

CONSIDERAÇÕES ÉTICAS E JURÍDICAS ACERCA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

ETHICAL AND LEGAL CONSIDERATIONS ABOUT ASSISTED HUMAN REPRODUCTION

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa¹

RESUMO

O presente artigo se propôs a resolver o seguinte problema: diante da ausência de lei a respeito, como lidar com as repercussões éticas, jurídicas e sociais acerca das técnicas de reprodução humana assistida? Pretendeu-se fazer uma análise crítica dos procedimentos de RHA a partir da Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, sob a luz dos princípios de direito civil-constitucional. Para tanto, seguiu-se o método de abordagem dedutivo, partindo de um conjunto de idéias e normas relativas a institutos de direito civil para a análise de aspectos específicos relativos a tutela jurídica das técnicas de RHA, chegando à conclusão seguindo uma ordem de raciocínio decrescente. No que diz respeito aos métodos de procedimento, conciliou-se o método histórico, em face do estudo da evolução do conceito e métodos de RHA e das normas jurídicas, notadamente de direito civil, pertinentes filiação e entidades familiares; o método interpretativo, a partir do aprofundamento da interpretação doutrinária dos conceitos citados anteriormente, associada às normas de direito público e privado aplicáveis à espécie. Ao final, chegou-se a conclusão que, diante do vazio legislativo, o CFM tem se esforçado, com êxito, em reger a conduta dos seus profissionais, não obstante muitas questões ainda ficarem sem resposta.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução humana assistida; Aspectos éticos; Família

ABSTRACT

The present article is proposed to solve the following problem: given the absence of law regarding, how to deal with the ethical, legal and social implications of assisted human reproduction techniques? It was intended to do a critical analysis of procedures for the AHR from resolution No. 2,013/2013 of the Federal Council of Medicine, under the light of the principles of civil constitutional law. For both, this was followed by the method of deductive approach, starting from a set of ideas and norms concerning civil law institutes for the analysis of specific issues relating to legal guardianship of the techniques of AHR, coming to the conclusion following an order of descending reasoning. With regard to procedural methods, reconciled the historical method, in view of the study of the evolution of the concept and methods of AHR and legal provisions, notably civil, relevant affiliation and family

¹ Professora Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Mestre em Ciências Jurídicas (UFPB); Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento na UFPB. E-mail: ap_albuquerque@yahoo.com.br

entities; the interpretive method, from the deepening of doctrinal interpretation of the concepts mentioned above, linked to public and private law rules applicable to the species. In the end, the conclusion was reached that, before the legislative gap, the FCM has been struggling, successfully, to govern the conduct of its professionals, despite many questions still remain unanswered.

KEYWORDS: Assisted human reproduction; Ethical aspects; Family

1 INTRODUÇÃO

Tema de bastante relevância nos últimos anos tem sido as repercussões éticas e jurídicas que surgem a partir dos procedimentos de procriação artificial. Todavia, ao mesmo tempo em que a tecnologia traz esperança a pessoas que outrora não poderiam ter filhos, traz questionamentos ético-jurídicos acerca dos procedimentos e técnicas empregados e resultados obtidos. Na medida em que as técnicas avançam, as dúvidas e inquietudes sociais se multiplicam, sem que a produção legislativa seja capaz de conceder respostas em tempo hábil.

Diante da ausência de lei a respeito, como lidar com as repercussões éticas, jurídicas e sociais acerca das técnicas de reprodução humana assistida? Pretende-se fazer uma análise crítica acerca da RHA a partir da Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, sob a luz dos princípios de direito civil-constitucional.

As preocupações teóricas que conformam o presente trabalho surgem, *a priori*, da necessidade de se refletir sobre a evolução das técnicas de reprodução humana assistida e analisar as consequências jurídicas e sociais originadas a partir dessas práticas. Para tanto, em um primeiro momento será feita uma abordagem geral do atual estado da arte em matéria de regulamentação. Logo em seguida, serão abordados aspectos gerais acerca do procedimento e preservação de embriões e sobre a repercussão das técnicas na constituição do família moderna.

