

## BIOÉTICA E PROCRIAÇÃO ARTIFICIAL: AFETO, SEXUALIDADE E IDENTIDADE GENÉTICA<sup>1</sup>

BIOETHICS AND ARTIFICIAL PROCREATION:  
AFFECTION, SEXUALITY AND IDENTITY GENETICS

*Jeferson Dytz Marin*<sup>2</sup>

*Carlos Alberto Lunelli*<sup>3</sup>

**Sumário:** *Introdução; I. A Procuração Humana e a Evolução Tecnológica; 1.1. O Significado do Ato de Procriar; 1.2. A Separação da Procriação da Sexualidade; 1.3. As Técnicas de Reprodução como Solução da Esterilidade; II. Aspectos Jurídicos Decorrentes da Procriação Artificial; 2.1. A Ruptura de Verdades Jurídicas Fundadas na Perspectiva da Procriação Natural; 2.2. O Direito à Identidade Genética em Oposição ao Direito de Procriar; 2.3. O Direito de Família Centrado na Afetividade; Referências Bibliográficas.*

### RESUMO

O artigo aborda a questão da procriação, está sendo vista de diferentes pontos de vista. A procriação antigamente era vista como a base de um casamento, ao ponto que a fecundidade era considerada como um sinal de benção e felicidade. Com o passar do tempo, a procriação deixou de ser o objetivo do casamento e o homem descobriu que poderia sentir prazer sem a necessidade de procriar. Os avanços tecnológicos trouxeram grandes mudanças no tocante à fertilidade, e com as mudanças surgiram também alguns conflitos e dúvidas. A família passou a ser vista de um outro ponto de vista, tendo a afetividade um papel importantíssimo em sua estruturação.

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 29/12/2009; Aceito para publicação em: 20/04/2010.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito - UNISINOS-RS. Mestre em Direito - UNISC-RS. Especialista em Direito Processual pela UCS-RS. Advogado. Professor da graduação e pós-graduação da UCS-RS. Pesquisador CNPq. Membro do IEM. Autor dos livros "Jurisdição e Processo: efetividade e realização das pretensões materiais", "Jurisdição e Processo II: racionalismo, ordinarização e reformas processuais", Jurisdição e Processo III: estudos em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva (no prelo) e "ISS: aspectos controversos e a tributação bancária (no prelo)". *E-mail:* jmarin271@hotmail.com.

<sup>3</sup> Doutor em Direito – UNISINOS (RS). Mestre em Direito – UNSINOS (RS). Advogado. Professor da UCS – Universidade de Caxias do Sul – UCS e outras instituições de Ensino Superior. Membro do IEM. *E-mail:* calunelli@gmail.com.

## PALAVRAS-CHAVE

Procriação; Avanços Tecnológicos; Família.

## ABSTRACT

The article discusses the issue of procreation is being viewed from different viewpoints. Procreation once seen as the basis of a marriage, the extent that fertility was considered as a sign of blessing and happiness. Over time, procreation is no longer the goal of marriage and the man he could feel pleasure without needing to procreate. Technological advances have brought major changes regarding fertility, and also some changes and conflicts have arisen. The family now be viewed from another point of view, and the affection a vital role in its structuring.

## KEYWORDS

Procreation; technological advances; family.

## INTRODUÇÃO

Para o ser humano, procriar é mais, muito mais, do que simplesmente garantir a perpetuação da espécie. A procriação pode significar a plena realização do indivíduo.

Com o avanço tecnológico, cindiu-se a procriação da sexualidade e provocou-se verdadeira revolução nesse campo, ainda mais a partir das possibilidades de obtenção de uma nova vida, dispensando-se por completo o ato sexual, reconhecidamente a forma natural de alcançar-se a procriação.

E o desenvolvimento de técnicas avançadas, que permitem chegar-se à procriação independentemente do ato sexual, e representa a solução para aqueles que, por condições físicas, acham-se impossibilitados de gerar nova vida e, também, para os que registram a opção de ter um filho, prescindindo da sexualidade.

É evidente que tais avanços abalaram basilares princípios do Direito, que se firmavam apenas na procriação natural, única forma de gerar um novo ser que era conhecida da espécie humana.

As grandes discussões que se estabelecem, todavia, parecem carecer de fundamentação capaz de desencorajar as procriações assistidas e, nesse sentido, procura-se o estabelecimento de um novo paradigma para o Direito de Família que, proclamando o respeito à individualidade de cada um, privilegie o afeto, como elemento de sustentação e justificação das relações entre as pessoas.

