁷

RESUMO

O presente ensaio trata sobre as regras da doação de material genético masculino nas clínicas de reprodução humana assistida, e sua regulamentação contratual. Também assevera analisar se há o reconhecimento da família multiparental quando há reconhecimento de paternidade biológica e quais as possíveis consequências destas no mundo jurídico como também no mundo dos fatos. Justifica-se a análise do tema pois trata-se de um assunto de intensa repercussão no meio social.

PALAVRAS-CHAVE: biodireito; doação de sêmem; multiparentalidade.

ABSTRACT

This essay deals with the rules of the male genetic material donation in assisted human reproduction clinics, and your contractual regulations. Also asserts examine whether there is recognition of multiparental family when there is recognition of biological paternity and what the possible consequences in the legal world as well as in the world of facts. Justifies the theme of the analysis because it is a subject of intense impact on the social environment.

KEYWORDS: biolaw; semen donation; multiparentalidade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 O PARENTESCO. 3 A SOCIOAFETIVIDADE COMO LIAME DAS RELAÇÕES FAMILIARES. 4 O CONTRATO DE DOAÇÃO DE SÊMEN. 5 A BUSCA DA VERDADE BIOLÓGICA-POSSIBILIDADE. 6 A MULTIPARENTALIDADE. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio trata sobre as regras da doação de material genético masculino nas clínicas de reprodução humana assistida, e sua regulamentação contratual, analisando através da ótica dos filhos gerados por este procedimento quais são seus direitos em relação ao doador do material genético.

Através de uma análise da resolução do Conselho Federal de Medicina pode-se chegar à conclusão de que predomina o direito ao anonimato, mas observando o caminhar da doutrina e jurisprudência pode-se ver que tal direito está sendo relativizado cada vez em detrimento do direito da verdade biológica, ou direito a identidade.

Sendo assim começa a surgir um movimento na sociedade que clama por regulamentação jurídica ou melhor proteção jurídica, os filhos da doação de sêmen, a família estendida e a multiparentalidade, que será tratada nesse breve ensaio.

Também assevera analisar se há o reconhecimento da família multiparental quando há reconhecimento de paternidade biológica e quais as possíveis consequências destas no mundo jurídico como também no mundo dos fatos. Justifica-se a análise do tema, pois trata-se de um assunto de intensa repercussão no meio social, principalmente com a organização de famílias que possuem filhos gerados por esta técnica se reunindo

²⁶ Especialista pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania-IDCC, aluna especial do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina-UEL, graduada em Direito, Advogada.gealaferrari@msn.com

²⁷ Doutora pela Universidade Federal do Paraná, Mestre pela Universidade Estadual de Londrina, Especialista pela Universidade Estadual de Londrina, Graduada em Direito, Docente na Universidade Estadual de Londrina e Pontifícia Universidade Católica-PUC. ritatarifa@gmail.com



através de sites de buscam na internet o assunto ficou ainda mais acalorado, sendo assim se torna necessário uma pesquisa para entender e trazer esclarecimento sobre a temática.

2 O PARENTESCO

Na Grécia era a religião doméstica que constituía o parentesco, dois homens podiam se dizer parentes se compartilhassem os mesmos deuses, o mesmo fogo doméstico, o mesmo repasto fúnebre (CASSETARI, 2015, p.5).

O parentesco em Roma era estabelecido nas formas de agnação e cognação, sendo que na primeira as pessoas estavam vinculadas em razão do mesmo *pater*, este detinha o poder sobre a família independente dos laços sanguíneos, já na cognação as pessoas se vinculavam pela consanguinidade, parentesco de sangue (WALD, 2004, p.32).

Sílvio Meira (1971, p. 106) ensina que o parentesco romano, para efeitos civis não se baseava nos laços de sangue, mas no poder do potestas.

No Código Civil de 1916, prevalecia a cognação, dizendo ser parentes as pessoas que descendem de um mesmo tronco. Já no Código atual o art.1593 define-se que do casamento derivam duas ordens de relações, a conjugal e as de parentesco, e esta se dá por consanguinidade ou por afinidade, e quando se refere à *outra origem*, está se referendando a posse do estado de filho, situação fática prolongada de convivência e afetividade que conduz a paternidade.

O choque existente entre a verdade afetiva e a realidade biológica impôs o alargamento do conceito de filiação e parentesco, sendo que ao aplicar-se o princípio da afetividade à filiação, tem-se como resultado o entendimento de que a relação paterno-filial é mais que uma ligação genética, é formada por laços de carinho e por isso faz-se possível existir parentesco que não seja só o natural.

A priorização da afetividade dá-se em função da desbiologização da verdade sanguínea, ao considerar-se o fator socioafetivo e psicológico, como sendo primordial à constituição da família.

Sendo assim o conceito de parentesco alargou-se com as novas formas de família, onde não é mais laços biológicos somente que determinam quem são os indivíduos pertencentes aquela família, mas principalmente os vínculos socioafetivos que surgem pelo elo do carinho e do animus de constituição de família.