2 DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA – ASPECTOS GERAIS

Segundo Maluf, RHA é, “basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar a pessoas com problemas de infertilidade ou esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade” (2010, p. 153). Maria Helena Diniz, a seu turno, define reprodução humana assistida como o “conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano [...]” (2011, p. 610).

Quando se fala a respeito da procriação medicamente assistida, costuma-se tratá-la como *ato médico*. Com efeito, nos termos da resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM), a RHA era descrita como tratamento para pessoas com esterilidade ou infertilidade. A Resolução nº 2013/2013 do mesmo órgão inova ao dispor, nos princípios gerais, que “1 As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”, possibilitando a atuação do médico em outros casos além dos que havia impossibilidade de procriar em razão de patologias clínicas.

Assim, os avanços da medicina, com a possibilidade de fertilização *in vitro* e o nascimento de bebês de proveta, possibilitou que casais com problemas de procriação realizassem o sonho da paternidade. Ao mesmo tempo, porém, trouxe uma série de questionamentos sob o ponto de vista ético e jurídico.

Com efeito, as polêmicas levantadas acerca da produção e destino de embriões excedentários, gestação de substituição e, conforme a nova resolução do CFM, datada de abril de 2013, a utilização dos métodos de inseminação artificial por pessoas que, apesar de não apresentarem quadro clínico de patologias que causem infertilidade ou esterilidade, optam pela realização da reprodução assistida em razão de opções e escolhas pessoais, como mulheres solteiras em projeto autônomo de filiação e a utilização das técnicas por casais homoafetivos.

Todavia, tais procedimentos fazem surgir uma série de questionamentos sob o ponto de vista ético e jurídico. Na medida que a medicina avança, as inquietações só aumentam. Exemplo disso são as ponderações, cada vez mais frequentes, entre o direito ao sigilo do doador do gameta e o direito do filho de conhecer a origem genética; disputas pela maternidade da criança em caso de cessão temporária de útero; implicações éticas e jurídicas do chamado “adultério genético”; entre outros.

O que mais inquieta a população é a ausência de norma jurídica que regule a matéria. Diante do vácuo legislativo, o CFM procura estabelecer parâmetros de condutas éticas a serem seguidas pelos médicos e clínicas que realizam procedimentos de RHA. Nesse sentido, Borges e Oliveira afirmam que:

No Brasil, enquanto impera a inércia do legislador ordinário, o Conselho Federal de Medicina, considerando a necessidade de harmonizar o uso das técnicas com os princípios da ética médica, aprovou, em novembro de 1992, a Resolução nº 1.358, que reflete normas compatíveis com os princípios constitucionais e com o ordenamento jurídico, embora não solucionem diretamente os conflitos inerentes às práticas. Essa Resolução não tem força de lei, mas é hoje uma das diretrizes responsáveis pelo controle social da utilização das técnicas (2000, p.18).

Importante ressaltar que a resolução supracitada foi substituída, em 2010, pela de nº 1.957, sendo esta última revogada pela Res. n 2013 de abril de 2013. Diante do vazio legislativo, verifica-se a necessidade de se refletir sobre as técnicas de reprodução humana assistida e analisar as consequências jurídicas e sociais originadas a partir dessas práticas.

Antes de adentrar nos aspectos gerais da resolução do CFM, convém levantar as principais causas e efeitos que incidem na escolha pela forma assistida de reprodução. Nesse aspecto, importante a reflexão que Nogueira da Gama faz a respeito, *in verbis*:

As técnicas de reprodução medicamente assistida permitem o acesso à procriação através de recursos médicos – o que torna conhecido, portanto, o momento da concepção, diversamente da concepção resultante do ato sexual, **contornando o problema da esterilidade da pessoal ou do casal**. (2003, p. 634)
(grifos nossos)

Assim, deve-se considerar como causa determinante para se recorrer às técnicas assistidas de reprodução, a impossibilidade de procriação, seja esta unilateral ou por ambos os componentes do grupo familiar que se quer ampliar, quaisquer que sejam os motivos que conduziram a tal realidade. Estes, os motivos, podem ser das mais diversas ordens, das quais três merecem destaque: em virtude de patologias; em virtude de tratamentos ou por razões sociais. Expliquemos.

