

FILIAÇÃO BIOTECNOLÓGICA E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS NO ÂMBITO INTERNO

MARIA POMPEIA SEVERIANO ARAÚJO¹

Resumo: O presente estudo debruça-se sobre a filiação decorrente de técnicas de reprodução humana assistida, bem como acerca das questões bioéticas e jurídicas suscitadas pelas práticas biomédicas amplamente difundidas no Brasil. Considerando as diversas espécies do gênero reprodução assexuada, como alternativas para a efetivação de um projeto parental, cuja filiação poderá se estabelecer por vínculos biológicos ou laços afetivos, serão, pois, analisadas as reproduções assistidas homóloga e heteróloga. Estas, possibilitadas há pouco mais de três décadas a partir da evolução biotecnológica voltada para a engenharia genética, o que tornou possível a intervenção científica na matéria viva, sobremaneira na manipulação direta de gametas feminino e masculino, realizando o sonho da paternidade e maternidade de milhares de famílias até então impossibilitadas de estabelecer vínculo filiatório.

Palavras-chave: *Biotecnologia. Filiação. Reprodução Assistida. Efeitos Jurídicos.*

INTRODUÇÃO

A pesquisa deita-se sobre as modalidades de filiação fundadas na evolução biotecnológica, uma vez consideradas as técnicas de reprodução assistida heteróloga unilateral e bilateral as quais dão ensejo à peculiaridades sócio-jurídicas da filiação pautada na afetividade. Também se enfoca a reprodução assistida homóloga posto que esta, quando realizada após a morte do doador dos gametas gera uma série de questionamentos sobre sua validade e eficácia no mundo jurídico.

A prática de manipulação germinativas humanas é fato facilmente constatável na atualidade e cujas manobras de técnica e de ciência médica são tendentes a realizar, por meios artificiais, a fertilização de seres humanos em laboratório. Sendo uma de suas finalidades a de servir de fundamental ajuda àqueles que querem conceber filhos, mas que, por diversas razões, naturalmente não conseguem. Estas técnicas, de finalidade indiscutível, viabilizam o propósito de procriação e a efetivação do planejamento familiar, consagrado na Constituição da República (art. 226, § 7º).

O desenvolvimento de técnicas assistidas capazes de substituir a fecundação natural ensejou sérias questões de caráter ético, filosófico e jurídico, haja vista que tanto a intervenção no fenômeno da procriação quanto à possibilidade de manipulação do embrião humano mobilizaram médicos, filósofos e juristas na construção de balizas

¹ Bacharel em Direito pela *Faculdade Luciano Feijão (FLF)*. Especialista em Gestão de Recursos Humanos pelo *INTA*. Graduada em Gestão de Recursos Humanos pela *Universidade Vale do Acaraú (UVA)*. E-mail: pompeia.scssobral@hotmail.com

éticas para sua aplicação. Assim, serão considerados aqui tais discursos, bem como a velocidade dos avanços científicos e a precariedade da legislação existente no âmbito interno, o que demandou um fortalecimento da ética como provedora de parâmetros à utilização pelos médicos dos novos procedimentos de fertilização humana em laboratório, constatados quando da análise da Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina – CFM.

Nesse contexto, insta salientar, por fim, que diante do avanço científico das técnicas de reprodução humana assexuada vislumbra-se uma necessidade paralela e urgente de regulamentação acerca da matéria que venha comportar todas as possibilidades de maternidade e paternidade possíveis no âmbito da biotecnologia, assim como os efeitos delas decorrentes, que traga soluções aos conflitos éticos e jurídicos emergentes, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro não oferece uma solução jurídica adequada, pois ainda não há legislação específica sobre tão ampla e complexa matéria.

TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Com a intervenção direta de um especialista a reprodução assistida é realizada basicamente de duas maneiras: através da fecundação *in vivo*, ou seja, no próprio aparelho reprodutor feminino, a exemplo da inseminação artificial; ou através da fecundação *in vitro*, aquela que ocorre fora do organismo feminino, numa proveta.