3 A SOCIOAFETIVIDADE COMO LIAME DAS RELAÇÕES FAMILIARES

A mudança na visão jurisprudencial a partir da década de 60, sobre os princípios pertencentes ao direito familiar, deu-se como forma de valorizar uma postura que viesse a trazer igualdade entre membros da família, digo, homem e mulher, pais e filhos. O reconhecimento da socioafetividade na relação paterno-filial foi extremamente importante para sedimentar à base desta nova realidade familiar, a família afetiva.

A legitimidade dos filhos, reconhecida exclusivamente por fator biológico é confrontada pelo surgimento de um vínculo até mais forte que o primeiro, e reiterado pela prática contínua da paternidade emocional ou socioafetiva, aquela construída com bases fixadas no cotidiano familiar, nos comparecimentos às reuniões escolares e na unidade presente à mesa das refeições.

O caráter psicológico da família, conforme Maria Helena Diniz “um elemento espiritual que une os componentes do grupo, que é o amor familiar”.(DINIZ, 2010, p.14).

Sérgio Gischkow Pereira diz:

A paternidade é conceito não só genético ou biológico, moral e sociocultural. Em grande números de ocasiões o vínculo biológico não transcende a ele mesmo e revela-se completo e patológico fracasso da paternidade sob o mesmo prisma humano, social e ético. Em contrapartida, múltiplas situações de ausência de ligação biológica geram e mostram relação afetiva em nível de afinidade saudável, produtiva e responsável.(PEREIRA, 1992, p.65).

O critério socioafetivo para o estabelecimento do vínculo parental é fundado no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa humana, segundo o qual pai ou mãe são aqueles que exercem a função, mesmo que não haja vínculo de sangue.

E foi com o adentrar da doutrina e jurisprudência neste caminho, visando aconchegar o aspecto biológico ao lado do socioafetivo, que a paternidade passou a não ser mais vista somente como uma possibilidade genética e biológica, mas também afetiva e emocional. E o art. 1593 do Código civilista, norma aberta, deixada pelo legislador para ser usada pelo operador do direito, como forma de instrumento de justiça, buscou aproximar a realidade social da jurídica, a existência comprovada de um modo civil de paternidade baseado nas emoções.

Edson Fachin define que “o liame biológico que liga um pai a seu filho é um dado, já a paternidade socioafetiva é aquela que se adapta juridicamente na expressão do estado de posse de filho”. (FACHIN, 2003, p.20).

A filiação passa a ter sua essência voltada para o afeto que une pais e filhos, tendo ou não vinculação biológica entre eles, é o aspecto psicológico do direito de família, tal concepção permeou primeiramente o instituto da adoção, e hoje se faz presente regulando todo ordenamento jurídico familiar. Fato este que pode se comprovar através das jornadas de Direito civil, organizadas pelo Conselho de Justiça Federal, nestas buscou-se trazer esclarecimentos sobre o tema, e de acordo com o enunciado n° 103 aprovado na I jornada, o Código Civil de 2002, reconhece no seu art. 1593 outras espécies de parentesco civil, além da proveniente da adoção.

Foi aprovado também o enunciado n°108, e neste esclareceu-se que o art. 1603 do Código civil ao referir-se à prova da filiação pela certidão de nascimento, não estaria fazendo menção apenas à filiação consanguínea, mas também a socioafetiva.

Por fim, para aclarar o assunto, o enunciado n° 256 aprovado na III Jornada de Direito Civil esclarece que a posse de estado de filho, também denominada paternidade socioafetiva, nada mais é do que uma forma de parentesco civil. Dando com isto, fim a toda contrariedade relacionada com tal tipo de paternidade e filiação.

A família socioafetiva, surge como sendo aquela que emerge da construção em afeto, da convivência diária, do conceito mais atual de família sociológica, unida pelo amor, não desprezando o liame biológico da relação paternal, que faz nascer o pai social, o pai do afeto, aquele que constrói uma relação com seu filho biológico ou não, moldado pelo amor, atenção, dedicação e carinho.



4 O CONTRATO DE DOAÇÃO DE SÊMEN

O contrato de doação de gametas é definido como um contrato gratuito, formal e confidencial acordado entre o doador e o centro autorizado. Possui três requisitos que são a gratuidade, onde a doação deve ser um ato altruísta e gratuito, nunca visando remuneração, a formalidade, onde o contrato entre os doadores e o centro autorizado deve efetuar-se por escrito e sempre entre doador e o centro médico, e por fim o anonimato, pois a doação é anônima, devendo garantir-se a confidencialidade dos dados de identidade dos doadores.

Os filhos nascidos de reprodução assistida, têm o direito à informações gerais dos doadores, tais como a altura, o peso, o grupo sanguíneo, mas nunca incluirá a sua identidade, e isto se dá por uma razão simples, a doação do sêmen é diferente da doação de outros materiais biológicos, como, por exemplo, do sangue.

As diferenças entre uma e outra doação se iniciam no fim a que se destinam. A de sangue visa à manutenção da vida de uma pessoa, já a de sêmen tem por objetivo a criação de um novo ser humano.

A resolução do Conselho federal de Medicina 2013/2013 determina que para ser doador é necessário boa saúde e ter faixa etária até 50 anos, e que o mesmo de maneira livre esclarecida entenda que o seu material coletado será usado para formar uma nova vida.

Que seu ato deve ser altruísta e gratuito acredita-se que tal impedimento se dá para que tal ato de doação não se torne habitual, evitando assim a multiplicidade de descendentes.