Existem doenças variadas que podem levar à impossibilidade de reprodução, seja porque a própria patologia causa infertilidade, seja para evitar risco de contaminação à prole ou ao parceiro, como é o caso do HIV. Sabe-se de um caso que o portador do vírus da AIDS, no caso, a mãe portadora, conseguiu gestar uma criança sem que houvesse contaminação. Contudo, tal acontecimento teve grande repercussão, sendo noticiado com muita ênfase, justamente pela pouca probabilidade de sucesso.

Ao mesmo tempo, certos tratamentos pelos quais pessoas acometidas dos mais diversos males passam também podem levar o indivíduo a problemas de esterilidade ou infertilidade, sejam eles químicos ou cirúrgicos. Mulheres que passam por esterectomia, homens que fazem quimioterapia, entre outros. Resta a eles a possibilidade de preservar os gametas para uma futura inseminação.

Mas, para além dos males físicos, uma terceira causa destaque, as razões sociais. Com efeito, conforme será abordado com mais profundidade nos capítulos seguintes, a família moderna se apresenta com uma nova estrutura. A família monoparental e uniões homoafetivas são, hoje, uma realidade cada vez mais freqüente. Como toda família, pode surgir o desejo de procriar, o que não seria possível através da conjunção carnal, pelo menos

não pelo modo de vida a que tais pessoas se propuseram, sendo necessário, pois, se utilizar de outros meios para tornar viável o sonho da paternidade e/ou maternidade.

Note-se que, nesse terceiro ponto, as pessoas não apresentam, necessariamente, patologias ou distúrbios que as impossibilitem de procriar de forma natural. Todavia, por motivos sociais, seja pela falta de um parceiro, seja porque o parceiro é do mesmo sexo biológico, o uso de meios artificiais de filiação se faz necessário, e a medicina não fechou os olhos para essa realidade.

Nesse sentido, a res. nº2013/2013 já inicia afirmando que “1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”. Não restringe, pois, a origem do problema, mas se refere apenas a tal impossibilidade de maneira genérica. Qualquer pessoa que queira ter um filho e, por motivos físicos ou sociais, precise fazer uso de meios artificiais, pode procurar auxílio médico. Acrescento que devem inclusive, ser fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), quando o candidato a pai ou a futura mãe não tiver condições de arcar com os custos do tratamento, tanto os procedimentos clínicos quanto os medicamentos.

A redação do instrumento normativo que norteia o presente artigo é extremamente inovadora, tocando claramente em aspectos que o próprio legislador civil, por ocasião da elaboração do novo código, o de 2002 – faz-se aqui o registro que ele foi lançado mais de uma década após a Constituição Federal de 1988, que consagrou a existência de outras entidades familiares para além dos tipos tradicionais – como a família monoparental e a família homoafetiva. A resolução traz, explicitamente, casais homoafetivos e pessoas solteiras como prováveis sujeitos. Reconheceu e abordou de forma clara essas entidades familiares. Conforme a citação abaixo, fez o que o legislador brasileiro, covardemente, se esquivou de fazer.

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

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 sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

A Resolução nº 2013 traz, ainda, orientações acerca dos procedimentos realizados pelos médicos e clínicas, preservação e destinação de embriões excedentários, gestação de substituição, reprodução *post mortem*, entre outras temáticas. Vale salientar que a res.

