

REPRODUÇÃO ASSISTIDA E UMA RELEITURA DAS PRESUNÇÕES JURÍDICAS DA FILIAÇÃO

*Maria Rita de Holanda Silva Oliveira**

RESUMO: O presente estudo destina-se à reflexão sobre a previsão legal das presunções jurídicas de filiação, o seu propósito inicial e sua pertinência atual, considerando os seus pressupostos fáticos e a utilização das técnicas de Reprodução Assistida. Traremos à reflexão, as recomendações éticas vigentes, os projetos de lei em tramitação e uma crítica fundamentada para a elaboração de uma proposta de *lege ferenda*. A concepção de filiação para os novos intérpretes foi ampliada em prol de uma melhor leitura da base principiológica da CF/88. Nessa ordem, a filiação socioafetiva foi alçada como gênero da espécie filiação para o direito, ao lado da filiação biológica, afastando-se a interpretação reducionista da consanguinidade para a sua concepção. No Brasil, encontramos uma realidade social recorrente nos Centros de Reprodução Humana Assistida, que atuam de forma autônoma, na intermediação de contratos entre pessoas interessadas na busca da realização de seus projetos parentais, sem que haja qualquer supervisão ou limite específico estabelecido pela ordem imperativa das normas jurídicas. Tal realidade gera a necessidade de uma nova reflexão sobre a concepção de filiação adotada pelo direito brasileiro, contribuindo assim para o debate na elaboração de novas regras jurídicas de filiação e de acesso ao direito fundamental da Reprodução Assistida.

SUMÁRIO: I – Introdução. II – Os Direitos Reprodutivos no Brasil e o Acesso às Técnicas de Reprodução Assistida Enquanto Direito Fundamental à Execução do Planejamento Familiar. III – A Realidade Social dos Centros de RHA, Normas Éticas, os Projetos de Lei em Tramitação, Enunciados das Jornadas de Direito Civil e Estatuto das Famílias. IV – O Propósito Atual, Alcance e Efeitos da Filiação Jurídica decorrente das Presunções, através de seus Pressupostos Fáticos (Biológico e Socioafetivo). V – Notas Conclusivas. Referências.

* Msc em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); professora adjunta I da Universidade Católica de Pernambuco; Diretora de Pesquisa do IBDFAM/PE e Advogada especialista em Família e Sucessões.

I – INTRODUÇÃO

Nas relações civis, os aspectos existenciais são sempre mais tormentosos de serem tratados dos que os meramente patrimoniais. O olhar do leitor, espectador, intérprete ou do profissional estará sempre impregnado de seus próprios valores, que por sua vez, podem já não mais representar os valores da sociedade em que vive ou mesmo os valores necessários ao desenvolvimento desta.

O tema proposto adveio de uma série de indagações, máxime em razão das teorias jurídicas evoluídas em matéria de filiação. Além disso, também suscita intervenções interdisciplinares e conceitos que não são próprios da ciência jurídica e que, portanto, lhes serão emprestados. A Reprodução Humana Assistida insere-se nos grandes temas debatidos pela bioética e pelo biodireito e suas conseqüências remetem-nos, também, a uma reflexão sobre o estatuto do embrião, a vida, vida humana e sua dignidade, a concepção de sujeito de direito e de personalidade.

Neste trabalho, embora tracemos a nossa concepção a respeito de tais aspectos, nos preocuparemos, fundamentalmente, em observar os efeitos das técnicas de Reprodução Assistida em matéria de filiação, uma vez previstas em nossa legislação civil de 2002, nas presunções estabelecidas no art. 1.597.

Na perspectiva civil-constitucional, não abriremos mão de uma interpretação que busque a concretização dos Princípios Constitucionais.

Não obstante o tema venha sendo amplamente debatido, tendo sido objeto, inclusive, de várias reflexões em congressos anteriores, o nosso olhar volta-se, primordialmente, à identificação de uma interpretação inclusiva das presunções, face à realidade social e aos nossos princípios e valores norteadores.

Assim, indagamos inicialmente:

- 1) Qual foi o propósito inicial das presunções jurídicas de filiação, e qual o seu atual propósito?
- 2) A manutenção da previsão legal das presunções justifica-se no atual contexto, onde o avanço da biotecnologia permite a averiguação certa da filiação biológica? Ou...
- 3) Um novo propósito deverá ser atribuído às presunções, em razão também da evolução da teoria jurídica da filiação, para além do critério biológico?
- 4) A realidade social dos centros de Reprodução Humana, com sua prática eticamente autorizada, poderá impulsionar uma regulamentação que também permita a utilização de variadas técnicas para fins e efeitos jurídicos?