82

Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.34) “a doação de esperma como qualquer doação de órgãos deve ser uma doação gratuita e benévola, sem possibilidade de se pagar o doador”.

E por fim recomenda a resolução sobre o anonimato do doador, mas determina que deve ser feito pela clínica um banco de dados do doador, para que na região de localização da unidade e coleta evite a gestação de mais de duas crianças de sexos diferentes.

A disciplina jurídica dos contratos, no Brasil, tem sofrido significativas alterações, mormente no que se refere a principiologia. Isso se deve as alterações verificadas no seio social e aos novos modos de contratar, como os negócios a serem analisados neste artigo, envolvendo o Biodireito. Até a legislação civil de 1916, tínhamos princípios tradicionais, coroados pela máxima do *pacta sunt servanda*, prestigiando-se a manutenção do conteúdo dos contratos. A principiologia que se destacava era a autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos e a relatividade de seus efeitos, prestigiando-se, portanto, a liberdade das partes e a rigidez das convenções.

Percebeu-se, no entanto, que muitos negócios jurídicos, principalmente aqueles com cláusulas pré-estabelecidas, traziam considerável disparidade entre as partes, gerando um desequilíbrio insustentável para uma delas. Esta abusividade impulsionou a necessidade de uma releitura das formas de contratar, passando-se a considerar interesses não mais apenas individualizados, mas que prestigassem a ordem pública.

Nesta linha, veja se:

Ocorre que, com o desenvolvimento das relações contratuais e a percepção das abusividades cometidas pelas partes economicamente mais fortes reconheceu-se a necessidade de se impor restrições a liberdade das partes por meio do Estado intervencionista (CUNHA, 2004, p.14)

Neste sentido, os Tribunais já vinham, há tempos, desenvolvendo entendimentos no sentido de que, nas hipóteses em que o contrato se verificasse inadequado e impossível de ser cumprido, poder-se-ia alterar o seu conteúdo.

Começaram, então, a ser aplicados aqueles que hoje são denominados princípios contemporâneos.

A boa-fé objetiva, bem como a função social e a equivalência material dos contratos passaram a servir de fundamento para revisões contratuais, vez que passou a se prestigiar a conservação do negócio jurídico. Ou seja, a preservação dos contratos passou a ser prestigiada, ainda que se verificasse necessário alterar alguns termos da convenção. Princípios clássicos e contemporâneos passaram a coexistir, por exemplo, a autonomia da vontade, significa, em geral, atividade e poder de dar-se um ordenamento, de dar ordem às próprias relações e interesses, definida pelo próprio ente ou sujeito a quem aquelas e estes respeitem.(LOBO, 2002, 189).A liberdade contratual depende conceitualmente da chamada autonomia privada, ou autonomia da vontade, a qual, por sua vez, é o reflexo da liberdade econômica .(PINTO, 1996, p.81).

A função social do contrato, que quer dizer, outrossim, que o contrato deve ser socialmente útil, de maneira que haja interesse público na sua tutela. (GRAU, 1988, p.255).

A equidade, ou o equilíbrio nas relações contratuais, há de se constituir num dos princípios de que se valerá o sistema para alcançar aqueles escopos traçados na Carta Magna.

Inadequadamente, muitos hermeneutas relegaram a plano secundário os princípios tradicionais, principalmente a força obrigatória dos contratos, o que gerou uma deturpação desta visão negocial contemporânea. Passaram a prestigiar a necessária revisão de alguns contratos, como se fosse regra geral. Por isso, o desafio tem sido conciliação a visão atual com a imperiosa necessidade de manter vínculos previamente estabelecidos, mormente a relação de confiança entre os contratantes. Dentre os princípios atuais, a boa-fé objetiva tem se revelado dotada de importância singular má solução de descumprimentos contratuais, vícios nos negócios, dentre outros.

Segundo Francisco Amaral (2003, p. 212), a boa-fé é um princípio que deve ser entendido sob duas óticas: psicológica e ética. Pelo ponto de vista psicológico, entende-se a boa-fé como a lealdade, a certeza relacionada à existência de um determinado direito. Já pelo ponto de vista ético, entende-se a boa-fé como um dever de comportamento, a necessidade de consideração, pela parte, dos interesses da outra, ao realizar um certo negócio.

No sistema do Código Civil de 1916, a boa-fé era tratada apenas como um princípio geral de direito. No entanto, com o advento do Código Civil de 2002, o artigo 422 passou a estabelecer que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Desse modo, o sistema jurídico passou a prever a boa-fé não somente como princípio geral de direito, mas como uma cláusula geral, a ser obedecida em todo e qualquer contrato (NERY JUNIOR, 2006, p. 413).

De acordo com as concepções acima citadas, a boa-fé pode ser subdivida em objetiva e subjetiva. A boa-fé objetiva é a correspondente à visão ética; já a boa-fé subjetiva é a correspondente à visão psicológica.

Consoante leciona Nelson Nery Junior (2006, p. 114), a boa-fé subjetiva traduz-se

83



no agir consciente daquele que ignora estar prejudicando interesse alheio tutelado pelo direito: “Implica a noção de entendimento equivocado, em erro que enreda o contratante. Ele acredita que a situação seja regular e essa sua ignorância escusável reside no próprio estado (subjetivo) da ignorância”.