2013/2013, apesar de ser ato normativo, não é lei. Serve de parâmetro ético a ser seguido pelos profissionais de saúde, mas, em vários aspectos, é a única norma existente sobre a matéria. Como não vai ser possível esgotar a discussão da resolução em um único artigo, os capítulos seguintes trarão algumas anotações sobre a questão do embrião excedentário e sobre a influência na composição da entidade familiar.

3 DO EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO

As técnicas de RHA surgiram, pois, como tratamento para que casais com problemas de infertilidade e esterilidade pudessem ter correspondidos seus anseios de procriação. Todavia, a evolução da sociedade e o surgimento de novas modalidades de entidades familiares fez com que novas demandas surgissem perante a comunidade médica, que estenderam tais procedimentos a pessoas que, muito embora não padeçam de nenhum mal que lhes retire a capacidade física de reprodução, encontram-se impossibilitadas de fazê-lo por motivos outros, como pessoas solteiras e casais homoafetivos. Segundo Nogueira da Gama, “opera-se, na contemporaneidade, a medicalização da procriação, ou seja, o crescente domínio que a medicina vem adquirindo no campo da reprodução humana [...]” (2003, p.640).

Ocorre que, ao prestar esse tipo de tratamento, as clínicas costumam “produzir”, por cautela, um número de embriões bem maior do que o que será, inicialmente, implantado no útero da mulher. Durante o procedimento, o recomendado é que se insira de dois a quatro embriões, para aumentar as chances de uma gestação bem sucedida. O restante dos embriões fica armazenado na clínica a espera de um destino. A pergunta que fica é: que destino?

Não obstante o art. 5^o da Lei Nacional de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), cuja constitucionalidade foi questionada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF, e a Resolução do Conselho Federal de Medicina, que adota normas éticas para a

²Art. 5^o É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1^o Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2^o Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3^o É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no [art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997](#).

utilização das técnicas de reprodução humana assistida, trazerem algumas possibilidades, quais sejam, doação, pesquisa e descarte, ainda não é suficiente. Se os doadores quiserem, podem deixar os embriões armazenados até se tornarem inviáveis, sem que se permita doação ou destinação à pesquisa. Seria correto ou digno esse comportamento? Também não se pode dizer que seria correto ou incorreto obrigá-los a dar uma destinação.

A inquestionável importância de uma proteção jurídica específica do embrião justifica a necessidade da criação de um estatuto que lhe seja peculiar, através de disposições normativas que salvaguardem a sua tutela, a fim de que lhe seja afastada a condição de coisa e resguardado o seu significado, enquanto origem da vida humana. Por via correlata, as opções para o destino do excedente estarão vinculadas ao estatuto ético do embrião.

Em que pese alguns países já disporem de normas específicas sobre a matéria, a exemplo da Alemanha e Espanha (ROCA i TRIAS, 2002, p.108 e 109), o Brasil ainda carece de regulamentação especial e pouco se fala, na doutrina, sobre um estatuto, sobre quais seriam as condutas éticas e jurídicas que se deve adotar para com o embrião.

O Código Civil brasileiro cita o embrião pré-implantatório no art. 1597, inciso IV, mas não define sua natureza jurídica. Para a lei civil, portanto, ele existe e pode ser inserido em um projeto de filiação, mas não se sabe em que categoria jurídica poderia ser colocado. Somando-se a isso, uma problemática recorrente nas técnicas de reprodução humana assistida é: o que se fazer com o embrião excedentário, aquele que já não mais se encontra em um projeto familiar.

A esse respeito, a nova resolução aumentou o tempo mínimo de crioconservação para o período de 05 (cinco) anos e dá outras determinações:

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem crioconservar espermatozoides, óvulos e embriões e tecidos gonádicos.

2 - O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos *a fresco*, devendo os excedentes, viáveis, serem crioconservados.