5) Regulamentadas amplamente as técnicas de Reprodução Humana, estaríamos diante de fundamentos que pudessem justificar a quebra do sistema binário de filiação e o estabelecimento do que chamamos de filiação trinária?

Para tentar responder a estes questionamentos, partiremos das seguintes premissas:

I – Os direitos reprodutivos no Brasil e o acesso às técnicas de Reprodução Assistida enquanto direito fundamental à execução do planejamento familiar.

II – A realidade social dos Centros de Reprodução Humana, normas éticas, os projetos de lei em tramitação, os Enunciados das Jornadas de Direito Civil e o Estatuto das Famílias, e;

III – O propósito atual alcance os efeitos da filiação jurídica decorrentes das presunções, através de seus pressupostos fáticos (biológico e socioafetivo).

II – OS DIREITOS REPRODUTIVOS NO BRASIL E O ACESSO ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL À EXECUÇÃO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Ao longo da década de 90, vários instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos anunciaram a emergência de se tratar os direitos reprodutivos como tais.

Segundo Flávia Piovesan¹, os direitos reprodutivos incluem:

a) o direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coerção ou violência;

b) o direito de decidir livre e responsavelmente o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos;

c) o direito de ter acesso às informações e meios seguros, disponíveis, acessíveis, e;

d) o direito de acesso ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva.

No direito brasileiro, buscaremos a identificação dos direitos reprodutivos na esfera Constitucional e Civil.

No âmbito Constitucional, e dentre os Princípios Fundamentais, tendo em vista que os Direitos Reprodutivos constituem verdadeiro exercício da cidadania e da

1 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 314.

dignidade da pessoa humana, ressaltamos os Princípios consagrados no art. 1º, dentre os fundamentos da República Federativa Brasileira. Nos objetivos fundamentais, em seu art. 3º, enuncia a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

De certo, o conteúdo do Princípio da Dignidade Humana, encerra inúmeros debates e perspectivas. No dizer de Rabenhorst², no entanto, *é apenas um princípio prudencial, sem qualquer conteúdo prefixado*. Acrescenta o autor:

“Trata-se de uma cláusula aberta que assegura aos seres humanos o direito à mesma consideração e respeito, mas que pressupõe, para sua efetivação em casos concretos (sobretudo no campo da interpretação constitucional), dos próprios julgamentos que fazemos acerca da admissibilidade ou não de determinadas formas de expressão da autonomia humana.”

Dentre os direitos e garantias fundamentais, destaque-se o art. 5º, *caput*, ao estabelecer que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, norma esta que é garantidora do princípio da igualdade, que proíbe toda e qualquer discriminação.

A CF/88, por fim, consagra, ao disciplinar a ordem social, a maior parte das normas constitucionais relativas aos direitos reprodutivos, principalmente os direitos à saúde e ao planejamento familiar. Nesse sentido, destacaremos, neste trabalho, o art. 196 e o § 7º do art. 226 sem prejuízo de outros dispositivos que direta ou indiretamente abrangem os direitos reprodutivos.

Dispõe o art. 196 da CF/88:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Dispõe o § 7º do art. 226 da CF/88:

“Fundado nos Princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

2 RABENHORST, Eduardo R. A dignidade do homem e os perigos da pós-humanidade. In: *Direitos Fundamentais e Biotecnologia* (Org.) Ingo Wolfgang Sarlet, George Salomão Leite. São Paulo: Método, 2008. p. 128.

Para Sanchez³, de acordo com o direito Espanhol, o primeiro dos valores considerados como fundamentais para a utilização das técnicas de Reprodução Humana é a liberdade pessoal, como a faculdade que toda pessoa possui de autodeterminar-se fisicamente, o que inclui a sua própria reprodução, o que pressupõe uma opção de vida que vincula diretamente a liberdade física ao acúmulo de direitos e obrigações que derivam da reprodução.

Na expressão dessa liberdade, a CF/88, no art. 5º, II, prevê:

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.”

A restrição dessa liberdade, portanto, somente poderá operar-se por normas produzidas nos moldes da legalidade e da legitimidade.

Galiza⁴ toma a autonomia privada em sentido amplo, seguindo a doutrina de Sarmiento, como capacidade de autodeterminação de comportamentos, o que inclui a liberdade tanto para fazer escolhas existenciais (*como com quem casar; onde viver; para onde ir; a quem amar etc.*), como patrimoniais, destoando da doutrina de Perlingieri para entender que as liberdades existenciais não precisam de *comprovação de utilidade social para a sua tutela*.

No âmbito infraconstitucional, cabe mencionar a Lei Federal nº 9.263, de janeiro de 1996, que regulamentou o § 7º do art. 226, e em seu art. 2º, definindo o planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, além de estabelecer regras de políticas para a implementação dos serviços de assistência ao planejamento familiar.