Também conhecidas como Novas Tecnologias Reprodutivas, essas técnicas dividem-se em cinco diferentes métodos de fecundação: 1) **Inseminação artificial** – consiste em levar o sêmen ao interior do aparelho reprodutor da mulher; 2) **Fertilização In Vitro** – óvulo e sêmen são fertilizados em um tubo de ensaio ou placa *de petri*, fora do corpo da mulher; 3) **Transferência Intra-tubária de Gametas** – coleta de óvulos por aspiração vaginal, com transferência para as trompas de falópio; 4) **Transferência Intra-tubária de Zigoto** – fecundação *in vitro* do zigoto, que é o embrião na fase pró-nuclear, ou seja, antes de ocorrer a divisão celular; e 5) **Injeção Intracitoplasmática de um único Espermatozóide** - um único espermatozóide é introduzido no citoplasma do óvulo.

A partir dessas cinco técnicas de reprodução assexuada, Falcão (2008, p. 21) esclarece a possibilidade de uma diversidade de outras técnicas mediante recombinação, o que já deu ensejo a quatorze hipóteses, sendo a décima quarta a que

exclui totalmente do processo reprodutivo a participação do casal que idealizou o filho.

BIOTECNOLOGIA E SUAS IMPLICAÇÕES NA FILIAÇÃO

Vistas as técnicas de reprodução humana à luz do progresso da biotecnologia voltada para a engenharia genética como primeira parte desta pesquisa, passa-se agora a discorrer mais detidamente sobre as espécies de reprodução humana assistida e suas implicações na filiação. Para tanto, necessário se faz uma primeira abordagem acerca das três modalidades de filiação reconhecidas no ordenamento jurídico interno para melhor compreendê-las e distingui-las: a) **filiação biológica** – também conhecida por filiação genética, é decorrente da reprodução sexual onde o filho é portador da configuração genética dos pais; b) **filiação socioafetiva** – decorre tão somente do afeto. Sua afirmação é possibilitada longe dos laços de consanguinidade; e c) **filiação presumida** – também chamada de filiação legal, decorre da presunção de paternidade associada ao casamento.

Para Tartuce (2013) a filiação é a relação jurídica existente entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, ou seja, entre pais e filhos. E que tal relação é regida pelo princípio da igualdade entre os filhos, conforme prevê o art. 227, § 6º da Constituição Federal, a qual veda qualquer designação discriminatória acerca da filiação, sendo os filhos havidos ou não da relação de casamento ou adoção.² Mais detidamente explica Dias (2010, p. 39):

A norma fundamental consagrou a igualdade entre os filhos, proibindo qualquer discriminação. Os filhos antes chamados de legítimos porque oriundos de relação matrimonial possuem os mesmos direitos daqueles oriundos das mais diversas espécies de entidades familiares, sejam biológicos ou não. Através desta nova orientação, prestigiou-se o princípio da dignidade da pessoa humana, resgatando-se o ser humano como sujeito de direito.

No mesmo sentido recai a compreensão de autores como Ferraz (2008, p. 37) e Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 634) os quais sublinham que o Código Civil de 2002 veio para ordenarizar o que de fato já vinha sendo estabelecido pela norma fundamental, reafirmando os valores por esta reconhecidos, posto que a principal reviravolta no que tange à filiação consiste no reconhecimento da afetividade como

² CF/88 - Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

geradora da relação de filiação. E que o critério biológico, embora seja o preferido pela jurisprudência pátria, não pode mais ser visto como critério absoluto para a filiação, não detendo a supremacia sobre as demais.

Nessa linha, entende-se que a legislação presume que a filiação pode decorrer de fontes diversas e não mais exclusivamente biológica, como preconizava o CC/1916. Agora, a filiação tanto pode decorrer dos meros laços sanguíneos (parentesco natural), da mera adoção ou eleição (parentesco civil), como também da pura afeição (parentesco resultante das procriações artificiais). Esta inovação está prevista no art. 1.597, do Código Civil vigente, presumindo a filiação àqueles havidos por inseminação artificial heteróloga, o que moderniza o Direito de Família. Nada mais autêntico do que reconhecer como pai quem age como pai, quem dá afeto, quem assegura proteção e garante a sobrevivência.