3 - No momento da crioconservação os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões crioconservados, quer em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

4 - Os embriões crioconservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

Assim, o material preservado só pode ser descartado após o tempo mínimo determinado no citado ato normativo. Nesse ponto, deve-se destacar que o Conselho Federal de Medicina foi além do que a Lei de Biossegurança determina, provavelmente como um cuidado maior para não descartar embriões que ainda poderiam desenvolver uma gestação.

O elemento determinante para a criopreservação é a viabilidade, leia-se possibilidade de dar origem a uma gravidez. A partir do momento em que a inviabilidade for averiguada, o descarte é permitido. Do mesmo modo, a destinação à pesquisa só será possível quando o embrião é declarado inviável. A inviabilidade diz respeito à gestação, mas a pesquisa é possível.

Ainda com relação ao embrião, sua produção só é possível única e exclusivamente para fins de procriação. Clonagem humana é terminantemente proibida. Não é ético, é ilegal. Do mesmo modo, não é ético se utilizar das técnicas de reprodução assistida para escolha do sexo ou para fins de melhoramento genético. As técnicas devem ser utilizadas para tratamento e não como uma espécie de “baby shopping”. Conforme a resolução, a determinação do sexo ou outros tipos de manipulações só serão permitidas com o intuito de diagnosticar doenças genéticas:

VI - DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES

1 - As técnicas de RA podem ser utilizadas acopladas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças.

2 - As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, com o intuito de seleção de embriões HLA-compatíveis com algum filho(a) do casal já afetado por doença, doença esta que tenha como modalidade de tratamento efetivo o transplante de células-tronco ou de órgãos.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de embriões "in vitro" será de 14 dias.

Por fim, a resolução dispõe, ainda, sobre a possibilidade de doação de gametas e embriões³. Deve-se destacar a preocupação com o sigilo do doador, bem como a provável

³IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e 50 anos para o homem.

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

5 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com a legislação vigente.

tentativa de se prevenir relações incestuosas, evitando “que um(a) doador(a) tenha produzido mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes”.

Nos dois aspectos, a resolução foi muito segura. Talvez, entre ambos, o mais problemático seja a questão do sigilo, vez que cria uma colisão entre dois princípios constitucionalmente reconhecidos, quais sejam: direito ao sigilo e o direito de conhecer a origem genética, ambos intrinsecamente relacionados com os direitos da personalidade.

O direito ao sigilo versa sobre a preservação da intimidade. O doador do material genético não optou por um projeto de filiação, apenas realizou um gesto de bondade em pro da realização do sonho de alguém que lhe era estranho. Violar o sigilo nesses casos seria violar a personalidade do doador e representaria um desestímulo para candidatos a procedimentos futuros.

Ao mesmo tempo, o direito de conhecer sua origem genética também é intrínseco ao ser humano. O fato de saber sua origem não fará surgir direitos e deveres oriundos de relação de parentesco, não trará, para com o genitor, nenhum vínculo de paternidade, apenas concederá ao ser que foi gerado o direito de saber de onde veio, o que pode ser feito por meio de uma ação de investigação de ancestralidade.

A ponderação entre esses dois princípios é deveras delicada. Como na colisão de princípios, a aplicação de um em detrimento de outro não conduz este, o que deixou de ser aplicado, ao prisma da invalidade, a decisão por um ou por outro é casuístico, depende muito do caso concreto. A única determinação preponderante nesses conflitos é quando uma das partes do conflito padece de alguma doença cujo tratamento passe pelo conhecimento de sua ascendência. Nesse caso o direito à vida deve prevalecer. Nos demais o sigilo do doador tende a ser preservado.

6 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

7 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível, deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

8 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de

9 - É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, onde doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.

4 DAS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES

De fato, as técnicas de RHA têm possibilitado uma nova forma de filiação e, conseqüentemente, novos modos de composição familiar para pessoas e casais que outrora, por motivos médicos ou sociais, não poderiam alcançar. Todavia, ao mesmo tempo, tem suscitado uma série de questionamentos que urgem por respostas no plano jurídico.