## I. A PROCURAÇÃO HUMANA E A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

### 1.1 O SIGNIFICADO DO ATO DE PROCRIZAR

O ato de procriar constituiu-se numa das bases da instituição do casamento. Já no Direito romano, impedia-se o casamento dos castrados e dos absolutamente impotentes, porque o fim da instituição era a procriação.

A importância dada à capacidade de procriar, no casamento, determinou que, entre os romanos, Supurius Carvilius Ruga repudiasse a sua mulher por ser estéril. Surgiu, assim, o primeiro divórcio em Roma, em 523 a.C.<sup>4</sup>

O Direito Canônico, por sua vez, distingue no matrimônio fins primários e secundários. Os fins primários são a procriação e a educação da prole, enquanto que os secundários são os “remédios à concupiscência” e a ajuda mútua<sup>5</sup>. Atualmente, a Igreja Católica reconhece que a esterilidade não é causa impeditiva para o casamento (Cânone 1.068 § 3º). Todavia, a impotência ainda impede o matrimônio ou, se realizado, é causa de sua anulação.

O Direito Pátrio, bem afinado ao Direito Romano e à Moral Cristã, também se orientou no mesmo sentido: entre os motivos determinantes da anulabilidade do casamento, está o erro essencial quanto à pessoa do cônjuge, disposto no artigo 218, do Código Civil.

O artigo seguinte, do mesmo Diploma, traz a especificação do que se considera “erro essencial quanto à pessoa” e, entre quatro incisos, está a “ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável”<sup>6</sup>.

A interpretação exegética dessa disposição, de acordo com Clóvis Bevilacqua, citado por J. M. Carvalho Santos, representa “um defeito que impeça os fins do casamento, como a inaptidão para conceber ou para procriar”<sup>7</sup>. Todavia, para o ordenado pátrio, a esterilidade não constitui deformidade que justifique a anulação do casamento, porque apenas impede a procriação, não oferecendo obstáculo à união afetiva dos cônjuges e nessa é que esta a essência do matrimônio.

De qualquer modo, percebe-se claramente a estruturação do casamento com a finalidade procriativa.

É evidente que essa estruturação foi estabelecida e sustentou-se a partir de concepção morais, sociais e religiosas, que construíram um significado especial para a procriação que, sem dúvida, vai além da preservação da espécie.

<sup>4</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Dever de Coabitação – Inadimplente**. José Bushatsky Editor, São Pulo, 1976, p. 66.

<sup>5</sup> Cânone 1.013, § 1º.

<sup>6</sup> Art. 219, inciso III, do Código Civil Brasileiro.

<sup>7</sup> J. M. Carvalho Santos. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Volume IV: Direito de Família. 8. ed. 1976. p. 233.

Procriar também representa uma resposta social. Posternan diz que “É a sociedade que deseja sua própria sobrevivência e cobra do casal a função de pai”<sup>8</sup>.

O indivíduo nasce, cresce e desenvolve-se nutrindo, individualmente, o anseio procriativo. E, ainda de acordo com Posternan, “na verdade, ter filhos reaviva em todo o ser humano desejos sentidos na infância em relação aos próprios pais. Esses desejos têm a ver com a capacidade que percebíamos neles de “fazer coisas” que nós não conseguíamos – entre elas, manter relações sexuais e gerar filhos – o que nos acarretava raiva e inveja”<sup>9</sup>.

No mesmo sentido, Eduardo de Oliveira Leite escreve que “Através da procriação, refazemos aquilo que fizeram nossos pais, de continuar a cadeia da vida e, pois, lutar contra o envelhecimento e a morte, pela criança que deve sobreviver aos pais. A criança nasce e dá, pela sua presença, o estatuto de pais a seus procriadores. A partir de então, estes serão um pai e uma mãe, tanto quanto seus próprios pais”<sup>10</sup>.

Percebidos esses elementos, corolários é o reconhecimento de que a não procriação, especialmente dentro do casamento, é exceção que traz frustração de aceitação e natural expectativa. Ainda mais que a esterilidade, desde as mais remotas épocas, sempre foi considerada sinal do mal, enquanto que a fecundidade era a representação da bênção e da felicidade.

## 1.2 A SEPARAÇÃO DA PROCRIAÇÃO DA SEXUALIDADE

O advento dos métodos contraceptivos permitiu separar a atividade sexual do fenômeno procriativo. O homem percebeu que poderia sentir prazer com sua sexualidade, sem estar obrigado à procriação.

Esse fato representou importante marco sobre o comportamento humano e, como assevera Villela, “o impacto dessa ruptura contemporânea, ao produzindo pela fissão nuclear nas ciências da natureza”<sup>11</sup>.