FILIAÇÃO DECORRENTE DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Com a utilização em larga escala da biotecnologia para fins de reprodução humana em laboratório, cujos conceitos jurídicos de filiação e família passaram por mutações, surgiu a necessidade de se regulamentar as relações jurídicas decorrentes de seu emprego, em especial no Direito de Família, no que diz respeito à filiação e ao parentesco.

Para que se possa definir o direito à filiação deve-se ter em mente que tanto a lei como a doutrina e a jurisprudência consagram, além da filiação biológica e jurídica, a filiação civil ou socioafetiva. É justamente nessa ótica que o caráter biológico da filiação cede espaço também à afetividade, estendendo-se, desta forma, o direito de igualdade à filiação adotiva, à **adoção à brasileira**, aos filhos de criação e aqueles gerados por meio de técnicas de reprodução assistida, por força da vedação de qualquer tipo de discriminação entre filhos.

O Código Civil de 2002, embora de forma precária, trata a questão da reprodução humana assistida no capítulo referente à filiação, tão somente nos incisos III, IV e V do artigo 1.597, os quais tratam das modalidades homóloga e heteróloga de fecundação.³

³ CC/2002 - Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...]; III – havidos por fecundação homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se

São muitas as questões controvertidas, de caráter prático, que surgem em decorrência dos três incisos acima citados envolvendo o biodireito. Lembremos que, embora o *caput* do dispositivo se refira ao casamento, por força do disposto no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal⁴, entende-se que as regras devem ser aplicadas às hipóteses de união estável, reconhecida como entidade familiar, bem como à união homoafetiva, também reconhecida pela suprema corte em 2011 através da ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF.

FILIAÇÃO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA

Ocorre quando as células germinativas masculina e feminina utilizadas para a fecundação pertencem ao casal que deseja o filho. Processo este que é realizado *in vivo*, ou seja, no corpo da mulher; ou *in vitro*, quando sêmen e óvulo do casal são fecundados em tubo de ensaio e posteriormente inseridos nas trompas de falópio, órgão reprodutor feminino.

Esse tipo de reprodução assistida pode ocorrer durante a vida do marido ou companheiro ou após sua morte. Tal técnica não gera muitos problemas jurídicos, já que o material genético usado é do próprio casal. O Código Civil de 2002 contempla ambas as hipóteses de filiação advindas da reprodução assistida homóloga nos incisos III e IV do art. 1.597⁵, que pode ser utilizada quando da impossibilidade ou deficiência para gerar de um ou de ambos os pretensos pais.

Nesse sentido, a disposição da lei é clara, presume-se pai aquele que consentiu em se submeter à técnica de inseminação artificial homóloga e doou material biológico para a fecundação do óvulo da esposa ou convivente. Se houve o consentimento livre e informado de ambas as partes para realização do procedimento, a lei lhes atribui a paternidade e a maternidade do filho assim gerado. Neste tipo de reprodução, a autorização expressa do cônjuge ou companheiro não é necessária.

tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

⁴ CF/88 - Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

⁵ Art. 1.597. 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.

Além disso, Ferraz (2011, p. 17) e Joazeiro (2010, p. 1.440) alertam que o CC/2002 atribui a paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial homóloga ao marido ou companheiro, mesmo que o nascimento tenha ocorrido após o falecimento deste e utilizados os embriões excedentários, pois o inciso não dispõe limite temporal para que este material genético seja utilizado, o que, portanto, não poderá ser questionada segundo a nossa lei civil.

As divergências, sobretudo doutrinárias, se apresentam exatamente no que tange a fecundação após a morte do marido ou companheiro, posto que o novo Código Civil trouxe essa inovadora e polêmica possibilidade de fecundação póstuma, mas para tanto deve o falecido ter deixado anuência expressa para isto ocorrer, sem autorização prévia e expressa, não poderá a mulher fazer uso do material genético, uma vez que este não é caracterizado como objeto de herança. Entendimento este sedimentado pela doutrina majoritária e previsto na Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina – CFM.⁶

Outra questão insurgente acerca da fecundação após morte recai sobre o estado civil da mulher que deseja utilizar o material genético de seu falecido marido, uma vez que a codificação vigente não carrega previsão. Porém, o Enunciado 106 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, editado em 2002 e confirmado na Jornada seguinte, ocorrida no ano de 2006, estabelece que é obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução humana assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, para que seja presumida a paternidade do marido falecido.

