

A FAMÍLIA E O DIREITO: ANTIGOS E NOVOS DESAFIOS

*Heloisa Helena Gomes Barboza**

DESAFIOS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Chega a surpreender como o ser humano, após um século de franca expansão de praticamente todas as áreas do conhecimento, ainda se espanta e se maravilha com os constantes e acelerados avanços da ciência. Natural, por conseguinte, que todas as vezes em que o tema “Direito Contemporâneo” é abordado, venham à baila os notáveis progressos da biomedicina que desafiam os sistemas jurídicos existentes, apresentando questões jamais cogitadas.

No Brasil, não bastassem tão complexos questionamentos, encontram-se em pleno desenvolvimento a análise e discussão da conformação do sistema aos novos paradigmas estabelecidos pela Lei Maior, sem dúvida, o grande desafio trazido pela Constituição Federal de 1988 aos operadores do direito.

Estruturada sobre nova tábua de valores que refletem, mais do que um novo pensar, as aspirações últimas de nossa sociedade, gerou à vigente Constituição profundo abalo nos alicerces de nossa dogmática, que se fez forte especialmente para o Direito Civil que teve, a um só tempo, alterados os fundamentos de seus mais significativos elementos de constituição: a família, a propriedade e o contrato. Com razão, constata-se o que se tem denominado “constitucionalização” do Direito Civil, na medida em

* Professora Titular de Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro/UERJ e Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

que relações, até então tratadas quase que exclusivamente pelo Direito Privado, segundo tradicional dicotomia, hoje igualmente em fase de transformação, passaram a ter suas linhas mestras delineadas no texto constitucional. Destacam-se nesse processo as relações familiares que encontram atualmente seu vértice normativo na Constituição Federal.

Diante desse panorama e tendo como escopo a família, apenas como forma de sistematização das idéias - aqui postas exclusivamente como tema de reflexão, visto que ousada, para não se dizer superficial, seria qualquer proposta de se analisar tão intrincadas matérias, de uma só feita podem-se constatar duas ordens de desafios: os “antigos”, relativos à reformulação de nosso sistema, ainda longe de conclusão, e os “novos”, trazidos pelos avanços da Biomedicina e que, afinal, se imbricam com os primeiros.

ANTIGOS DESAFIOS

Não seria exagerado afirmar que a maior inovação promovida pela Constituição Federal de 1988 reside na preocupação em atender e consolidar antigos anseios sociais, muitas vezes preteridos nas Cartas anteriores, orientadas por diferentes paradigmas. Pode-se dizer que seu objetivo precípua - ao eleger como elementos estruturais valores que constróem e preservam a dignidade humana - é propulsionar o indivíduo, permitindo-lhe o seu pleno desenvolvimento como pessoa humana.

Não obstante as críticas que se lhe fazem, fato é que a Constituição, graças à notória omissão do legislador, acabou por assumir o papel de verdadeiro instrumento de realização do seu objetivo maior.

Todavia, passados já dez anos de sua promulgação, verifica-se que exatamente aqueles anseios sociais atendidos pelo constituinte transformaram-se, hoje, em “antigos” desafios, na medida em que o respeito à dignidade humana e o pleno exercício da cidadania ainda não se efetivaram, apesar das expressas determinações constitucionais.

Sob essa ótica, a família ganha particular relevo, visto constituir o núcleo onde se inicia o desenvolvimento da personalidade humana, do exercício da cidadania, do viver dignamente.

Indispensável, porém, para que essa transformação se opere de modo eficaz, que se reconheça de modo pleno a existência de um novo Direito de Família que tem como base: a) três entidades familiares que gozam de igual valor - a constituída pelo casamento, a originada pela união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; b) a plena igualdade de direitos entre os cônjuges e entre os conviventes ou companheiros; c) a plena igualdade entre os filhos que têm seu estado de filho desvinculado da situação jurídica dos pais; e d) os direitos da criança e do adolescente, próprios da sua condição de pessoas em desenvolvimento, como formulados na doutrina da proteção integral, assegurado sempre o seu melhor interesse como prioridade absoluta.

Não basta, contudo, a indicação nominal de tais princípios. É preciso desapegar das antigas fórmulas, rever conceitos, dar às leis, quando possível, interpretação harmônica com os novos preceitos e ter a coragem de rejeitá-las em caso contrário. O Código Civil, obra que merece sempre louvor, contém em seu livro dedicado ao Direito de Família diversos dispositivos que, se não derogados ainda, francamente não foram recepcionados pela nova ordem constitucional, impondo-se a sua não aplicação. Mesmo as disposições ainda vigentes requerem adequada interpretação, em especial as concernentes às relações entre os cônjuges e entre pais e filhos. O mesmo é de dizer-se da legislação extravagante, como a Lei do Divórcio.

Em síntese, há que se enfrentar o desafio, mergulhar no verdadeiro cipoal de normas existentes e formular uma doutrina consistente que revele com nitidez o perfil das relações familiares que emerge à luz dos ditames constitucionais. Só após executada essa tarefa, sem dúvida tormentosa e estafante, haverá reais condições de se buscarem soluções para os novos conflitos familiares que a cada dia se tornam mais numerosos e aflitivos.