Perceber a possibilidade do exercício da sexualidade, sem a necessidade de procriação, contribuiu para a desmistificação do casamento, como instituição destinada ao fim procriativo. Certamente foi um dos fatores responsáveis pela perda da importância institucional do casamento na sociedade moderna.

Entretanto, nas recentes décadas sobrevém ainda diversa oriunda da evolução tecnológica, que também encontra relação na desvinculação do exercício da sexualidade com a procriação e é a hipótese inversa, isto é, de obtenção da procriação, dispensando-se a sexualidade como meio.

<sup>8</sup> POSTERNAN, Leonardo. RAMOS, Magdalena. **E agora, o que fazer?** Best Seller, p. 34.

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994. p. 104.

<sup>11</sup> VILLELA, João Batista. Desbiologização da paternidade. Rio de Janeiro: **Revista Forense**. Vol. 271. p. 47.

Ao analisar o tema da separação entre a sexualidade e a reprodução, e depois de reconhecer ocorrido há muito tempo o afastamento da sexualidade da sua aptidão para a reprodução, José de Oliveira Ascensão registra que “a grande transformação que hoje se defronta, consiste em ter-se quebrado a derivação necessária de reprodução e sexualidade. Adquirem-se conhecimentos e desenvolvem-se novas técnicas capazes de levar à fertilização e ao nascimento, prescindindo do encontro sexual”<sup>12</sup>. E arremata, o mesmo autor: “as certezas jurídicas sobre a dependência entre sexualidade e reprodução são arrasadas”.

E a humanidade ainda apenas assiste, na espécie humana, a técnicas que se utilizam das células genitais. Mas animais e vegetais já foram obtidos a partir de recursos que envolvem manipulação de células não genitais, possibilitando o surgimento de seres com código genético idêntico.

O conhecimento humano tem ilimitado poder de evolução. Ao Direito, cabe acompanhar essa evolução, regulando e tutelando novas situações jurídicas que se representam, razão pela qual também lhe toca regular as técnicas de reprodução assistida.

### 1.3 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO COMO SOLUÇÃO DA ESTERILIDADE

A humanidade chegou a acreditar a esterilidade à maldição divina, enquanto reconhecia na fecundidade a benevolência. Somados os condicionantes psicossociais aos preceitos morais e religiosos, é bem fácil antever a representação da situação de esterilidade para o casal, que vão desde a frustração até situações de angústia patológicas.

A respeito, diz Eduardo de Oliveira Leite que “A esterilidade atinge o homem no que ele tem de mais profundo e provoca importantes repercussões psicológicas. Na mulher, a esterilidade também gera reações que vão desde a mais total revolta até o completo abandono”<sup>13</sup>.

E a evolução do conhecimento humano, na área da reprodução humana, apresenta-se como uma das soluções para o problema da esterilidade, notadamente para aqueles que não percebem, na adoção, uma possibilidade concreta e atrativa.

A pioneira das técnicas de reprodução assistida foi a inseminação artificial – que poderá ser homóloga ou heteróloga, dependendo estar-se utilizando, ou não, o sêmen do marido. A primeira, que representa o depósito do sêmen do marido no corpo da mulher, através de método que não a cópula natural, não gera maior controvérsias, quer no plano ético, quer no religioso ou jurídico, ao mesmo enquanto utilizado sêmen fresco.

A inseminação heteróloga, todavia, encontra resistência pelo fato de depender da utilização do sêmen de uma terceira pessoa, que será o ascendente genético do ser.

<sup>12</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. Rio de Janeiro: **Revista Forense**. Vol. 328. p. 70.

<sup>13</sup> Idem nota 7.

Além das resistências de ordem psicológicas, morais e religiosas, a inseminação heteróloga também encontra oposições jurídicas, especialmente em relação à questão do estabelecimento da filiação<sup>14</sup> supera atualmente o sistema clássico, ou legalista (através do qual é pai quem justas núpcias prova) apresentam-se questionamentos jurídicos envolvendo possibilidades de que o marido da mulher na qual se fez inseminação heteróloga pudesse, posteriormente, negar a paternidade. Ou, de outro lado, que o doador do esperma tivesse a prerrogativa de dar-se a conhecer e, finalmente, acerca do direito que se estabelece ao filho de conhecer sua ascendência genética.

O anonimato do doador e a gratuidade são condições que se tem exigido, em diferentes legislações e estabelecem-se como princípios norteadores da utilização da técnica.

A inseminação com esperma congelado – a primeira experiência registrada data de 1953 – traz, ainda, a discussão acerca dos efeitos jurídicos que se operariam nos casos de ocorrer depois da morte do pai, envolvendo também o trato sucessório.