Assim, o direito ao planejamento familiar está intimamente vinculado às funções humanas reprodutivas que abrangem, além da contracepção, a própria concepção, seja ela natural ou não. Olga Jubert⁵ pondera com relação a um possível direito fundamental à Reprodução Humana Assistida:

“No tocante às técnicas humanas de reprodução assistida, vislumbra-se um apanhado de normas e princípios constitucionais que podem fornecer respostas jurídicas – possibilidades e limites – e ofertar respaldo a um possível direito à reprodução humana assistida. Como não há menção expressa do referido direito, ele deve ser

3 GÓMEZ SANCHEZ, Yolanda. El derecho a la reproducción humana. Madrid: Servicio Publicaciones da Universidad Complutense, 1994, p. 50 ss. apud KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil*. Princípios Éticos e Jurídicos. Curitiba: Juruá, 2007. p. 103.

4 GALIZA, Andréa Karla Amaral de. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares: teoria e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 114.

5 KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 98.

construído através da interpretação sistemática dos direitos fundamentais à vida (art. 5º, *caput*), à saúde e ao de constituir uma família, baseado no direito fundamental ao planejamento familiar, sempre amparados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1º, III).”

A autora ressalta ainda, estabelecendo uma ponderação, afirmando que a existência do direito não implica seu uso indiscriminado por todos os interessados, devendo haver restrições na hipótese de colisões com outros direitos, pois o direito de procriar não deve ser utilizado apenas como vetor de realização pessoal dos pais⁶.

Vale lembrar que a interpretação conforme a Constituição vem sendo um recurso usual do Supremo Tribunal Federal na escolha de um significado que salvaguarde um texto legal da sanção de inconstitucionalidade. Nesse sentido lembra Inocência Mártires Coelho⁷:

“O princípio da *interpretação conforme a Constituição* consubstancia essencialmente uma diretriz de prudência política, ou, se quisermos, de política Constitucional, além de reforçar outros cânones interpretativos, como o princípio da unidade da Constituição e o da correção funcional.”

Ocorre que, diante de um contexto de grupos consideráveis vulneráveis na realidade brasileira e que merecem proteção especial, a exemplo das mulheres e dos homossexuais, podemos admitir que o direito à procriação artificial derive do direito à própria intimidade privada, aliado a um direito de liberdade individual enquanto expressão de autodeterminação física, e isto implicaria estender os usos das técnicas de reprodução humana às mulheres solteiras e aos casais homossexuais, questão esta que, de qualquer sorte, deve ser avaliada com cautela.

O argumento justifica-se, plenamente, principalmente em razão do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que, em maio de 2011, julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, equiparando as uniões homoafetivas às uniões estáveis, que, por sua vez, já gozavam do amparo estabelecido pelo art. 1.597 do CCB, relativo às presunções jurídicas de filiação. Além disso, posteriormente, várias conversões e casamentos foram realizados, em vários estados do Brasil, culminando com uma decisão do STJ quanto à admissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A equiparação irrestrita já implicaria a necessidade da interpretação inclusiva em matéria das presunções jurídicas de filiação, em razão das discriminantes naturais existentes e que foram, a nosso ver, inadequadamente utilizadas pelo legislador de

6 Idem, *Ibidem*, p. 120.

7 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 119.

2002 ao referir-se à reprodução assistida homóloga, hipótese que jamais será possível aos casais do mesmo sexo.

Os argumentos contrários vão ao sentido de que um possível direito a essas pessoas (mulheres solteiras e homossexuais) de recorrerem à reprodução assistida, poderia afrontar o Princípio do Melhor Interesse da Criança e de seu bem-estar emocional. Nessa linha, a proteção constitucional aferida às crianças abarcaria o seu direito de se desenvolverem num ambiente propício ao desenvolvimento das potencialidades, enquanto seres humanos, o que, a princípio somente seria garantido numa família *biparental*⁸. Compreendido este argumento em caráter absoluto, estaríamos rechaçando a família monoparental que já detém proteção Constitucional explícita, que poderá advir, inclusive, da adoção por apenas uma única pessoa. Neste caso, caberia relativizar quanto à forma de origem da monoparentalidade, se advinda de circunstâncias culturais legitimadas, como o divórcio, de conduta individual voltada à solidariedade como a adoção, ou se advinda de uma conduta individual voltada à execução de um projeto individual sob o monopólio *intencional* da geração de um filho.

Neste estudo, contudo, e considerando que a finalidade primordial é proceder com uma releitura das regras da filiação jurídica, previstas no art. 1.597 do CCB, preocupar-nos-emos em estender este direito aos casais homossexuais, em uma postura de interpretação inclusiva, que implicará a admissão de utilização ampla das técnicas, que não dispensa a modalidade heteróloga, máxime por meio das denominadas “gestação sub-rogada” e “doação de óvulo”.