A filiação artificial se revela uma realidade cada vez mais freqüente e, carente ainda de base legal, há uma série de conflitos éticos e jurídicos que restam ainda sem resposta. Crescentes são os questionamentos sobre a verdadeira filiação, a verdadeira família, se a biológica ou afetiva e suas conseqüentes repercussões no âmbito do direito de família e no direito das sucessões. Citando Fachin, Nogueira Gama traz uma importante reflexão:

[...] é importante que o legislador proceda à eleição das verdades sobre as quais se deverão sustentar a paternidade, a maternidade e a filiação, o que representa a indispensabilidade de reconhecer que apenas o fundamento biológico é insuficiente para abarcar todas as possibilidades, notadamente no âmbito do emprego das técnicas de reprodução humana assistida. (2003, p. 678/679).

O destino dos embriões excedentários e a forma de descarte ainda carecem de melhores definições. Do mesmo modo, a possibilidade de doação e adoção de embriões precisam de um tratamento mais específico. Ao mesmo tempo, Maluf (2010) levanta questionamentos acerca da fecundação artificial *post mortem*, da fertilização artificial heteróloga e da cessão temporária de útero. Tais procedimentos trazem conflitos em relação a papéis familiares, além de questionamentos bioéticos. São numerosos os conflitos verificados a partir da utilização de métodos de RHA, notadamente no plano do direito civil-constitucional. Convém, então, analisar brevemente a evolução das entidades familiares e os princípios que regem a família moderna.

João Baptista Villela (1980) faz uma abordagem acerca da relação entre liberdade e família. Parte do pressuposto que a relação entre os dois fenômenos é ambígua, vez que declara que um se apresenta como limite e promoção do outro. A partir daí, analisa a evolução da família e a inserção e ampliação do conceito de liberdade como pressuposto para realização felicidade.

Inicialmente, expõe que as relações entre família e liberdade possuem natureza ambivalente, afirmando que “a família cerceia a liberdade, ao mesmo tempo que a realiza sob outra forma” (VILLELA, 1980, p. 10). Com efeito, ao mesmo tempo em que a constituição da família impõe certos deveres ao indivíduo, proporciona realização de direitos e liberdades, promove realização e crescimento pessoal. Gera obrigações, mas não prende, não escraviza.

Interessante a análise que Baptista Villela traz, em seu texto sobre liberdade e família, da evolução desta até chegar ao panorama de liberdade proposto para a época. Em linhas gerais, parte da família tradicionalmente composta por pai, mãe e filhos, leia-se filhos “matrimoniais”, com base no casamento e nos vínculos formais, para o conceito de família atual, pautado na liberdade e na socioafetividade.

Parafraseando Amartya Sen, poder-se-ia falar na família como liberdade. A instituição do casamento ganha novos contornos, com vistas à liberdade e realização pessoal. O casamento, como instituição familiar, deve servir para a realização individual, e não o contrário. A partir do momento em que não se esteja na plenitude de realização no seio matrimonial, devem os cônjuges se verem livres para buscar cada um o caminho que mais o satisfaça enquanto pessoa.

É nesse contexto que o divórcio, a constituição de união estável ou outras formas de convivência aparecem como modos de realização familiar. O que importa é que os modelos de família evoluíram conforme novas necessidades eclodiram no seio social.

Nesse ponto, merece destaque a chamada “despolarização procriacional da família” (VILLELA, 1980, p. 23). Nesse ponto, há que se avaliar a evolução de sua função na sociedade. Outrora vista como unidade com funções econômica, religiosa, política e de previdência, a procriação se apresentava, inclusive, como instrumento para consecução das funções que se lhe apresentavam.

Hodiernamente, a família não apresenta outra função que não a afetiva, de realização pessoal e existencial, espaço de consecução das dignidades humanas das pessoas. A liberdade se revela também na composição do núcleo familiar, de modo que é aberta a opção de ter filhos ou não e também os modos pelos quais se pretende tê-los, se através da filiação natural, artificial ou adotiva.