Nos casos em que aparelho reprodutor da mulher não possibilite o encontro do óvulo com o espermatozoide, a técnica recomendada é a fecundação “in vitro” (FIV), que realiza a fecundação fora do corpo da mulher, implantando-se o embrião, posteriormente, no útero. Ainda, para causas de esterilidade feminina inexplicadas, admite-se a variação da técnica conhecida como transferência intratubária de gametas (GIFT), na qual a fecundação ocorre nas trompas. Essa última técnica tem encontrado maior receptividade, por exemplo, perante a Igreja Católica.

De qualquer modo, essas técnicas de fertilização não ensejam maiores controvérsias no plano jurídico, exceto as discussões que envolvem o descarte dos embriões não utilizados.

A doação de óvulos é o recurso que se apresenta, quando a esterilidade deve-se à ausência ou deficiência de ovulação, deficiência que não se resolve pela fertilização “in vitro” ou transferência de gametas. Nessa hipótese de doação de óvulos, a doadora poderá ser anônima ou – o que é comum – pertencer às relações da receptora: é a doação sentimental ou relacional. Essa situação apresenta a peculiaridade de que não existe, em regra, o anonimato. No dizer de Eduardo de Oliveira Leite, “a criança terá duas mães, aquela que a carregou a aquela que lhe deu seu patrimônio genético”<sup>15</sup>.

Considerando que se encontram dificuldades no congelamento de óvulos, é difícil o estoque e criação de bancos de óvulos. Assim, pelo menos no aspecto jurídico, não se estabelecem as discussões encontradas na doação de esperma, relativas às inseminações posteriores à morte e envolvendo o direito sucessório.

Outra solução que se apresenta, em nível de técnicas de reprodução assistida, é a doação de embriões. Essa técnica decorre do fato de que, na fecundação “in vitro”,

<sup>14</sup> Considera-se pai o ascendente genético.

<sup>15</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 58.

estimula-se uma superovulação, que representa a ocorrência de embriões para outros casais.

Esse aspecto, dentre os recursos utilizados na reprodução assistida, não se pode olvidar das “mães de substituição”, quando a esterilidade decorre do estado do útero materno, que impossibilita o desenvolvimento moral do embrião ou, ainda, quando a gestação representa ameaça à vida da mãe. Recorre-se, assim, ao “empréstimo” do útero de uma terceira pessoa e essa técnica pode aperfeiçoar-se de dois modos: a mãe portadora apenas empresta o útero, para implante dos embriões obtidos a partir dos óvulos e espermatozoides do casal solicitante ou, alternativamente, a mãe de substituição também fornece os óvulos, sendo inseminada com o esperma do marido da mulher estéril.

## II. ASPECTOS JURÍDICOS DECORRENTES DA PROCRIAÇÃO ARTIFICIAL

Paralelamente ao avanço tecnológico na área da reprodução humana, estabelecem-se inúmeras discussões, no âmbito jurídico, acerca da possibilidade de aplicar-se ou não os métodos de reprodução assistida e, especialmente, dos limites que se impõe sejam observados nessa área.

O conhecimento humano não tem limites. E o Direito – pretendendo acompanhar a evolução social e científica da humanidade – não se pode enclausurar em conceitos estanques, negando a realidade que aí está.

A doação de posição retrataria as inovações que se apresentam e aos padrões de acompanhamento que se vão se estabelecendo na sociedade não se presta para o Direito, pensado como instrumento de tutela do indivíduo, inserindo em meio social.

É mais adequado e coerente – ao invés de manter-se a margem dessas evoluções – procurar alcançar tais inovações no âmbito do Direito, sem os temores que assolam boa parte dos juristas, firmando-se indivíduo como sujeito e vedando-se as práticas que impliquem na transformação desse sujeito em mero objeto.

### 2.1 A RUPTURA DE VERDADES JURÍDICAS FUNDADAS NA PERSPECTIVA DA PROCRIAÇÃO NATURAL

As possibilidades inovadoras, trazidas pelas técnicas de reprodução assistida têm o condão de provocar o rompimento com verdades estabelecidas e que se prestam a sustentar o Direito de Família.

A velha concepção “é pai quem justas núpcias prova” cedeu lugar à verdade biológica, no estabelecimento s filiação, a partir do avanço da tecnologia e dos métodos que se apresentam, capazes de afirmar a paternidade biológica.