Assim, o Código Civil Brasileiro, dentre os vários dispositivos que importam na reflexão sobre os direitos reprodutivos, entre os quais o próprio art. 4º que dispõe sobre a personalidade civil do homem e as garantias do nascituro enquanto sujeito de direitos, destacaremos, neste trabalho o art. 1.597 do CCB, conforme já mencionado, que se refere, literalmente a utilização de técnicas de Reprodução Humana, nas modalidades homóloga e heteróloga, para fins de presunção de filiação, que deverá ser interpretado conforme os preceitos constitucionais acima aludidos.

Dispõe o art. 1.597 do CCB:

“Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

8 LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito, a ciência e as leis de Bioética. In: SANTOS, M. Celeste Cordeiro L. (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001. p. 114.

- III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

A referida regra se dispõe a atribuir a condição de filhos ao casal (casados, ou em união estável), presumindo a sua concepção na constância do casamento. Nela está inserida, primordialmente, a Presunção *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, que atribui ao marido ou ao companheiro a condição de pai e, indiretamente, a Presunção *Mater semper certa est*, que atribui a certeza da maternidade pelos elementos externos da prenhez e do parto.

A presunção *da exceptio plurium concubentium* afasta o estabelecimento da presunção *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, havendo prova da impotência absoluta do marido, e o seu conteúdo está inserido na regra estabelecida pelo art. 1.599 do CCB, que assim dispõe:

“Art. 1.599. A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade.”

Segundo Paulo Lôbo⁹, dentro do novo contexto familiar no plano da afetividade, a função da presunção *Pater is est quem nuptiae demonstrant* foi redirecionada, deixando a sua função de ser a de presumir a legitimidade do filho, em razão da origem matrimonial, para a de presumir a paternidade em razão do estado de filiação, independentemente de sua origem ou concepção, devendo a presunção desta (concepção) relacionar-se ao nascimento.

A previsão do inciso V do art. 1.597 seria a máxima expressão de que o pressuposto fático socioafetivo foi recepcionado.

De pronto, se considerarmos os direitos fundamentais acima aludidos, muito embora sem caráter absoluto, podemos visualizar a relativização de tais presunções, tão bem trabalhada por Fabíola Albuquerque¹⁰, em Congresso anterior, e para nós, também em função da possibilidade fática e ética das técnicas da “gestação subrogada” e da “doação de óvulo”.

9 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil. *Famílias*, 2009, p. 199.

10 ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. A reconfiguração da Presunção *Pater is est*. In: Família e Responsabilidade: *Teoria e Prática do Direito de Família*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 260 e ss.

No debate, portanto, confrontaremos a referida regra do art. 1.597 com as perspectivas éticas, culturais e mesmo com as perspectivas legais no Ordenamento Jurídico Brasileiro, demonstrando o conflito reinante entre as mesmas.

III – A REALIDADE SOCIAL DOS CENTROS DE RHA, NORMAS ÉTICAS, OS PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO, ENUNCIADOS DAS JORNADAS DE DIREITO CIVIL E ESTATUTO DAS FAMÍLIAS

Com o aparecimento da denominada “engenharia genética”, surgiram diversas preocupações no campo da Bioética, entre as quais o risco de eugenismo e de coisificação do corpo e da vida humana.

Brauner, introduzindo a necessidade de mínima regulação para solucionar as preocupações da bioética, alerta:

“(…) precisam-se conhecer e respeitar os princípios constitucionais que são orientadores de nossa atuação na ciência, pois através deles podem-se pautar e organizar a maneira pela qual se dará proteção ao patrimônio genético, sobre a utilização de recursos biológicos, além de se assegurar a vida e a saúde da população frente aos novos imperativos e promessas oferecidas pelas biotecnologias¹¹.”

Da necessidade de regulação para garantir o atendimento aos princípios da bioética advém o Biodireito. Este, segundo Ivan de Oliveira:

“(…) além de disseminar as mais variadas discussões das consequências jurídicas impostas pela biociência, tem a missão de normatizar os fenômenos sociais derivados dos avanços tecnológicos envolvendo a vida que, não raro, deixam o homem comum perplexo¹².”

O conteúdo do princípio da Dignidade Humana, já mencionado, está na base de consideração de proteção do ser humano em razão de sua própria condição, e em sendo assim, em prol de sua existência, merece total proteção que deve ser promovida e fortalecida pelo direito.

Vale ressaltar a observação de Ingo Wolfgang:

“A constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, da comunidade em geral, de todos e de cada um,

11 BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana*: conquistas médicas e o debate bioético, 2003. p. 167.

12 SILVA, Ivan de Oliveira. *Biodireito, Bioética e Patrimônio Genético Brasileiro*, 2008. p. 74.

constitui uma condição dúplici esta que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e prestacional da dignidade¹³.”