IMPLICAÇÕES NO DIREITO SUCESSÓRIO

A polêmica se estende ainda em torno dos direitos sucessórios da criança concebida através da técnica de inseminação artificial homóloga após a morte do cônjuge ou companheiro doador do material genético.

Embora a legislação brasileira reconheça como filho a criança concebida por meio de inseminação artificial, ainda que o pai tenha falecido (art. 1597, III, CC), outro dispositivo do mesmo código civil diz que são considerados passíveis de receber

⁶ Resolução n 2.013/2013 do CFM. V – Criopreservação de Gametas ou Embriões. [...]. 3 - 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.

herança as pessoas nascidas ou já concebidas,⁷ o que deixaria fora filhos do autor da herança que fossem concebidos no futuro, por meio da inseminação artificial, quando da utilização de espermatozoides criopreservados. Porém, tal legislação fez previsão de sucessão para o ainda não fecundado na condição de legatário.⁸

O mesmo tratamento é dado aos filhos havidos através de embriões excedentários (congelado em nitrogênio líquido) art. 1.597, IV, CC/2002, filho já concebido a época da abertura da sucessão, mas porque está fora do ventre materno não é considerado nascituro e, portanto, também é afastado da sucessão legítima. Desta forma, o filho assim gerado também só herdará mediante disposição testamentária, na condição de legatário.

Se o legislador reconhece a filiação, seria de bom alvitre que o aplicador do direito reconhecesse os direitos hereditários, embora estes não estejam previstos expressamente no ordenamento jurídico. Neste sentido, Dias (2010, p. 172) compreende que uma vez determinado pela lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC/2002, 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798) e até às pessoas ainda não concebidas (CC 1.799, I), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*. Sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, descabido afastar da sucessão de quem é filho e foi concebido pelo desejo do genitor.

O obstáculo que divide a doutrina encontra-se justamente no artigo 1.798 do CC/02 (legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da sucessão). A exemplo da tese positivista de Diniz (2014, p. 550): “Filho póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu ‘pai’ genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou *ab intestato*”.

A problemática continua ao tentar estabelecer o tipo de sucessão que se sujeitará o filho concebido após a morte do pai biológico, parecendo mais sensato e justo compreender que os filhos nascidos pela inseminação artificial *post mortem* são herdeiros legítimos, com fulcro no princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

⁷ CC/2002 – Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

⁸ Ibid. – Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.

FILIAÇÃO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

Para a realização dessa espécie de reprodução assexuada é necessária utilização de material genético de terceiro, um doador estranho ao casal. Por sua vez, a citada técnica subdivide-se em: **unilateral** - quando apenas um dos gametas (sêmen ou óvulo) utilizados não pertence ao casal receptor; ou **bilateral** - na qual se utiliza sêmen e óvulos doados.

Esse procedimento é tecnicamente conhecido como ectogênese ou fertilização *in vitro*. Aqui o óvulo da mulher é retirado e fecundado na proveta, com sêmen de doador anônimo, para posteriormente introduzir o embrião no seu útero ou no de outra mulher. Diferentemente da inseminação artificial, esta técnica utiliza-se da manipulação direta e extracorpórea de óvulo e embrião.

A ectogênese é buscada pelos casais quando um dos dois é infértil, ocorrendo na maioria das vezes com relação à infertilidade do marido ou companheiro. Mas também, apesar de pouco mencionado entre os doutrinadores, outras duas hipóteses que fazem os casais buscarem a reprodução assistida heteróloga é o diagnóstico de doença genética que um ou outro possua e que pode ser transmitida para a criança, bem como a situação de impossibilidade reprodutiva, condição dos casais homoafetivos.