Por sua vez, “a boa-fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade” (NERY JUNIOR, 2006, p. 414). É essa espécie de boa-fé, agora classificada como cláusula geral, que pois impõe uma regra de conduta aos sujeitos que realizam um negócio jurídico.

Antes mesmo de ser contemplada no Código Civil, a boa-fé objetiva já havia sido mencionada no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso III.

Nessa seara, Luiz Antonio Rizzatto Nunes, entende que:

[...] a boa-fé objetiva, que é a que está presente no CDC, pode ser definida, *grasso modo*, como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Não o equilíbrio econômico, como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, já um desequilíbrio de forças.

Entretanto, para chegar a um equilíbrio real, somente com a análise global do contrato, de uma cláusula em relação às demais, pois o que pode ser abusivo ou exagerado para um não o será para outro. A boa-fé objetiva funciona, então, como um modelo, um *standard*, que não depende de forma alguma da verificação de má-fé subjetiva do fornecedor ou mesmo do consumidor (NUNES, 2008, p. 132).

84

A manipulação da vida humana ou de partes do corpo humano deve ser alvo de estudo jurídico para indicar os limites a serem considerados na relação entre o médico que realizará os procedimentos e o paciente, assim como a análise da autonomia da vontade deste, no qual se insere a boa-fé objetiva, isto é, se a obediência a esse princípio terá alguma interferência na autonomia da vontade do paciente ou impedirá a realização do negócio jurídico.

De acordo com a doutrina majoritária, as relações regidas pelo direito civil devem levar em conta o elemento intencional, pois a norma interpretativa dos contratos exige que seja considerada a intenção das partes contratantes.

Observando-se que os contratos de manipulação da vida humana ou de disposição de partes do corpo humano são realizados, nos casos mais correntes, apenas por um desejo dos pacientes, observa-se que a boa-fé objetiva é obedecida, com o fim de o contrato não se configurar como um ato ilícito, mas sem trazer grandes implicações para as partes, já que significa somente o modo de comportamento que deve ser guardado entre as partes, ou seja, uma regra de conduta que impõe aos contratantes um modo de agir conforme certos parâmetros de lealdade e honestidade.

O informe de consentimento para técnicas de reprodução assistida, na verdade deveria ser considerado um contrato em anexo ao contrato médico, pois traz consigo informações relativas ao procedimento que será realizado, suas particularidades e riscos.

Antes de adentrar ao informe em si, é necessário mesmo que brevemente conceituar o consentimento livre esclarecido.



O consentimento livre e esclarecido pode ser conceituado como sendo:

A obtenção do consentimento do paciente após a informação médica resultante do seu direito de autodeterminação, ou seja, de tomar decisões relativas à sua vida, à sua saúde e à sua integridade físico-psíquica, recusando ou consentindo proposta de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico. (DINIZ, 2001, p.534).

Esse direito de autodeterminação dá origem ao dever erga omnes de respeitá-lo, alicerçado no princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Também pode ser conceituado como um ato de decisão voluntário baseado numa informação médica revelada de modo claro, simples, preciso, honesto e inteligível. (DINIZ, 2001, p.535).

Antonio Jeová Santos esclarece que:

A ausência de consentimento livre e esclarecido seria um delito de negligência profissional do médico se ocasionada dolosamente art. 146 §3 I CP e a informação deficiente por ele dada ao paciente o tornará responsável pelo resultado danoso oriundo de sua intervenção, mesmo que esta tenha sido correta tecnicamente pouco importando se o dano derive do risco comum em qualquer prática médica. (SANTOS, 1999, p.289).

Carlos Nelson Konder conceitua o consentimento livre e esclarecido como:

[...] é possível conceituar o consentimento livre e esclarecido como a anuência, livre de vícios, do paciente, após explicação completa e pormenorizadamente sobre a intervenção médica, incluindo sua natureza, objetivos, métodos, duração, justificativa, possíveis males, riscos e benefícios, métodos alternativos existentes e nível de confidencialidade dos dados, assim como de sua liberdade total para recusar ou interromper o procedimento em qualquer momento; tendo o profissional a obrigação de informá-lo em linguagem adequada (não técnica) para que ele a compreenda” (KONDER, 2003, p.61).

85

É fundamental que no termo de consentimento haja uma linguagem acessível, com todos os procedimentos ou terapêuticas que serão utilizadas, bem como seus objetivos e justificativas. Também os desconfortos e riscos possíveis e os benefícios esperados e métodos alternativos existentes.

O Consentimento livre esclarecido só será dispensável diante da necessidade inadiável de prática médica de urgência, impossibilidade ante a emergência da situação de perigo de obter o consenso do paciente, ou de uma situação especial que leva o médico a dar informação sobre o estado clínico deste a seu representante legal para obter o consenso para o exercício do ato médico. (DINIZ, 2001, p.540).

Importante é ressaltar que a liberdade de recusar ou anuência do paciente deve estar expressa, e que em hipótese nenhuma pode estar acordado algum tipo de sanção punitiva pela desistência do paciente. Exceto se trouxer prejuízo à assistência médico-hospitalar.