Assim, independentemente de condições com relação a sexo, raça, orientação sexual ou classe social, a matéria que envolve a reprodução humana *requer regulamentação*. Resta definir, no entanto, culturalmente, também os limites desta regulamentação, tarefa esta que não cabe ao Direito de Família, mas a uma regulação própria que envolva a definição quanto ao Estatuto de Embrião e outros temas do Biodireito.

Podemos prever, em face da realidade social recorrente, que o Brasil pode estar na esteira de adotar um sistema semiaberto, ou seja, que permita o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana, legitimando a realidade, porém com limites de atuação com relação ao uso indiscriminado e que atente com relação aos Princípios.

Assim, o leque de técnicas dispostas pela ciência médica não poderia ingressar de forma absoluta no mundo jurídico, porque estariam sujeitas a uma supervisão e garantia ao atendimento dos princípios éticos e constitucionais básicos.

Das combinações biologicamente ilimitadas das técnicas de reprodução artificial, podemos chegar a um sem número de arranjos dantes não imaginados, e que reclamam uma ordem ética e legal para a definição de consequências no âmbito familiar. A ciência médica pode chegar a resultados que não se conformam com os valores sociais da época e devem, portanto, serem ditos avanços, filtrados pela permissão ético-social.

Tal permissão ético-social tem base na preocupação com o avanço das biociências, impulsionou o enfoque contemporâneo humanista com relação à ética da vida – a denominada Bioética. Desde 1970, o estudo impõe uma reflexão axiológica com os rumos da ciência e que resultaram na elaboração de princípios universais. Trata-se do necessário diálogo entra a ciência e a humanidade.

A National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, criada em 1974, apresentou relatório após 04 (quarto) anos de estudo (Belmont Report), que resultou nos Princípios da autonomia (respeito à autodeterminação humana, alicerçando a relação terapêutica e o consentimento a qualquer modalidade de tratamento disponível), da beneficência (maximizar os benefícios e minimizar os riscos possíveis) e da justiça (imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios), cada um com o seu conteúdo próprio informador que devem ser observados nos procedimentos médicos, princípios estes que não poderão ser desconsiderados no presente estudo¹⁴.

13 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2001, p. 44.

14 SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 42.

Além das discussões sobre a consideração do início da vida e sua proteção (Estatuto do Embrião), a bioética suscita dúvidas a respeito dos vínculos, que embora gerados com certeza biológica, possam ser socialmente questionáveis e inaceitáveis.

A reprodução assistida evoluiu como um remédio à infertilidade parcial ou total, assim vista como a impossibilidade de naturalmente procriar, e tida socialmente como uma patologia, para a qual a ciência envidou batalha.

Aqui consideraremos o acesso à reprodução humana assistida enquanto direito fundamental do cidadão para o exercício pleno e autodeterminado de seu planejamento familiar, a partir de uma ética já medicamente autorizada.

Atualmente, tramita no Brasil o Projeto de Lei nº 90/99, com o seu segundo substitutivo, que admite como usuários das técnicas, segundo o seu art. 1º, parágrafo único, inciso II, as mulheres ou casais, conforme abaixo transcrito:

“Art. 1º Esta Lei regulamenta o uso das técnicas de Reprodução Assistida (RA) para a implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados *in vitro*, no organismo de mulheres receptoras.

Parágrafo único. (...)

II – As mulheres ou os casais que tenham solicitado o emprego da Reprodução Assistida.”

Além disso, o substitutivo, em seu art. 3º, proíbe a gestação de substituição, por nós designada de gestação sub-rogada, dispondo:

“Art. 3º Fica proibida a gestação de substituição.”

No mesmo diploma, também seria permitida a doação de gametas, vedadas a remuneração e a cobrança por esse material, a qualquer título, segundo dispõe:

“Art. 7º Será permitida a doação de gametas, sob a responsabilidade dos Serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida, vedadas a remuneração e a cobrança por esse material, a qualquer título.”

O Estatuto das Famílias, cujo projeto de Lei nº 2.285/07 tramita no Congresso Nacional propõe nova redação para o art. 1.597 do CCB.

Em seu art. 73, referente às presunções jurídicas de filiação, resume as presunções dos prazos ao aspecto decorrente da convivência familiar, e delimita a utilização das técnicas de reprodução assistida, impondo o tempo certo para sua utilização, de-

sautorizando a técnica *post mortem*, mantendo as modalidades homóloga e heteróloga, de acordo com o abaixo transcrito¹⁵:

“Art. 73. Presumem-se filhos:

I – os nascidos durante a convivência dos genitores à época da concepção;

II – os havidos por fecundação artificial homóloga, desde que a implantação do embrião tenha ocorrido antes do falecimento do genitor;

III – os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que realizada com prévio consentimento livre e informado do marido ou do convivente, manifestado por escrito, e desde que a implantação tenha acontecido antes do seu falecimento.”