A utilização da técnica deve ser em última instância e tem por finalidade tão somente a procriação humana, portanto, é vedada a fecundação para qualquer outra finalidade, conforme prevê a norma ética do Conselho Federal de Medicina - CFM.⁹

O Código Civil de 2002, por sua vez, presume a paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido,¹⁰ reforçando, assim, a natureza socioafetiva do parentesco.

No que tange ao prévio e irretirável assentimento do cônjuge ou companheiro(a), para a realização de uma reprodução assistida heteróloga, pressupõe hipótese de presunção absoluta de paternidade ou maternidade socioafetiva, esta, no atual contexto jurídico, em muitas situações se sobrepõe à biológica, pelo seu

⁹ Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina – CFM. Seção I – Princípios Gerais. **1-** As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação. **2** - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente, e a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos. **5** - É proibida a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

¹⁰ CC/2002 – Art. 1.597. Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...]; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

fundamento moral, não cabendo, pois, revogação da autorização por parte do marido ou companheiro após o emprego da técnica, conforme entendimento de Diniz (2014, p. 405) e Tartuce (2013, p. 1194).

Assim como o código civil, a Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina também faz menção à obrigatoriedade do consentimento para a realização da técnica reprodutiva, sendo necessária a assinatura de um termo de consentimento livre e esclarecido pelos pretensos pais,¹¹ o que chama para si a paternidade do filho resultante, fazendo com que incida a presunção absoluta estabelecida no dispositivo legal (art. 1597, V, CC/2002).

Como bem explica Farias e Rosenvald (2013, p. 670): “a criança concebida por reprodução assistida heteróloga, pressuposta a anuência do marido ou companheiro é, por presunção de lei, filha de quem autorizou o ato”. Assim, o que parece essencial de fato é que exista a autorização, e independentemente de ser escrita ou verbal, uma vez concedida de forma livre e consciente, não há se falar em impugnação de paternidade.

Falcão (2008) e Almeida (1988) compreendem que a presunção de paternidade deita-se na vontade dos pais, expressa mediante o consentimento, o que demanda o início do projeto parental. Em consequência, o vínculo que passa a unir pai/mãe/filho ganha proteção jurídica e serve para iniciar a formação da filiação nos moldes da socioafetividade, uma vez que a presunção de paternidade, nos casos de procriação heteróloga, é absoluta, em face do sigilo do doador. Sendo o assentimento inequívoco faz nascer, portanto, a responsabilidade de natureza constitucional impossível de ser posteriormente afastada por vontade das partes.

Somente em caráter excepcional o cônjuge ou convivente poderá impugnar a paternidade levada ao registro do filho, caso ele tenha sido levado a erro, porém deverá provar o alegado se ainda não tiver se estabelecido o estado de filiação afetiva, porque esta prevalece sobre a biológica na técnica heteróloga de reprodução humana.

¹¹ Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina – CFM. Seção I – Princípios Gerais. **3 - O consentimento 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, ético e econômico. O documento de consentimento informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas a serem submetidas às técnicas de reprodução assistida.**

FILIAÇÃO DECORRENTE DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Trata-se de mais uma espécie conceptiva heteróloga, também denominada gravidez de sub-rogação, doação temporária do útero ou gestação por outrem. É utilizada pela medicina para possibilitar que uma paciente que esteja biologicamente impossibilitada de gestar ou de levar a gravidez a termo, por causas diversas, possa ter um filho. Desta forma, uma das possibilidades seria a fecundação do seu óvulo, *in vitro*, sendo o embrião gestado no útero de outra mulher. Conforme Maluf (2013, p. 544):

A referida prática elimina a presunção *mater semper certa est*, que é determinada pela gravidez e pelo parto. Não subsiste, entretanto, também a presunção *pater is est*, ou seja, através da qual o pai seria o marido da mãe. Desta forma, vemos que quem dá à luz não é a mãe biológica, mas a gestatriz, e como o filho não tem a sua carga genética, poderia ser classificada como *mãe civil*, nos termos do art. 1.593 do CC/2002.