A presunção legal de paternidade – que o ordenamento pátrio consagrou no artigo 338, do Código Civil Brasileiro<sup>16</sup> – é ficção que se revela incapaz de alcançar os casos em que, a partir da criopreservação de espermatozoides, obtém-se a gravidez posterior à morte do marido, gerando filho que nascerá depois dos trezentos dias, ou dez meses, assinados pelo artigo.

Essa possibilidade de congelamento de espermatozoides ou de embriões tem encontrado fortes oposições no campo jurídico. Todo o trato sucessório acha-se ameaçado, na medida em que se apresenta a chance de sobreviver um filho, muito tempo depois da morte do pai que tenha depositado seu esperma num banco de sêmen.

A questão, então provoca alarme entre os civilistas. A personalidade é adquirida com o nascimento com vida. Mas o direito protege o nascituro desde a concepção. Assim, ainda sem ingressar-se na discussão relativa aos casos de congelamento de sêmen, pelo menos nos casos de congelamento de embriões tem-se que reconhecer a existência de proteção e tutela, mesmo que esse ovo esteja congelado.

Como se operaria, então, sucessão, se ainda existentes embriões congelados e obtidos a partir do sêmen do “de cujus”? É uma das questões levantadas e que sugere o estabelecimento de discussões, ainda não resolvidas na atualidade.

Pior do que essa hipótese é aquela em que se congelam espermatozoides. Se o óvulo não está fecundado, então ainda se tem o ser tutelado pelo Direito e, portanto, nada haveria a proteger-se, podendo-se promover imediatamente a partilha dos bens.

As mesmas controvérsias alcançam a questão da conservação e proteção dos embriões excedentes das reproduções assistidas e ao sêmen congelado. Tais embriões e esperma merecem a tutela do Direito?: Tratam-se de sujeitos de direito ou meras coisas?

Parece razoável entender-se que, mesmo não se podendo considerá-lo sujeitos de direitos, tem-se de reconhecer-lhes o caráter diferenciado de simples coisas ou objetos.

Nessa linha, José de Oliveira Ascensão diz: “Feto, embrião, gametas são da ordem das pessoas ou da ordem das coisas? Serão elementos coisificados ao separar-se do homem, como o cabelo, que pode ser objeto de comércio jurídico?”<sup>17</sup>.

Respondendo à questão e aduzindo não serem coisas o embrião e os gametas, o mesmo Autor refere: “Sugere que não, pela potencialidade de vida que contêm. Ou são pessoas ou parte ou prolongamento das pessoas, não podendo ser meros objetos. Há uma analogia com das pessoas e não na ordem das coisas”<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> **Art. 338.** Presumem-se concebido na constância do casamento:

I – Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339);

II – Os nascidos dentro dos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, desquite ou anulação.

<sup>17</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. **Revista Forense**. n. 328, p. 71.

<sup>18</sup> Idem.

Aceita-se a teoria concepcionista, que considera o embrião “desde a fecundação, algo distinto da mãe e com uma autonomia genético-biológica que não permite estabelecer nenhuma mudança essencial em sua natureza até a idade adulta”<sup>19</sup>. A teoria genética desenvolvimentista admite ao embrião uma fase anterior, do 1º ao 14º dia, que denomina “pré-embriônica”.

Por esse raciocínio, não se pode enquadrar o embrião como simples objeto de direito, razão pela qual se afastam as possibilidades de contrações dispendo a cerca de sua utilização ou, pior, de seu comércio.

As células genéticas, ainda não unidas não merecem, por si, o status conferido ao embrião. Todavia, são capazes de gerar a vida. São partes da vida, como o é o fígado ou qualquer outro órgão do corpo humano. Entende-se, assim, razoável tratar-se tais células a partir dos mesmos parâmetros proibindo-se, especialmente, o comércio.

A propósito, é exatamente nessa questão que se entende a indispensabilidade do Direito, como instrumento norteador dessas condutas de procriação assistidas e manipulações genéticas, proibindo-se a transformação dessas práticas em possibilidades comerciais.

Outra técnica de reprodução assistida, as chamadas mães de substituição, também enseja discussões similares e, afinal, parece razoável proibir-se os “contratos de locação de útero” ou semelhantes. Trata-se de gerar a vida e, nesse sentido, muito bem assinala Guilherme de Oliveira, quando diz: “Refiro-me ao valor do contato para a gestação, e ao controle da vida da mãe hospedeira, designadamente no que respeita à indecisão de interromper a gravidez. Refiro-me, sobretudo, ao pagamento dos serviços uterinos ou aluguel do útero (como o pagamento do esperma, dos óvulos e dos embriões) que, publicitado nas secções próprias dos jornais, criam o sentimento de que a vida humana é, afinal, um bem “dentro do comércio jurídico” e mostram como é dura e verdadeira a afirmação conhecida de que, à força de dar um preço a todas as coisas, acaba por se ignorar o valor delas”<sup>20</sup>.