Para Fachin, o modelo de família fechado, patriarcal e baleado em laços de poder foi, paulatinamente, sendo substituído por outro, pautado, hoje, na liberdade, participação e afeto. A família com função religiosa, econômica, procriacional e de previdência foi substituída pela família com função socioafetiva e de realização pessoal. O que importa atualmente é a busca pela felicidade no ambiente familiar. Como bem retrata o texto em comento, o jargão “eles foram felizes para sempre” foi substituído hodiernamente por “viveram felizes por certo tempo” (2010, p. 327), o que nada mais é do que o reflexo dessa nova função familiar.

Importante o questionamento que o supracitado autor faz sobre o paradigma da cidadania familiar no âmbito do novo Código Civil. Nesse ponto, há que se concordar que o referido diploma já nasce excludente, deixando à margem debates já existentes à época de sua

elaboração, como o reconhecimento mais claro da união estável na sua acepção mais ampla e da família socioafetiva (FACHIN, 2010, p. 327), o que ficou a cargo da jurisprudência, por meio da aplicação de princípios consagrados na Constituição.

De qualquer modo, há de ser reconhecer que inovações e passos enormes foram dados. O reconhecimento da igualdade de filiação, a dissociação entre paternidade e ascendência genética, a afetividade como função da família podem ser citados a guisa de exemplo.

Papel fundamental teve a Constituição Federal de 1988. A Carta constitucional não fechou os olhos aos clamores sociais, reconheceu a evolução nos modos de composição do núcleo familiar a partir das novas, talvez antigas, mas agora reconhecidas, necessidades de realização individual. A partir de parâmetros pautados na liberdade e dignidade, o desenho familiar, nas palavras de Fachin, “não tem mais uma única configuração. A família se torna **plural**” (FACHIN, 2010, p. 339). (grifos nossos).

Paulo Lôbo (2008, p. 189), ao falar sobre os princípios que regem o direito de família, dispõe, em linhas gerais, que esses princípios refletem a nova percepção da família, com fundamento no afeto e na realização pessoal. Com base no princípio da igualdade, não se fala mais em sujeição ou posições hierárquicas na família, a função econômica e procriativa cedeu lugar ao afeto e mesmo a filiação não tem mais como fundamento os laços de consaguinidade e sim os de afeição. Os princípios consubstanciados na CF/88, notadamente, mas não exclusivamente, nos arts 226 e 227 da Carta Magna, devem, pois servir de marco normativo na regência da moderna família brasileira.

Em linhas gerais, o conceito de família se desvincula daquela figura tradicional composta pelos pais e filhos biológicos e passa para formas mais amplas de aceitação, formas estas nas quais pode estar inserido um projeto artificial de filiação, pelos mais variados motivos, conforme a análise feita no capítulo 1 do presente artigo.

A partir daí, pode-se falar na figura dos pais, nas suas mais variadas modalidades, que podem ser biológicos ou afetivos, e na figura dos genitores, aqueles que cedem o material genético. Nem sempre o pai/mãe será o genitor. Nessa afirmação se pode verificar o paralelo entre as “três verdades” trazidas por Nogueira da Gama (2003, p. 674): a verdade jurídica, a verdade biológica e a verdade afetiva.

Verdade biológica é a que está vinculada ao material genético, a jurídica, ou pseudo-biológica seria a definida pelo sistema jurídico quando o fundamento biológico e/ou as presunções legais sobre paternidade se demonstram insuficientes, a verdade afetiva, a seu turno, está baseada nos laços de amor e carinho nos quais se fundamentam a relação entre

paternidade e filiação. Nesse contexto, quando as três verdades entram em conflito, tomando por base os fundamentos atuais do direito de família, os laços de afeto devem prevalecer. Pode até parecer claro, mas nunca é fácil a determinação.