A técnica da gravidez de sub-rogação não tem respaldo legal no Brasil, pois não há menção alguma desse método de reprodução assexuada no Código Civil de 2002, sendo a matéria disciplinada tão somente pelo Conselho Federal de Medicina desde 1992. O que vem norteando essa prática é tão somente a Resolução n. 2.013/2013, a qual trouxe inovação acerca deste procedimento permitindo tal prática não só mais em caso de problema médico que impossibilite gestar, mas também em caso de união homoafetiva,¹² desde que a cessão temporária do útero seja realizada por parentes dos titulares do material genético.

Diniz (2014, p. 271) explica que “essa técnica traz a possibilidade de mulheres homossexuais terem filho, mediante a doação de óvulo por uma delas, o qual, sendo fertilizado por sêmen de doador, será implantado no útero da outra que, então, dará a luz uma criança gerada pela participação de ambas”.

Dessa forma, a companheira doadora não gestante deverá socorrer-se da adoção para estabelecer o vínculo parental. Entende Maluf (2013), que a norma ética autoriza inclusive um casal de homens a recorrer à **barriga de aluguel** após aprovação do caso concreto perante o Conselho Regional de Medicina (CRM) – que avalia a qualidade da clínica, a estabilidade do relacionamento e a legalidade do procedimento.

¹² Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina. Seção 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.

A norma deontológica também estabelece quem pode ceder o útero para fins de gravidez de substituição, e esta poderá ser efetivada por familiares cujo parentesco consanguíneo alcance, atualmente, o quarto grau. Ou seja, mãe, irmã, avó, tia e prima, de qualquer dos parceiros, poderão gestar em substituição à mãe biológica. Assim, a norma inovou quanto ao grau de parentesco, que na resolução anterior (1.957/2010) só era permitida até segundo grau e apenas com parente da doadora genética, mantendo-se a idade máxima de 50 anos da cedente do útero.¹³

A técnica poderá ser desenvolvida sob duas modalidades: homóloga ou heteróloga. Assim, podemos ter o material genético do próprio casal, o qual é implantado numa terceira mulher que cede o seu útero; ou material genético de terceiros, diferente do casal, implantado na cedente do útero.

A polêmica acerca da técnica de substituição gestacional reside sobre a definição da maternidade, uma vez que não existe norma privilegiando a maternidade socioafetiva. Nesta seara, autoras como Diniz (2014); Alencar (2012); e Ferraz (2011) vêm alertando que independentemente da origem genética ou gestacional, mãe seria aquela que manifestou a vontade procriacional recorrendo a estranhos para que ela se concretizasse. Entendem as ditas autoras que se tratando de um embrião formado com óvulo de uma doadora estranha ao casal e implantado em uma terceira pessoa, não se justificaria que a doadora do óvulo fosse considerada a mãe para os efeitos legais, posto que, na verdade, a relação de afetividade se instaura entre o casal que procurou a técnica e o nascido, sendo a participação da doadora apenas de auxílio, que no Brasil deve necessariamente ser gratuito.

Noutra via, existem autores que entendem ser a mãe aquela que dá à luz, a exemplo de Gouveia Krell (2007); Zeno Veloso (1997) e Sérgio Ferraz (1991), para estes a maternidade seria legalmente estabelecida pelo parto e não pela transmissão do patrimônio genético, ou seja, a mãe é sempre aquela que gestou.

Torna-se compreendido que a filiação decorrente da gestação por substituição heteróloga tem como fator determinante da paternidade e maternidade a vontade de procriar, que ultrapassa as barreiras biológica, social e ética. Assim como consagra a predominância do critério afetivo nas relações advindas da biotecnologia onde o melhor

¹³ Ibid. 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.

interesse da criança deve ser preservado, uma vez que é mais provável que o casal que tanto desejou o filho instituirá uma relação afetiva com a criança.

IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA FILIAÇÃO BIOTECNOLÓGICA E O ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO

O ordenamento jurídico brasileiro não acompanhou as inovações trazidas pelo progresso da biomedicina. Desta forma, a legislação que aí está não consegue disciplinar de forma satisfatória a questão como um todo, assim como não alcança todas as modalidades resultantes das técnicas reprodutivas assexuadas. Tal situação ainda se agrava pela quase inexistência de pronunciamentos por parte dos tribunais superiores.