Por outro lado, parece preocupação exagerada de parte dos juristas aquela relativa às inseminações artificiais, quer homólogas, quer heterólogas. As primeiras – afastados preconceitos e estigmas religiosos e morais – não ensejam quaisquer discussões, exceto aquelas de eventual inseminação depois da morte do marido. As inseminações heterólogas, por sua vez, podem estabelecer controvérsias na questão da determinação da paternidade, já que se tem um pai biológico diverso que registra a presunção legal de paternidade.

A solução é de relativa simplicidade e se poderá estabelecer, inclusive, pela analogia com diversos expedientes de que se valeu o Direito, ao longo dos tempos. Exemplo disso é a diferenciação dos conceitos de posse e detenção, do Direito Civil. Em ambos os institutos, o possuidor ou o detentor tem a coisa em seu poder. A diferença entre uma e outra caracterização, todavia, está simplesmente no caráter subjetivo, da

<sup>19</sup> Idem nota 12, p. 385.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Guilherme. O estabelecimento da filiação. Mudança recente e perspectivas. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Vol. LXI. Coimbra. 1985, p. 90.

intenção daquele que mantém a coisa consigo: se registra o ânimo de dono, então é possuidor. Se não, será considerado mero detentor.

No caso da paternidade, derivada de inseminação heteróloga, é muito pertinente pesquisar-se, entre os dois homens, qual deles registra o projeto de paternidade, apontando este como o pai.

É claro que o doador de esperma – embora seja biologicamente o ascendente – não está imbuído do projeto de ter um filho. Este não haverá de ser considerado o pai, mas caberá atribuir-se ao outro – o marido da mulher ou o que for, mas que detém o projeto parental – a paternidade daquele filho.

## 2.2 O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA EM OPOSIÇÃO AO DIREITO DE PROCRICIAR

Tormentosa, também, é a discussão que envolve os direitos do novo indivíduo, gerado a partir das procriações artificiais. As polêmicas maiores estabelecem-se em torno do direito ao conhecimento dos ascendentes genéticos e, também, do direito a ter uma família dita “normal”, ou seja, formada por um pai e uma mãe, nos tradicionais padrões sociais.

Essa discussão é justificada, por um lado, a partir da possibilidade trazida pela reprodução assistida, que permite obter-se a gestação a partir de esperma de um homem desconhecido, como quando se faz uma inseminação heteróloga ou, ainda, quando uma mulher solteira recorra a tal expediente, buscando uma gravidez.

Nesse caso, a oposição se faz entre o direito de procriar e o direito a conhecer a própria identidade genética.

Inúmeros juristas desfilam diversos argumentos, no sentido de proibir-se a inseminação, nesses casos e, com maior força ainda, quando se trate de mulher solteira que recorre à técnica. Exemplificativamente, pode-se citar Andrew Varga (Problemas da Bioética), referido por Eduardo de Oliveira Leite, que anuncia, depois de dizer que a inseminação homóloga não fere os princípios éticos: “Diversa, porém, é a inseminação heteróloga, (...) e por várias razões: 1) porque contraria a estrutura básica do matrimônio, fonte única e legítima da filiação; 2) porque introduz, numa família, um ser formado sem o patrimônio genético correspondente ao do marido e do seu tronco genealógico; 3) porque é inconveniente, numa família, um indivíduo sem as características do cônjuge masculino; 4) porque pode provocar situação grave, quando o doador procura conhecer o filho e explorar o fato; 5) porque a mãe, também, pode querer conhecer o pai extrapatrimonial de seu filho; 6) porque o arrependimento do marido pode ocorrer depois da realização da fecundação artificial ou do nascimento, acarretado graves problemas”<sup>21</sup>.

Não é preciso desmedido esforço para perceber-se que o autor ainda elabora seu raciocínio centrado no ultrapassado conceito de matrimônio legitimados da família e da procriação.

<sup>21</sup> Idem nota 7, p. 106.

Absolutamente, o matrimônio não é a fonte única e legítima da filiação. Esta pode ocorrer naturalmente – e, aliás, ocorre exatamente assim, inclusive com proteção constitucional – prescindindo da instituição do casamento.

Além desse aspecto, o Autor registra tendência eugênica, desconsiderando, também, a realidade das crianças adotadas e das famílias que estabelecem sua felicidade nessa concepção, mesmo com a “inconveniência” de haver, na família, indivíduo que não tem o patrimônio genético nem daquele a quem chama de pai, e tampouco daquela a quem chama de mãe.