De certo, a eliminação das técnicas com possibilidade de implantação *post mortem*, que geraram uma série de debates, máxime com relação à condição ou não de sujeito de direito a ser atribuído ao pré-embrião criopreservado, ameniza a inquietude gerada por doutrinadores que enxergam antinomia entre os arts. 1.597 e 1.798, mas continua a gerar dúvidas a respeito da utilização das várias técnicas, dentre as quais as debatidas enquanto direito fundamental no presente estudo, como a “gestação sub-rogada” e a “doação de óvulo”.

Além disso, se observamos bem, o afastamento dos prazos e a ideia de que o casal esteja convivendo à época da concepção, fortalece a hipótese unicamente do critério biológico para a filiação.

Com relação às norma éticas, a Resolução do CFM de nº 1.957/2010, para a utilização das técnicas de Reprodução Assistida, alterou a Resolução nº 1.358/92, e no que diz a respeito a importância do presente trabalho assegurou o seguinte:

“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 o mesmo, de acordo com a legislação vigente.

IV – 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.

VII – Sobre a Gestação de Substituição (Doação Temporária do Útero)

15 Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Estatuto das Famílias*. Projeto de Lei nº 2.285/07. Porto Alegre: Magister, p. 44.

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.

1 – As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

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

VIII – Reprodução Assistida *Post Mortem*

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.”

As regulamentações éticas acima descritas importam ao presente estudo, primordialmente porque, de fato, relativizam as presunções jurídicas de filiação e contribuem para o desenvolvimento de uma multiparentalidade, conforme pretendemos demonstrar. Além disso, autorizam que os procedimentos acima elencados sejam utilizados pelos Centros de Reprodução Humana, o que referenda um anseio social e uma permissibilidade moral da sociedade.

Paralelamente, nos deparamos com resultados jurídicos de inúmeros debates sobre a matéria, a exemplo do Enunciado nº 257 da III Jornada de Direito Civil, que recomenda a interpretação restritiva das técnicas, a seguir:

“257 – Art. 1.597. As expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’, constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, *devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição.*” (g.n.)

Com base no exposto, resta-nos indagar quanto à pertinência de manutenção ou não da regra estabelecida pelo art. 1.597, e após a identificação de seu propósito inicial, refletirmos sobre o seu propósito atual.

IV – O PROPÓSITO ATUAL, ALCANCE E EFEITOS DA FILIAÇÃO JURÍDICA DECORRENTE DAS PRESUNÇÕES, ATRAVÉS DE SEUS PRESSUPOSTOS FÁTICOS (BIOLÓGICO E SOCIOAFETIVO)

As presunções, historicamente, sempre foram a ficção ideal para a definição da filiação biologicamente incerta, ligada à paternidade, para auxiliar a aproximação da verdade real e biológica da verdade jurídica.

No contexto do Estado Liberal e, portanto, da família institucionalizada, hierarquizada e matrimonializada, as presunções, enquanto deduções legais de fatos que poderiam ter ocorrido ou não, destinavam-se a estender um manto protetor ao casamento e sua paz doméstica estabelecendo o vínculo de filiação aos casais que assim estivessem unidos pelo casamento, com relação aos filhos que, em prazos definidos em lei, fossem concebidos anteriormente ao casamento ou nascidos posteriormente à sua dissolução.

As presunções seriam um instrumento fictício e garantidor da certeza da filiação, máxime com relação à paternidade que foi sempre cercada de incertezas, pela ausência de mecanismos científicos que pudessem atestar a origem biológica e via de consequência a filiação.

O que o Código Civil brasileiro de 2002 procedeu foi ampliar a presunção *Pater is est*, acrescentando como pressupostos a utilização de técnicas de reprodução assistida homóloga e heteróloga, ou seja, com ou sem utilização de material genético de terceiro, podendo esta ainda ser realizada durante a vida do genitor ou mesmo após a morte deste, no entanto, sem limitar quanto aos tipos de técnicas possíveis ao alcance da reprodução.

Ao mesmo tempo, os Tribunais confundem os conceitos de identidade biológica com filiação e diante de um conflito entre a verdade biológica e a verdade social/afetiva, ainda, em sua maioria, confere preponderância à primeira.

Essa disputa entre os dois critérios tomou uma dimensão que nos parece hoje inútil, na medida em que cada um dos pressupostos fáticos (biológico e socioafetivo) detém valores relativizados a depender da situação jurídica concreta.