NOVOS DESAFIOS

Embora a estruturação de um novo Direito de Família, nos termos acima, ainda não tenha sido levada a efeito, o que é de se lamentar, fato é que os fantásticos progressos da ciência se impõem, confrontando de modo direto e imediato a Ética e o Direito. As novas técnicas empregadas pela Biomedicina de pronto geraram profundos questionamentos éticos, dando origem à Bioética, atualmente reconhecida como parte do conhecimento filosófico dedicado ao estudo dessa matéria. Paralelamente, e como corolário da Bioética, vem se formando um novo ramo do Direito, o Biodireito, orientado por princípios próprios e contendo normas específicas que regulamentam as relações surgidas por força da biotecnologia. Não poucas têm sido as críticas, por vezes bastante ácidas, a essa concepção, fato que, contudo, não tem impedido sua formulação no campo internacional.

As novas técnicas reativaram questões de há muito postas, que apesar de sua relevância não encontraram solução definitiva, e que crescem atualmente em complexidade, envolvendo o início e o fim da vida, o poder de disposição do próprio corpo, a identidade do ser humano.

Às inúmeras perguntas não respondidas somaram-se outras, atingindo diretamente as relações familiares. A descoberta do DNA e a sua utilização como fator de identificação genética veio revolucionar a investigação de paternidade, visto a desprezível margem de erro que apresenta, se realizado o respectivo exame com rigor. O estabelecimento da paternidade jurídica, até então submetido a um critério de presunção ou de verificação de probabilidades, passou a fundar-se em um critério biológico, que privilegia o liame genético, não raro em prejuízo do vínculo sócio-afetivo que encontra respaldo jurídico no princípio do melhor interesse da criança, a ser observado com absoluta prioridade, por força de norma constitucional (CF/88, art. 227).

A tormentosa discussão em torno do critério a ser adotado na definição da paternidade agrava-se diante das técnicas de reprodução assistida que compreendem a utilização de sêmen de doador, cuja identidade deve ser mantida em sigilo, segundo normas de deontologia médica, que seguem a tendência

internacional. Seria razoável, em tal caso, impor-se juridicamente o vínculo biológico, mesmo sabendo-se que o doador não quer o filho? Atribuir a paternidade ao marido, mediante presunção, estaria a exigir seu expresso consentimento, já que assumirá um filho que sabidamente é de outro. Mas, como resolver a questão na hipótese de não haver presunção legal de paternidade?

Considerando, ainda, a doação de sêmen, deve-se admitir a inseminação de mulheres solteiras? O que se deve reconhecer preferencialmente: a entidade familiar formada pela mãe e seu filho ou o direito da criança à convivência familiar? Em outras palavras, é razoável negar-se, em princípio, à criança o direito à paternidade ou prevalecerá o direito da mãe a ter um filho? Nessa linha, deve-se admitir a utilização dessas técnicas por “casais” homossexuais?

As técnicas de reprodução assistida trouxeram também dúvidas quanto ao estabelecimento da maternidade, em decorrência da utilização da denominada “mãe gestacional”, popularmente conhecida como “barriga de aluguel”. Nesse caso, a quem deve atribuir-se a maternidade: à doadora do óvulo, privilegiando-se o vínculo biológico, ou à mulher que levou a termo a gestação, dando a luz ao novo ser? Observe-se que, de acordo com as regras do Conselho Federal de Medicina (Resolução nº 1.358, de 11.11.92) a mãe gestacional deve pertencer à família da doadora genética, num parentesco até segundo grau, vale dizer, deve ser a mãe (parente de primeiro grau) ou a irmã (parente de 2º) da doadora genética.

No tocante à maternidade, não é só. Experiências já foram realizadas, ao que se sabe com sucesso, em que não se pode precisar sequer o vínculo genético materno: introduz-se o núcleo de um óvulo em outro, sem núcleo, que, contudo, conserva alguns elementos genéticos.

Constata-se que os vínculos de paternidade e maternidade, diante de tais fenômenos, carecem de definição, bem como a extensão dos laços familiares: terão as pessoas envolvidas na realização das técnicas de reprodução assistida (doadores de gametas, mãe gestacional) algum tipo de relação jurídica com os seres assim gerados? Haverá algum tipo de

responsabilidade ou de direito dos que promovem a utilização desses métodos, mas não possuem qualquer vínculo genético?

Considere-se por fim, mas não por último, que a Constituição Federal submete o *planejamento familiar* à livre decisão do casal (art. 226, § 7º) e que A Lei nº 9.263, de 12.01.96, que regulamentou a mencionada disposição constitucional declara ser direito de todo cidadão o planejamento familiar (art. 1º), entendendo-se, para os fins da citada lei, como planejamento familiar o conjunto de ações de regulação da fecundidade que assegure direitos iguais de *constituição*, limitação ou *aumento* da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal (art. 2º).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A indicação dessas questões, dentre tantas outras suscitadas pela biotecnologia, parece suficiente para demonstrar a complexidade dos desafios a serem enfrentados pelos operadores do direito. Registre-se, por oportuno, que os cientistas brasileiros têm acompanhado e estão empregando muitas dessas técnicas, havendo, nos grandes centros, inúmeras clínicas especializadas em reprodução assistida, sendo os exames de DNA já rotineiros. Urge, portanto, não só a análise de tais fatos, mas principalmente sua regulamentação.

No que concerne ao Direito de Família, as diretrizes encontram-se traçadas, na medida em que toda e qualquer normatização há que observar os princípios constitucionais antes referidos, preservando-se, acima de tudo, a dignidade humana.

O maior desafio a ser enfrentado, talvez seja o mais antigo: permitir a todos o acesso às conquistas biomédicas, buscar soluções que a todos beneficiem, independentemente do estado social ou econômico, pondo fim à odiosa divisão existente entre o direito dos mais favorecidos e o “não” direito dos menos aquinhoados.