O termo de deve ser assinado pelo médico, paciente ou seu representante legal.



5 A BUSCA DA VERDADE BIOLÓGICA-POSSIBILIDADE

Mas o direito a verdade biológica é algo que muitos desses filhos de doação de sêmens buscam, pois além de não incorrer em incesto muitos desejam ter sua identidade genética conhecida.

O direito à identidade genética tem seu fundamento com base na dignidade da pessoa humana, conforme preceitua o art.1º, inc. III da Constituição da República de 1988.

De acordo com Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira:

Saber de onde vem, conhecer a progenitura proporciona ao sujeito a compreensão de muitos aspectos da própria vida. Descobrir as raízes, entender seus traços (aptidões, doenças, raças, etnia) socioculturais, saber quem nos deu a nossa bagagem genético-cultural básica são questões essenciais para o ser humano, na construção da sua personalidade e para seu processo de dignificação. (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p.64).

Por meio do art.5º, inc. XIV e LXXII a) da Constituição Federal seria possível os filhos oriundos da reprodução assistida heteróloga requererem o acesso aos dados pessoais dos seus pais biológicos, doadores de gametas; no caso da primeira norma, por solicitação ao médico, e, para o *habeas data*, para que o hospital ou órgão público que detenha as informações do doador possa fornecê-las em juízo.

Ainda que a Resolução n. 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina proíba aos receptores o conhecimento dos doadores e vice-versa, salvo em casos excepcionais, por motivação médica, que mesmo assim, resguarda o sigilo da identidade dos doadores, seria questionável, pois referida resolução é ato administrativo, que vincula somente a classe médica e não tem força de lei.

Sendo assim, com base no art. 5º inc. II da Constituição, haveria a possibilidade do conhecimento dos doadores, já que não há vedação legal para tanto.

Ademais, o direito à identidade genética é consagrado pela doutrina como um direito de personalidade, ainda que não disposto taxativamente no Código Civil de 2002, pois este direito é necessário para a formação da identidade do indivíduo e sua construção biográfica.

Coadunam Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira:

Deflagra-se o biológico como o primeiro fator a compor a pessoa humana, que carrega consigo o dado correspondente à herança genética. Portanto, ele é inegável na composição de sua ontologia. O direito ao conhecimento da origem genética, que ora denominamos de fundamental, traz consigo a revelação da memória genética, que pode coincidir - ou não - com a memória familiar, componente indelével da historicidade pessoal” (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p. 64-65).

Como direito de personalidade, o direito à identidade genética é permeado pelo melhor interesse da criança, para proteção da saúde e conhecimento de possíveis doenças genéticas que o menor possa estar predisposto.

Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que:

O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar

o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Não há necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por doador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga. (LÔBO, 2004, p.13).

Mas existe o outro lado da moeda, a intimidade do doador de gametas também é protegida pela Constituição de 1988 como um direito fundamental, previsto no art. 5º, inc. X.

A intimidade é um direito inviolável e, portanto, passível de indenização. Refere-se à vida privada do indivíduo, do seu viver em si, aspectos relacionados aos seus gostos, hábitos, segredos, pudores e relacionamentos íntimos e afetivos.

O elemento fundamental do direito à intimidade, manifestação primordial do direito à vida privada, é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Em outras palavras, é o *direito de estar só*. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010) (Grifos dos autores).

A intimidade do doador de gametas deve ser preservada, pois este realiza uma doação de parte de seu corpo lícitamente, pois não compromete sua integridade física, para uma clínica de reprodução assistida, não visando ao lucro e a fins comerciais, independente do motivo, seja por caráter ideológico, como perpetuação, ou por solidariedade, para ajudar casais ou homens e mulheres solteiros a terem filhos. Ressalta-se, por conseguinte, a importância do termo de consentimento livre e esclarecido.

Mas como este anonimato não é absoluto e a busca pela identidade genética torna-se algo importante para alguns dos filhos da doação de sêmen através do número constante do banco de dados da clínica alguns destes tem se encontrado e descobertos meios-irmãos espalhados por aí.

Sendo assim iniciou-se uma busca pelos meios irmãos através de um banco de dados online criados nos Estados Unidos, onde pudesse cadastrar crianças filhos de um mesmo doador, Cynthia Daily fez isso para que seu filho pudesse conhecer seus meios irmãos.

Em alguns países este anonimato tem sido cada vez mais relativizado, por exemplo, na Alemanha um filho oriundo de doação de material genético teve o direito de conhecer seu pai biológico. O tribunal Alemão decidiu que a pedido dos filhos, médicos encarregados da inseminação são obrigados a revelar dados até então sigilosos, gerando possíveis obrigações alimentares e sucessórias.

A sentença alegou que “o interesse da pleiteante, de saber sobre sua origem, coloca-se acima do direito do acusado ou do doador ao sigilo dos dados da doação”, baseando-se no direito de livre desenvolvimento da personalidade, garantido na Lei Fundamental (Constituição) alemã. A decisão não é passível de revisão.

No Brasil a Resolução 2013/2013 assegura o direito ao anonimato do doador de material genético, que só poderá ser aberto em situações especiais, exclusivamente para médicos. Segundo a Resolução, além do consentimento informado de pacientes inférteis e doadores, “as informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico”. Também diz que os doadores não devem conhecer a identidade dos



receptores e vice-versa. Prevê ainda que “na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que duas gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.”