Venosa (2010) pontua que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Para este autor, toda essa matéria que é cada vez mais ampla e complexa deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microsistema.

São louváveis os benefícios trazidos pela evolução biotecnológica e pela biomedicina, os quais superaram obstáculos de saúde relacionados à infertilidade e esterilidade de casais, bem como a superação da impossibilidade reprodutiva relacionada à sexualidade de homens e mulheres. Entretanto, percebe-se de logo que os métodos alternativos de reprodução interferem na ordem natural da vida humana e podem ter seu lado negativo, pois não se mensura os impactos a longo prazo como consequência dessa interferência no mistério da vida, principalmente se utilizados abusivamente, posto que são inúmeros os efeitos sem lei que os alcance e não há norma cogente que estabeleça limites e sanções.

Nosso ordenamento jurídico possui mirrados dispositivos legislativos que fazem menção a uma situação ou outra, de forma rasa e isolada, a exemplo da Lei de Biossegurança que traz em seu art. 5º, previsão sobre a utilização de embriões excedentários para fins de pesquisa com células-tronco embrionárias. Assim como o Código Civil, nos três incisos de seu art. 1.597, já discutidos.

Como meio de suprimimento às lacunas da lei, utiliza-se a norma deontológica do Conselho Federal de Medicina, mas é importante reiterar que a referida resolução não possui força de lei, sendo ineficaz na resolução de quaisquer conflitos que possam surgir entre os envolvidos numa determinada técnica reprodutiva

assistida. Com base nessa falta de regulamentação, Diniz (2014, p. 682) alerta que “essa conquista científica não poderá ficar sem limites jurídicos, que dependerão das convicções do legislador, de sua consciência e de seu sentimento sobre o que é justo”.

A reprodução humana em laboratório é um tema que está em constante discussão por abranger uma diversidade de técnicas procriativas assexuadas, sendo fácil encontrar omissões nos dispositivos legais existentes. Todavia, tais disposições legais têm sido interpretadas conjuntamente com as previsões constitucionais e seus princípios para amenizar os efeitos negativos das fertilizações assistidas no que tange à filiação e o melhor interesse do filho assim gerado.

Nesse contexto, importa mencionar que existem mais de uma dezena de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional sobre o instituto da reprodução assistida, consistindo em pequenas variações do que previa a primeira resolução do CFM (Resolução n.1358/92), portanto sem tanta relevância, pois repetem o teor das resoluções sem, contudo, prever soluções para seus efeitos.

O Conselho de Justiça Federal tem promovido Jornadas de Direito Civil, desde o ano de 2002, com a finalidade de reunir magistrados, professores, representantes das diversas carreiras jurídicas e estudiosos do Direito Civil para debate de temas sugeridos pelo CC/2002 e aprovar enunciados que representem o pensamento da maioria dos integrantes de cada uma das diversas comissões. No que tange aos dispositivos do Código Civil que fazem menção à reprodução assistida e seus efeitos no âmbito do Direito de Família e Sucessões, foram aprovados pelo citado conselho, nas jornadas I, III, IV, V e VI, diversos enunciados (103, 104, 105, 106, 107, 111, 126, 127, 128, 129, 257, 258, 519, 520, 570)¹⁴ para firmar entendimento acerca das divergências suscitadas pela matéria e facilitar as decisões dos julgadores.

Constata-se que é a ausência de regulamentação específica que suscita inúmeras dúvidas de interpretação referentes à reprodução assistida, à filiação, aos direitos da criança assim gerada, dando margem para opiniões divergentes e aquecidas polêmicas, bem como aos possíveis abusos na utilização das técnicas biotecnológicas disponíveis.