Há um único aspecto que, ao nosso entendimento, poderia justificar a revelação da identidade genética e que se refere aos casos de exigência de patologia grave, somente reversível, por exemplo, através de transplante de órgãos ou tecidos de pessoas com a mesma identidade genética. Nessas situações – e apenas para fins médicos - caberia a informação da ascendência genética. Nesse sentido, algumas legislações têm admitido excepcionar o sigilo que se mantém acerca da ascendência, nos casos da espécie.

### 2.3 O DIREITO DE FAMÍLIA CENTRADO NA AFETIVIDADE

A moderna concepção do Direito de Família estrutura-se na afirmação da afetividade, como elemento justificador da família.

Essa estruturação afetiva é o reconhecimento que a família moderna adquire: não mais um núcleo de preservação patrimonial ou de reedição da hierarquia social, mas um espaço de mútua ajuda e convivência entre os indivíduos.

Pensada a família sob tal prisma, destrói-se grande parte das discussões envolvendo a procriação assistida que passa, também, à margem da existência da instituição do casamento. É a partir da concepção de família como o núcleo de pessoas que estabelece convivência harmônica, compensando-se afetiva, emocional e fisicamente, que se poderá trazer resposta às inovações que o mundo moderno apresenta.

Ao contrário, o apego a conceitos arcaicos e estanques, em relação à família e sua estruturação, impede o prosperar da vida, porque amarra as emoções humanas a padrões pré-estabelecidos de comportamento. O sentir humano é mais - muito mais do que fórmulas prontas e acabadas e, nesse sentido, muito saudável é evitar-se a padronização excessiva de comportamentos nessas questões.

Assim, conquanto reconhecendo a importância da tutela jurídica dessas questões, convém manter o Direito como instrumento normatizador de grandes princípios, esquivando-se do esgotamento de todas as possibilidades que se possam apresentar, infinitas, certamente, como são as formas de relacionamento humano.

Há ainda que se lembrar – ideia que poderá provocar abalos no pensamento jurídico tradicional – que a clonagem, técnica de obtenção de novo ser sem o recurso às células genitais, é experiência já realizada em animais e vegetais. Por quanto tempo a comunidade científica – sempre desejosa de prosseguir na inesgotável escalada do conhecimento humano – ainda evitará o desencadear da técnica na espécie humana?

As legislações que existem a respeito, em nível mundial, mantêm proibida a experiência em seres humanos. E o fazem bem, inclusive porque se está no início das pesquisas nessa área. Todavia, daí a dizer-se que o homem não ingressará nesse caminho ou acreditar-se que se poderá evitar indefinidamente a utilização da técnica, é previsão temerária que, aliás – a história do conhecimento o demonstra – poderá não se confirmar.

E diante de tais fatos, que são reais, o Direito haverá de perceber o seu papel, sob pena de tornar-se incapaz de servir aos fins a que pretende. Assim, entende-se que a regulação adequada, na espécie, é aquela que exatamente privilegia aquilo que é inato no ser humano e não obtenível em quaisquer laboratórios: o sentimento e a afeição, pilares que deverão sustentar o Direito de Família do novo milênio.

A família monoparental é uma realidade da qual o Direito não pode olvidar e, tampouco, desconsiderar. A psicanálise já reconhece essa realidade e começa-se a perceber o estabelecimento de novos conceitos e a aceitar-se a possibilidade de que o indivíduo desenvolva-se – plenamente – mesmo numa família monoparental.

A perspectiva freudiana vai, paulatinamente, sendo substituída por nova visão nesse campo, admitindo-se que a família possa estabelecer-se num novo padrão, sem perderem-se as condições de estabilidade para o desenvolvimento da criança.

Minuchin, ao analisar o modelo familiar, depois de reconhecer que a família é reflexo da estrutura social, diz que “... o homem moderno ainda se mantém fiel a um conjunto de valores, que pertence uma sociedade diferente, uma sociedade em que as fronteiras entre a família e o extrafamiliar eram nitidamente delineadas. A adesão a um modelo obsoleto leva à classificação de muitas situações, que são claramente transacionais, como patológicas ou patogênicas. A pedra de toque para a vida familiar ainda é legendário “e assim eles casaram e viveram felizes para sempre”. Não é surpresa que qualquer família não alcance este ideal”<sup>22</sup>.

É dentro de um modelo familiar composto de um pai, uma mãe e seus filhos que se desenvolve a expectativa média social. Por essa razão, é extremamente difícil a assimilação e a estandardização de parâmetro diverso.