Não nos parece lógico também fomentar ainda mais esta disputa entre os adeptos da teoria socioafetiva e os adeptos da teoria do critério biológico enquanto defensores da preponderância de um sobre o outro, em qualquer situação.

Partimos da premissa de que sendo o acesso à Reprodução Assistida um direito fundamental e de que os Centros de Reprodução Humana já desenvolvem uma prática recorrente, em conformidade com as suas regras éticas autorizadoras das técnicas de “gestação sub-rogada” e “doação de óvulo”, de que não há como se restringir a interpretação do art. 1.597, e mais aqui deve ser considerada a possibilidade de que os usuários, enquanto casal pertencente ao mesmo sexo, possam se utilizar de material genético alheio ou mesmo da intervenção solidária de uma terceira pessoa para fins de realização de seu projeto parental.

Além disso, pretendemos ressaltar que a distinção preconizada não exclui a possibilidade de combinações dos critérios biológico e socioafetivo, principalmente quando resultar do exercício de autodeterminação das partes envolvidas, aqui

considerando-se *pele menos a participação de três pessoas* que colimam rumo a um mesmo interesse de exercício da paternidade e maternidade, por meio de conduta voluntária declarada. Tal conduta revela-se também objetiva e demonstra o afeto juridicamente relevante externado pelos membros de entidades familiares que intencionam uma convivência familiar.

A multiparentalidade já é um tema debatido em sede das famílias recompostas, considerando a liberdade de constituição familiar. Ana Carolina Brochado¹⁶ reflete sobre o tema, reconhecendo nestes casos a possibilidade do exercício fático do poder familiar pelo padrasto e madrasta, com responsabilidade de criação e educação.

Se o exercício da multiparentalidade pode se basear na função parental desvinculada da ascendência biológica, esta seria uma forma mais ampla de se admiti-la, não obstante, portanto, que também fosse exercida com a presença do vínculo biológico, *desde que* consonante com o projeto parental de todos os envolvidos.

Assim, por que não imaginar que a complexidade das relações existenciais na atualidade possa nos permitir a desconsiderar o sistema binário de filiação e admitir a possibilidade de um sistema trinário, com o reconhecimento da existência de dois pais e uma mãe ou vice-versa?

Talvez aqui mereça reflexão o tema deste congresso – *entre o público e o privado*, sobre os limites da intervenção do Estado nas relações privadas. Uma vez definidos os limites à utilização das técnicas que deverão observar o mínimo ético permitido, os arranjos familiares e o projeto parental não deverão sofrer uma intervenção limitativa, mas tão somente protetiva, principalmente quando tal projeto resguardar, prioritariamente o interesse dos menores.

Neste sentido, esclareça-se a nossa posição:

Inicialmente, reconhecemos que o nosso ordenamento jurídico já procedeu com a sua escolha com relação à consideração do início da vida para o direito, quando do julgamento do Supremo Tribunal Federal pela Constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, na medida em que este prevê, sob a autonomia dos genitores, que os embriões excedentários venham a ser objeto de pesquisa científica em prol da humanidade, sendo inviáveis ou viáveis desde que congelados há três anos.

Portanto, não se trata mais de uma discussão filosófica, religiosa ou moral. O direito se encarregou de proceder com um corte, e indiretamente a partir do referido julgado, reconheceu, que para efeitos jurídicos, o início da vida humana se dá com

16 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*/Ana Carolina Brochado Teixeira, Renata de Lima Rodrigues. São Paulo: Atlas, 2010. p. 202 e ss.

a concepção, entendida esta como o início da vida intrauterina do embrião, com a respectiva nidação.

Dessa forma, afastamos a possibilidade de que o pré-embrião implantatório e criopreservado possa ser sujeito de direito, estando, ao contrário, muito mais caracterizado como coisa jurídica. O que se deve evitar, a nosso ver, é a fecundação indiscriminada, de forma que se destinem à concepção uterina, todos os embriões fecundados, nos limites éticos estabelecidos – até 04 (quatro) – evitando-se os excedentários.

Filiamo-nos também à proposta engendrada pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, por meio do Estatuto das Famílias, no sentido de admitir-se a presunção de filiação para a utilização das técnicas apenas entre pessoas vivas, evitando-se a insegurança jurídica das relações a qualquer tempo e as mais variadas interpretações, além de inibir também neste aspecto um projeto parental igualmente individual a exemplo da produção independente.

Por fim, destinando-se as presunções jurídicas ao estabelecimento de uma ficção relativa ao estado de filiação, não vemos razão para a discriminação quanto à forma de concepção utilizada pelo casal, se natural ou artificial, considerando-se ambas enquanto direito fundamental, de forma que uma redação mais generalista atenderia melhor aos novos propósitos das presunções, permitindo-se a utilização das técnicas de reprodução que fossem necessárias aos interesses dos casais heterossexuais e homossexuais.