Por fim, não se poderia deixar de falar na gestação de substituição. A famosa “barriga de aluguel” também foi objeto da normatização do Conselho Federal de Medicina, nos seguintes termos:

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

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

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos.

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

[...]

Como se vê, é possível realizar um projeto de filiação utilizando o útero de uma doadora. Vários cenários podem se compor: a) útero da doadora, que vai gestar a criança e embrião do casal que deseja o filho; b) útero de uma doadora, óvulo da mulher que deseja a criança e gameta masculino de uma terceira pessoa; c) útero de uma doadora e embrião doado por outro casal etc. Os prováveis conflitos são muitos.

Inicialmente, como tudo o que já foi aqui dito, não há norma jurídica sobre gestação de substituição no Brasil. O procedimento regular é registrar a criança segundo o termo da maternidade – mãe é quem dá a luz. É preciso, então, que haja um outro procedimento para que conste no registro o nome da mulher que buscou a filiação. Mas e se aquela que gestou o bebê por nove meses, passando por todas as benesses e dificuldades de uma gravidez, não quiser dar a criança? Haverá um conflito entre as três verdades supracitadas, sem que disponhamos de um parâmetro normativo próprio a solucionar esse litígio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento da ciência e tecnologia possibilitou um avanço considerável nas técnicas da chamada reprodução humana assistida (RHA), de modo que fatos que eram outrora objeto de filmes de ficção se revelam hoje uma realidade. Assim, as técnicas de RHA

já possibilitam a fecundação extracorpórea e a preservação dos embriões excedentários a baixas temperaturas, bem como permite a filiação a pessoas solteiras e a casais homoafetivos, por meio de técnicas como a cessão temporária de útero.

Todavia, ao mesmo tempo em que a tecnologia traz esperança a pessoas que outrora não poderiam ter filhos, traz questionamentos ético-jurídicos acerca dos procedimentos e técnicas empregados e resultados obtidos. Na medida em que as técnicas avançam, as dúvidas e inquietudes sociais se multiplicam, sem que a produção legislativa seja capaz de conceder respostas em tempo hábil. Nesse contexto, as resoluções do Conselho Federal de Medicina têm se apresentado como elemento norteador para essas práticas, todavia, dadas as potenciais repercussões no seio da sociedade, tais atos normativos não se apresentam como suficientes. O Código Civil de 2002 fala muito pouco sobre a matéria, apenas na presunção de filiação na reprodução assistida homóloga e heteróloga. Mas a sociedade urge por muito mais disciplina e orientação, tem-se levantado temas como adultério e estabelecimento de maternidade na gestação por substituição, questionamentos que, por mais que o CFM se esforce, não será capaz de responder.

De qualquer modo, as técnicas de RHA têm contribuído e muito na formação do núcleo familiar, facilitando a composição de uma família que hoje é plural, conforme definição de Fachin citada acima. Na ausência de norma acerca do tema, a resolução 2013 do CFM tem se apresentado como eficaz para orientar o procedimento ético de médicos e clínicas especializadas, mas é preciso analisar o referido ato normativo a partir do ponto de vista ético e jurídico e apontar possíveis soluções para os impasses que se apresentam.

6 REFERÊNCIAS

BORGES JÚNIOR, Edson; OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. *Reprodução assistida: Até onde podemos chegar?* São Paulo: Editora Gaia, 2000.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 2013/2013*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf. Acesso em 15 de dezembro de 2013.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. Inovação e Tradição no Direito Contemporâneo sob o Novo Código Civil Brasileiro. In: Bastos, Eliane Ferreira (coord.). *Afeto e estudos familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais*: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. A Repersonalização das Relações de Família. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *O Direito de Família e a Constituição de 1988I*. São Paulo: Saraiva, 1989.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Princípios do Direito de Família*. Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe. nº 21 (março de 2008)

VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas. 2010.

ROCA i TRIAS, Encarna. Direitos de reprodução e eugenia. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 100-126.