Uma das defesas para não se quebrar o anonimato do doador de material genético está no endeuamento da biologia, na valorização do laço biológico, sendo que cada vez mais ele tem menos importância no direito de família, mas também sabe-se que a identificação dos doadores pode trazer outras consequências como ninguém mais querer doar seu material com medo das consequências jurídicas e filhos indesejados.

Sobre a possibilidade de casamentos entre consanguíneos os conselheiros do CFM alegam que a Resolução do próprio conselho prevê que não se pode utilizar o sêmen do mesmo doador mais de duas vezes numa determinada área. A possibilidade de casamento de consanguíneos é remota e não é maior do que a entre parentes gerados por relação sexual. Quanto ao direito de a pessoa saber quem é seu pai biológico, a forma como se faz inseminação hoje no Brasil não impede que isso seja possível no futuro. O laboratório ou clínica têm de preservar, sob sigilo, a identidade do doador. Se algum dia um juiz solicitar essa identificação, o médico deverá apresentar.

Um possível reconhecimento de paternidade por parte dos doadores trará consequências na ordem jurídica, como por exemplo, a multiparentalidade, e sobre ela que será tratado no capítulo abaixo, desvendando suas consequências e modificações na estrutura família atual.

6 A MULTIPARENTALIDADE

88

Trata-se da possibilidade jurídica conferida ao genitor biológico e ou do genitor afetivo de invocarem os princípios da dignidade humana e da afetividade para ver garantida a manutenção ou o estabelecimento de vínculos parentais (ALMEIDA, 2013, p.24).

A multiparentalidade é o reconhecimento no campo jurídico o que ocorre no mundo dos fatos, uma convivência familiar harmônica entre paternidade biológica em conjunto com a paternidade socioafetiva.

O reconhecimento da verdade biológica do doador de sêmen possibilitará a paternidade biológica com todos os seus efeitos.

A coexistência de vínculos biológicos e afetivos é perfeitamente viável, mostrando-se não apenas como direito, e sim como obrigação, de forma a preservar os direitos fundamentais de todos os envolvidos.

Como efeitos da multiparentalidade no parentesco, após o reconhecimento da paternidade biológica do doador de sêmen, este é inserido no assento de nascimento da criança juntamente com o pai socioafetivo que não perderá sua paternidade, e será produzidos efeitos patrimoniais e jurídicos pertinentes, englobando toda a cadeia familiar, por exemplo, surtirá os efeitos de impedimentos matrimoniais e sucessórios.

Sobre o tema, insta colacionar os ensinamentos do professor Sílvio Venosa:

O nome é, portanto, uma forma de individualização do ser humano na sociedade, mesmo após a morte. Sua utilidade é tão notória que há exigência para que sejam atribuídos nomes a firmas, navios, aeronaves, ruas, praças, acidentes geográficos, cidades etc. O nome, afinal, é o substantivo que distingue as coisas que nos cercam, e o nome da pessoa a distingue das demais, juntamente com

os outros atributos da personalidade, dentro da sociedade. É pelo nome que a pessoa fica conhecida no seio da família e da comunidade em que vive. Trata-se da manifestação mais expressiva da personalidade.”

Depois de reconhecida a existência da multiparentalidade, o nome do filho, sem qualquer impedimento legal, poderia ser composto pelo prenome e o apelido de família de todos os genitores. Vale lembrar que a Lei dos Registros Públicos 6015/73, em seu artigo 54, não impossibilitou isso, portanto, a alteração do nome em decorrência da multiparentalidade não gera conflito com nenhuma disposição expressa em nosso ordenamento jurídico.

Também vale observar as consequências da multiparentalidade entre pai socioafetivo e pai biológico doador de sêmen, no que diz respeito a obrigação alimentar, esta será aplicada tanto ao pai biológico quanto ao pai afetivo, observando o disposto no artigo 1.696, do Código Civil.

Ou seja, os pais biológicos e afetivos seriam credores e devedores de alimentos em relação ao filho, respeitando, obrigatoriamente, o binômio possibilidade/necessidade artigo 1.694, § 1º, do Código Civil.

Desta forma, igualmente em relação à verba alimentar estipulada em um processo no qual não haja a existência do reconhecimento da multiparentalidade, são aplicadas as regras ordinárias já previstas, estendendo-as de forma a abranger os múltiplos genitores.

Por fim, é importante ressaltar que a legislação vigente assegura que a prestação de alimentos é recíproca entre pai e filho, portanto, todos os pais poderão prestar alimentos ao filho, bem como este poderá prestar alimentos a todos os pais.

Sobre a guarda de filho menor, este problema será resolvido através do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, *caput*, e no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 4º, *caput*, e 5º.

Neste caso, é imprescindível analisar caso a caso, observando sempre o princípio do melhor interesse da criança. No caso em que a criança é considerada suficientemente madura, os Tribunais tendem a considerar sua preferência, desde que consoante com o princípio supramencionado.