Assim, proporíamos para o art. 73 do referido Projeto de Lei nº 2.285/07, a seguinte redação:

“Art. 73. Presumem-se filhos, os nascidos durante a convivência à época da concepção.”

A redação, além de impor que os interessados estejam vivos à época da concepção, aqui entendida, conforme já mencionado, como o início da vida uterina, uma vez que é necessário que estivessem convivendo à sua época, não discrimina quanto ao tipo de reprodução, se natural ou artificial e se nesta houve ou não a utilização do material genético apenas do casal ou se envolveu material genético de terceiro.

De certo, também, omitir a necessidade de autorização do marido na hipótese de inseminação heteróloga, não implica no reconhecimento de que nessa hipótese caberia a arguição de prova em contrário, senão porque não há como obstaculizar o direito de ação, ficando a cargo do aplicador e não do legislador, reconhecer neste aspecto, em tendo havido expressa autorização, o reconhecimento da ilegitimidade, da ausência de erro, e por consequência, da condição *jure et de jure* em tal situação.

A disposição generalista deixa à autonomia dos interessados a forma de concepção a ser utilizada, o que não significa que o ordenamento não possa regular o uso indiscriminado, porém, não por meio do Direito de Família, mas sim por meio de uma Lei própria que adote, preferencialmente um sistema semiaberto em consonância com os valores já reconhecidos pela própria sociedade, a exemplo de outros ordenamentos jurídicos.

V – NOTAS CONCLUSIVAS

1) Os Direitos Reprodutivos no Brasil estão previstos nas esferas Constitucional e infraconstitucional, fundando-se, primordialmente, nos valores preconizados pelos Princípios da liberdade de planejamento familiar, intimidade privada, autodeterminação e igualdade, constituindo-se o acesso à Reprodução Humana Assistida um Direito Fundamental;

2) A realidade social brasileira autoriza o funcionamento de Centros de Reprodução Humana, por meio de regras éticas que colidem com as perspectivas legais no Brasil e interpretações recomendadas por Enunciados de Estudos referendados na área jurídica;

3) As perspectivas legais no Brasil, por meio dos projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional, deixam dúvidas quanto à adequada interpretação de conformidade com os preceitos Constitucionais;

4) As regulamentações sobre a Reprodução Humana Assistida merecem tratamento legal próprio ao lado de outros aspectos do Biodireito, reconhecendo-se como úteis à promoção da saúde física e psicológica do ser humano, desde que atenda as finalidades preceituadas por nossos princípios reguladores, máxime o da Dignidade da Pessoa Humana, não cabendo ao Direito de Família qualquer especificação ou limitação a respeito;

5) No debate quanto ao *locus* dos institutos familiares entre o público e o privado, não há que se admitir uma interpretação restritiva, reconhecendo-se os limites da intervenção do Estado, e a necessidade de uma interpretação inclusiva, característica do contexto do Estado Social e Democrático de Direito, salvo em havendo expressa vedação legal e desconformidade com valores Principiológicos preconizados;

6) As presunções jurídicas de filiação retratadas no art. 1.597 do CCB, devem, em sua literalidade e sentido, converterem-se, em ficções que atribuam estado de filiação aos filhos nascidos durante a convivência do casal (heterossexual ou homossexual) durante a concepção (vida uterina), com ou sem envolvimento de terceiro, abrangendo todas as formas de concepção (natural e artificial), em progressiva adaptação a uma interpretação conforme a Constituição;

7) Diante da nova leitura e na base principiológica estabelecida, há fundamentos para a descon sideração do sistema binário de filiação, com respeito à autodeterminação do projeto familiar parental engendrado pelos interessados, presentes os pressupostos fáticos biológico e socioafetivo para a incidência da norma, viabilizando a multiparentalidade e a filiação trinária, como forma de solução aos arranjos familiares de uma sociedade complexa.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. A reconfiguração da Presunção Pater Ist Est. In: *Família e Responsabilidade. Teoria e Prática do Direito de Família*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 260 e ss.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GALIZA, Andréa Karla Amaral de. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares: teoria e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal/Andréa Karla Amaral de Galiza; prefácio de Paulo Lôbo*, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil. Princípios Éticos e Jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 198.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito, a ciência e as leis de Bioética. In: SANTOS, M. Celeste Cordeiro L. (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001. p. 114.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 314.

RABENHORST, Eduardo R. A dignidade do homem e os perigos da pós-humanidade. In: *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*. SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). São Paulo: Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 42.

SILVA, Ivan de Oliveira. *Biodireito, Bioética e Patrimônio Genético Brasileiro*. São Paulo: Pillares, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *O direito das famílias entre a norma e a realidade/ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 202 e ss.