Por fim, resta lembrar que a única norma existente que de fato trata do tema de maneira direta e específica é a Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina - CFM, que traça os caminhos a serem seguidos pelos médicos, bem como disciplina

¹⁴ Conselho de Justiça Federal, 2012. Jornadas de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 21 nov. 2014.

sua conduta no que tange a utilização dos métodos de reprodução assistida. Porém, não possui caráter impositivo ou sancionador em caso de descumprimento de seus preceitos éticos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os avanços científicos na área da biotecnologia e biomedicina são responsáveis pelo surgimento desse novo cenário sobre a constituição das famílias modernas e o amplo conceito a elas atribuído. As técnicas de reprodução humana assistida passaram por um extraordinário processo evolutivo, desde o primeiro **bebê de proveta**, há 36 anos, o que deu início aos novos métodos reprodutivos para a realização do projeto parental, do sonho da maternidade ou paternidade daqueles casais acometidos pelos mais diversos problemas de infertilidade ou incapacidade reprodutiva.

As questões emergentes acerca dessas inovadoras técnicas de reprodução assexuada tomaram dimensões ainda não alcançadas pela legislação vigente, pois o direito brasileiro não foi capaz de acompanhar tantas transformações e se adequar à nova realidade, o que dá ensejo à desarmonia entre o mirrado dispositivo legal e os desdobramentos das técnicas biotecnológicas de reprodução humana assistida, gerando, ainda, inúmeras controvérsias jurídicas, bem como reflexões éticas, morais e até religiosas que permeiam o tema, contribuindo para que fique cada vez mais latente a necessidade de tutela legal específica para as questões carregadas de valor, que agora clamam por norma especial.

No direito civil, mais precisamente no Direito de Família e Sucessões, a reprodução humana assistida gera diversas consequências, merecendo tais áreas novamente serem revistas, por força das novas possibilidades de filiação. Neste sentido, não foi difícil observar que as questões ora postas provavelmente impõem uma ótica multidisciplinar influenciada pela ética e pelos diversos conhecimentos. Portanto, seria necessário impor limites éticos e jurídicos a fim de respeitar sempre a dignidade da pessoa humana, posto que o ser humano não pode ser coisificado.

Parece coerente que a evolução na biomedicina deve coexistir com o Direito, com a ética, os bons costumes, os valores culturais e os princípios constitucionais, para a formação da nova sociedade. Sendo que, para o tratamento dado à vida, à filiação, à dignidade humana, em matéria de reprodução humana assistida, não há respostas

definidas, mas o denominador comum encontrado no meio de tantas divergências é a defesa do respeito à vida humana e sua dignidade, tônica de todas as discussões e de todas as manifestações sobre a matéria. E que o grande problema é, pois, a definição de limites, uma vez que o ordenamento jurídico continua silente.

Finalmente, entende-se ser necessária a elaboração e aprovação de uma lei ou estatuto específico para a reprodução humana assistida, instituída a partir de uma ampla reflexão interdisciplinar envolvendo outras áreas da ciência a exemplo da bioética, medicina, psicologia, direito, genética, sociologia. Tal pretensão legislativa, reclamada amplamente, teria a finalidade de coadunar o desenvolvimento médico-científico no âmbito da reprodução humana assexuada com a segurança das relações sociais e familiares.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Isadora Caldas Nunes. **A gestação por substituição à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/633/813>>. Salvador: 2012. Acesso em: 06 mai. 2014.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **O nascituro no Código Civil e no direito constituindo do Brasil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 25, n. 97, jan./mar. 1988. Acesso em 06/05/2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 46 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Código Civil (2002)**. Vade Mecum Acadêmico de Direito. Anne Joyce Angher (org.) 18 ed. São Paulo: Rideel, 2014.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 2.013/13**. Disponível em: <www.cfm.gov.br>. Acesso em: 10 jul. 2014.

_____. Conselho da Justiça Federal, 2012. **Jornadas de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FALCÃO, Karla Crushchewsky. **Reprodução Assistida Heteróloga e Filiação Socioafetiva**. Salvador: 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá: 2011.

_____. **Reprodução humana assistida e filiação**. 2008. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/921bad92-94c9-4205-810b-5c3d1b24d751>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

FERRAZ, Sergio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de**

Família – As famílias em perspectiva constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JOAZEIRO, Virgínia Araujo. **O biodireito no novo Código Civil e as relações de parentesco. Questões controversas no estabelecimento da paternidade in Direito de Família e Sucessos.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil. Princípios éticos e jurídicos.** Curitiba: Juruá, 2007.

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

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e da paternidade.** São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família.** 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.