Atente-se para o fato de que a ordem de prioridade de interesses foi invertida, posto que antigamente, se houvesse algum conflito decorrente da posse do estado de filho, entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva, os interesses dos pais biológicos se sobrepunham aos interesses do filho, porque se primava os vínculos sanguíneos e biológicos, ou seja, a hegemonia da consanguinidade.

Desta forma, é nítido que o critério mais adequado a esses casos é o da afinidade e afetividade, sendo, portanto, que os pais afetivos levam sensível vantagem na obtenção da guarda dos menores.

Vale ressaltar que em muitos casos os que os filhos buscam é somente o conhecimento da sua verdade biológica, e não o reconhecimento de uma paternidade, por já possuírem um pai socioafetivo e com este um laço de amor paternal, mas nos casos que há reconhecimento da paternidade, o liame afetivo na constituição da guarda será o divisor de águas para a declaração da guarda.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina proferiu sentença, acerca de caso de

89



disputa de guarda de menor entre pai afetivo e o pai biológico, no qual prevaleceu a guarda para o primeiro, conforme demonstra emenda a seguir:

EMENTA: PATERNIDADE SOCIOAFETIVA - PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE - MANTENÇA DA GUARDA COM O CASAL QUE VEM CRIANDO A MENOR - ARTIGOS 6º E 33 DO ECA - PEDIDO INICIAL PARCIALMENTE PROCEDENTE - ÔNUS SUCUMBENCIAIS MODIFICADOS - RECURSO PROVIDO. Tendo como foco a paternidade socioafetiva, bem como os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do melhor interesse do menor, cabe inquirir qual bem jurídico merece ser protegido em detrimento do outro: o direito do pai biológico que pugna pela guarda da filha, cuja conduta, durante mais de três anos, foi de inércia, ou a integridade psicológica da menor, para quem a retirada do seio de seu lar, dos cuidados de quem ela considera pais, equivaleria à morte dos mesmos. Não se busca legitimar a reprovável conduta daqueles que, mesmo justificados por sentimentos nobres como o amor, perpetraram inverdades, nem se quer menosprezar a vontade do pai biológico em ver sob sua guarda criança cujo sangue é composto também do seu. Mas, tendo como prisma a integridade psicológica da menor, não se pode entender como justa e razoável sua retirada de lugar que considera seu lar e com pessoas que considera seus pais, lá criada desde os primeiros dias de vida, como medida protetiva ao direito daquele que, nada obstante tenha emprestado à criança seus dados genéticos, contribuiu decisivamente para a consolidação dos laços afetivos supra-referidos (destaque no original).⁹⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de SC, Apelação Cível n. 2005.042066-1, de Ponte Serrada, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, julgada em 1º-6-2006.

Em determinadas situações, quando o magistrado entender necessário, este poderá aplicar o disposto no artigo 1.616 do Código Civil:

Art. 1.616. A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.

Mas àquele que não tiver a guarda será lhe dado o direito de visitas, e tal direito não é somente a ele também é estendido aos avós, com a promulgação da Lei nº 12.398/2011, o direito de visita, que até então era permitido apenas aos genitores, foi estendido aos avós.

Desta feita, fora acrescentado um parágrafo único ao artigo 1.589 do Código Civil, o qual passou a ter o seguinte teor:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

Depois de definida a guarda, desde que não se aplique ao artigo 1.616 do Código Civil, já transcrito anteriormente, cabe a fixação do direito de visita em relação aos outros pais.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou uma ação na qual, embora determinado que o menor devesse ficar com o pai e sua madrasta, com os quais possuía fortes vínculos afetivos, foi assegurado à mãe biológica o direito de visitas, sob o argumento que havia grande importância no contato entre o infante, seus irmãos e a mãe biológica.

Resta o acórdão:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. Revalando o estudo social e psicológico que a menor, hoje com nove anos de idade, prefere a guarda do pai, com quem já se encontra desde o ajuizamento da ação, em 2004, internalizando o pai e a madrasta como casal parental, é de se manter a decisão, impondo-se, entretanto, preservar os vínculos com a mãe e irmãos (filhos desta) através de regulamentação de visitas. Recurso desprovido⁹¹. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS, Apelação Cível N° 70018995241, Sétima Câmara Cível, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 25/04/2007.

O direito de visitas tem a finalidade de estreitar vínculos afetivos, portanto deve ser conferida, a menos que haja algum impedimento ou motivo suficiente para impor essa restrição.

Sobre os direitos sucessórios, no caso de multiparentalidade, são reconhecidos entre pais e filhos, observada a ordem de preferência e vocação hereditária disposta nos artigos 1.829 a 1.847, do Código Civil.

Como não existem regras em Biodireito que determinam sobre esta temática, caberá ao juiz no caso concreto analisando por analogia nas normas já preexistentes determinar as consequências jurídicas que este assunto ainda tão novo trará.

CONCLUSÃO

O presente ensaio buscou analisar um assunto muito polêmico que atualmente com a organização promovida pelos filhos da doação de sêmen e sua organização em sites de busca pela internet promoveu uma discussão em torno do tema.

Na verdade se fez necessário entender as regras existentes sobre a doação de material genético masculino nas clínicas de reprodução humana assistida, e sua regulamentação contratual, analisando através da ótica dos filhos gerados por este procedimento quais são seus direitos em relação ao doador do material genético.