A verdade, todavia, está além dos paradigmas socialmente aceitos, porque a questão familiar, cada vez mais, busca centrar-se na afetividade. Sérgio Gischkow Pereira, afirma: “... três grandes princípios orientam o direito de família atual, no direito ocidental: o princípio da prevalência da afeição mútua, o princípio da autenticidade nas relações familiares e o princípio do melhor interesse dos filhos menores”<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> MINUCHIN, Salvador. **Famílias – funcionamento & tratamento**. Porto Alegre: Artes Médicas. 1982. p. 53.

<sup>23</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Princípios jurídicos da família de nossos dias. **Diário da justiça** nº 1.358, Porte Alegre: 30.04.1998.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reconhecer o direito aos indivíduos de socorrerem-se da medicina para a solução da esterilidade é pressuposto para o fato das questões jurídicas que advém das procriações artificiais.

Negar-se tal direito, com base em preconceitos ou paradigmas moralistas ou religiosos, significa alijar o Direito, negando seu caráter instrumental de regulação da vida humana.

A propósito, grande parte das discussões que se estabelecem entre os juristas, nesse campo, é muito mais produto de conceitos morais e princípios religiosos do que derivação de efetivos entraves na esfera jurídica.

A utilização de métodos artificiais para obtenção da procriação humana é uma realidade saudável, que pode apresentar-se como instrumento de plena realização de pessoas que, ao lado do desejo de ter filhos, encontram óbices naturais.

O papel do Direito, nesse campo é o de estabelecer grandes princípios de conduta, que assegurem a liberdade individual e privilegiem a vida humana em sua plenitude, reconhecendo-se a necessidade de preservação e proteção da efetividade.

Apenas reconhecendo a estruturação da família na afetividade – e não mais em formalismo institucionais ou no patrimônio – e sua justificação na necessidade de comungar a vida é que o Direito poderá bem regular as procriações assistidas e os seus efeitos, com a excelência que se requer.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José lê Oliveira. Problemas Jurídicos da Procriação Assistida. **Revista Forense**, Vol. 328. p. 69-80.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Considerações sobre a Filiação Extramatrimonial em Direito de Família Francês e Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**: Curitiba. Nº 27, 1992/93. p. 61.

\_\_\_\_\_. **A Monoparentalidade Projetada e o Direito do Filho à Biparentalidade**. Trabalho apresentado no X Congresso Internacional de Direito de Família, Mendoza, 20 a 24.09.1998.

DI CIACCIA, Castrese; MATTIOLI, Vitalino. **O Milagre da Vida**. São Paulo: Cidade Nova Editora – Cenplafan. 1994. p. 81-85.

DINIS, Joaquim José de Sousa. **Filiação Resultante da Fecundação Artificial Humana**. “Direitos de Família e do Menor”. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 45-63.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Capítulo 7: O Encontro entre a Verdade Jurídica e a Verdade Sociológica. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992. p. 149-169.

\_\_\_\_\_. Impugnação da Paternidade: Crise e Superação do Sistema Clássico. **Revista Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**. Uberlândia. 1993. p. 67-75.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulação Biológicas e Princípios Constitucionais**: Uma Introdução. Porto Alegre: Sergio Fabris. 1991. 214 p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriação Artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 480 p.

- \_\_\_\_\_. **Filhos. Temas de Direito de Família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 97-132.
- MACHADO, Eliana Conceição. Necessidade do Exame Pré-Nupcial. **Revista Jurídica.** Vol. 199. Maio/1994. p. 10.
- MALDONADO, Maria Tereza. **Casamento: Término e Reconstrução.** 4. ed. Petrópolis: Vozes. 1991. 223 p.
- \_\_\_\_\_. NAHOUM, Jean Claude. DICHSTEIN, Júlio. **Nós Estamos Grávidos.** São Paulo: Bloch Educação, 1990. 143 p.
- MINUCHIN, Salvador. **Famílias Funcionais & Tratamento.** Tradução de Jurema Alcides Cunha. Porto Alegre: Artes Médicas. 1982. 238 p.
- OLIVEIRA, Basílio de. **Concubinato: Novos Rumos.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. 396 p.
- OLIVEIRA, Guilherme de. O estabelecimento da filiação: mudança recente e perspectivas. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.** Coimbra: 1985. Vol. LXI. p. 71-90.
- PEREIRA, Sérgio Gischkwo. Princípios Jurídicos da Família de Nossos dias. **Diário da Justiça.** Porto Alegre: Conselho de Comunicação Social do Tribunal de Justiça. Ano VI. Nº 1.358, p. 1e 72.