Através de uma análise da resolução do Conselho Federal de Medicina pode-se chegar à conclusão de que predomina o direito ao anonimato, mas observando o caminhar da doutrina e jurisprudência pode-se ver que tal direito está sendo relativizado cada vez em detrimento do direito da verdade biológica, ou direito a identidade. Sendo assim o filho do doador de sêmen possui direitos sim, e alguns países já vem objetivando de maneira posta tais direitos.

Sendo assim começa a surgir um movimento na sociedade que clama por regulamentação jurídica ou melhor proteção jurídica, os filhos da doação de sêmen, a família estendida e a multiparentalidade, e isto foi tratado nesse breve ensaio.

Com este novo momento surgiu também direitos advindos da multiparentalidade, conceito que tem cada vez mais se firmado não só na esfera familiar, mas também no Biodireito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ALMEIDA, Priscila Araújo de. Efeitos da paternidade socioafetiva no ordenamento jurídico



brasileiro. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/artigos/autor/PriscilladeAraujoAlmeira> Acesso em Março de 2015.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva**: efeitos jurídicos. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Andréa. **Direito dos Contratos**. Curitiba: Juruá, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8.ed.rev.atual.ampl.São Paulo: RT, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de Família. 25.ed.São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luis Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro. 2.ed.rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do contrato no Estado Social**. Maceió: Edufal, 1983.

MEIRA, Sílvio. **Instituições de Direito Romano**. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1971.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código civil comentado**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2006. p. 413.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

92 PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PEREIRA, Sérgio Gisckow. **Algumas considerações sobre a nova adoção**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v.682, p.65, 1992.

KONDER, Carlos Nelson. **O consentimento no Biodireito**: o caso dos transexuais e dos *wannabes*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v.15, p. 41-71, jul-set 2003.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Parte Geral**. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

Direito Civil. Direito de família. 5ª edição. Editora Atlas, 2006.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

A (IN) APLICABILIDADE DE LIMITAÇÃO À RENDA MENSAL DO BENEFÍCIO DO SALÁRIO-MATERNIDADE À SEGURADA EMPREGADA

Janaina Moreira Barboza²⁸
João Alves Dias Filho²⁹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo o estudo sobre o valor da renda mensal do benefício do salário-maternidade devido à segurada empregada. De acordo com a Constituição Federal e a lei de benefício, o respectivo valor devido é exatamente igual à remuneração da segurada. Ocorre que, após a edição da Emenda Constitucional n° 20, de 1998, todos os benefícios pagos pela previdência social tiveram sua renda mensal limitada ao valor correspondente ao teto do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, através do presente, ponderou-se a aplicabilidade da referida norma limitadora ao benefício em comento, considerando a garantia constitucional de pagamento integral da remuneração da segurada empregada.

PALAVRAS-CHAVE: discriminação; limitação; renda mensal; salário-maternidade; segurada empregada.

ABSTRACT

This article aims to deepen the study of the monthly income of the benefit of maternity pay due to insured employee. According to the Federal Constitution, its value is exactly the same the remuneration of the insured. It happens that, after the enactment of Constitutional Amendment No. 20, 1998, all benefits paid by social security had their monthly income limited to the amount corresponding to the ceiling of the compensation of the Justices of the Supreme Court. In this sense, through the present, pondered the applicability of that provision limiting the benefit comment, considering the constitutional guarantee of full payment of the remuneration of the insured employee.

KEYWORDS: discrimination; limitation; monthly income; maternity pay; insured employee.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 BENEFÍCIO DO SALÁRIO-MATERNIDADE. 2.1 DEFINIÇÃO E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS. 2.2 TETO PREVIDENCIÁRIO. 2.2.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N°. 1.946-5. 2.2.2 ARTIGO 248, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 3 PAGAMENTO INTEGRAL DO BENEFÍCIO DO SALÁRIO-MATERNIDADE À SEGURADA EMPREGADA. 3.1 REMANESCENTE PAGO PELO EMPREGADOR. 3.2 PAGAMENTO INTEGRAL PELO INSS. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com o artigo 248, da Constituição Federal de 1998, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS apenas se responsabiliza pelo pagamento de seus benefícios até o valor correspondente ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal-STF.

Todavia, o salário-maternidade, especificamente devido à segurada empregada, corresponde ao valor integral da remuneração da trabalhadora, conforme disposição do artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. No mesmo sentido o art. 94 do Dec. n. 3.048/99 e o art. 72 da Lei n. 8.213/91.

Alguns doutrinadores entendem que no caso exposto deve o empregador se responsabilizar por eventual diferença. Contudo, outros autores entendem que a limitação feita, editada através do poder constituinte derivado, não possui força suficiente para alterar a previsão constitucional de integralidade da remuneração, fruto do poder constituinte originário, razão pela qual se entende que o benefício é inteiramente de responsabilidade

²⁸ Aluna de Graduação do curso de Direito da UNIFIL. Endereço eletrônico: jana.barboza@hotmail.com

²⁹ Professor (UNIFIL). Especialista em Direito Aplicado (EMAP). Pós-graduado em Direito Empresarial (UEL). Pós-graduado em Direito Previdenciário (UEL). Advogado. Telefone: (43) 3345 1792. Endereço eletrônico: joao.dias@unifil.br

