

## Direito de Família na perspectiva biojurídica

*Maria de Fátima Freire de Sá\**

*Ana Carolina Brochado Teixeira\*\**

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Quem nunca ouviu a famosa frase *o homem é um ser social*? Certo é que muitos já disseram isto, mas são os filósofos os que mais se ocupam dela.

Para nós, nos interessa saber que a socialização do homem se dá por meio de discursos sociais. Dentre os inúmeros que poderíamos citar, acreditamos que os que mais se destacam são os discursos médico e jurídico. Segundo Jan Broekman, são eles *los protagonistas principales de nuestra vida moderna*.<sup>1</sup> Tal fato afigura-se de absoluta importância para a Bioética. O

\* Doutora em Direito pela UFMG. Mestre em Direito pela PUC Minas. Professora dos cursos de graduação, mestrado e doutorado da PUC Minas e na graduação em Direito da FUMEC.

\*\* Doutoranda em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito pela PUC Minas. Coordenadora do curso de especialização em Direito de Família e Sucessões do Instituto de Educação Continuada (IEC) da PUC Minas. Professora da Graduação da Faculdade Estácio de Sá e do Centro Universitário UNA.

<sup>1</sup> BROEKMAN, Jan M. *Bioetica con rasgos juridicos*, p. 14.

## MERITUM

pensamento ético também procura influenciar o processo de socialização ao lançar a idéia, por exemplo, da autonomia pessoal.

Por essa razão, é de grande importância traçar algumas reflexões sobre o homem socializado em seus diversos contextos: ético, biojurídico e jurídico-familiarista. Diante das inovações trazidas pela Biotecnologia, devemos refletir sobre a pessoa humana nesse contexto evolutivo, bem como as repercussões de tais mudanças não apenas em sua vida pessoal, mas em seu contexto de relações. Escolhemos, aqui, suas relações mais íntimas: as travadas no âmbito da família.

## 2 IMBRICAÇÕES ENTRE BIOÉTICA, BIODIREITO E DIREITO DE FAMÍLIA

Nesse compasso, desenvolvamos o seguinte pensamento: não há sujeito que não seja socializado. Via de conseqüência, não há sujeito que não seja juridicizado e medicalizado, porquanto é difícil imaginar no mundo alguma pessoa que, um dia, nunca precisou de um médico ou de um advogado, mesmo que em uma consulta informal. Quanto ao aspecto médico, deixemos claro que, para nós, a fisiologia humana está também integrada ao processo de socialização, ainda que a pensemos também como um acontecimento espiritual.

Nessa esteira de raciocínio, a Bioética surge como corolário do conhecimento biológico, buscando o também conhecimento do sistema de valores. Embora se refira, freqüentemente, aos problemas éticos derivados das descobertas e das aplicações das ciências biológicas que tiveram grande desenvolvimento na segunda metade do século XX, muito importante se faz ressaltar,

na busca de maior aprofundamento sobre o tema, que referida ciência tem como uma de suas preocupações principais a autonomia do paciente.

Podemos exemplificar por meio de algumas indagações: O que poderia dizer a ética médica sobre o bem-estar se não tiver como ponto de referência a autonomia do paciente? Como determinar os limites da admissibilidade da eutanásia legalizada sem a autodeterminação do interessado? Mas a autonomia não é condição para a existência apenas da Medicina e da Ética (Bioética), como também para a vida do Direito (Biodireito).

Até aqui podemos concluir que os discursos acima mencionados, quais sejam, o médico, o ético e o jurídico, possuem estreito entrelaçamento. Vejamos o posicionamento de Broekman:

*Es importante para la bioetica constatar que los cuerpos sometidos a una medicalización ya se encuentran juridizados y viceversa. La medicalización y juridización son procesos fundamentales que otorgan significado a la interpretación del cuerpo como entidad cultural. Así pues, mantienen la ética bajo su poder, tal y como lo demuestran abundantemente el derecho y la medicina.<sup>2</sup>*

Os discursos jurídico, ético e médico põem na vida concreta os pontos de vista e significados de um corpo fisiológico. Assim, fazem parte de situações como o nascer, o morrer, uma intervenção cirúrgica ou um padecimento crônico. O Direito, a

<sup>2</sup> BROEKMAN, Jan M. *Bioetica con rasgos juridicos*, p. 15.

## MERITUM

Ética e a Medicina expressam valores fundamentais da nossa cultura e afiguram-se instituições sociais. A maneira própria de cada um propor problemas designa uma visão institucionalizada da realidade.

Parafrazeando Broekman, no sentido de que os corpos submetidos à medicalização já se encontram juridicizados e vice-versa, podemos começar a traçar o campo de atuação do Biodireito e da Bioética. Antes, contudo, deixemos claro que tanto o primeiro quanto a última articulam os direitos do paciente e a autonomia dos sujeitos como um dos princípios básicos.<sup>3</sup>

Juridicizada e eticizada a Medicina, os dados médicos, uma vez classificados, ponderados, valorados e qualificados, resultam como base ontológica da Bioética. Mas seu campo de atuação não se restringe aí. Seus estudos nos levam a elencar princípios próprios, quais sejam, o consentimento informado, que representa o direito que possui o paciente de conhecer seu diagnóstico e prognósticos, dando seu consentimento em resposta a tal informação; o princípio da boa vontade, traduzido também como boa-fé, ou beneficência e não-maleficência, que poderíamos interpretar no sentido de que a pessoa humana deve receber todos os cuidados visando à cura de seus males, ficando vedado o trato degradante.

Contudo e apesar de toda a preocupação bioética, a sanção para aquele que descumprir algum de seus princípios fica a cargo do Direito enquanto ciência dogmática, eis que

<sup>3</sup> *En el contexto de la juridificación se podría decir que los pacientes se convierten en pacientes al tomar posesión de sus derechos más que en cuanto a enfermos y el examen de contrastación de sus cuadros médicos.* (BROEKMAN, Jan M. *Bioética con rasgos jurídicos*, p. 30.)

possui caráter prescritivo, de dever-ser, porquanto utiliza a teoria da imputação.<sup>4</sup>

Medicalizado também o Direito, o Biodireito, como subsistema que é, incorpora os princípios da Bioética, que por sua vez se tornam fonte inspiradora de outros princípios, que poderiam ser intitulados precaução, autonomia privada, justiça e responsabilidade.

O primeiro traduz-se em uma limitação à ação do profissional, que deve adotar medidas de precaução em caso de risco de dano grave ou irreversível.<sup>5</sup> A autonomia é correlata ao princípio bioético do consentimento informado. Francisco Amaral a define como o “princípio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”.<sup>6</sup> Tal expressão determina o poder da vontade de modo objetivo, não se permitindo pensar numa possível conotação psicológica. Quanto ao princípio da justiça, valemo-nos dos

<sup>4</sup> Como disciplina jurídica, o Biodireito tem método dogmático, apesar de utilizar-se do conhecimento zetéctico para sua elaboração. As soluções que ele propõe devem partir de análise do caso concreto, porém baliza-se em dogmas: a norma. (NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução ao Biodireito: da zetéctica à dogmática. In: SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). *Biodireito*, p. 139.)

<sup>5</sup> Esse princípio foi incorporado ao Direito Ambiental em 1992, por ocasião da ECO-92. O art. 3º do Decreto Legislativo nº 1, de 3 de fevereiro de 1994, assim dispõe: “As partes devem adotar medidas de precaução para prevenir, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível [...]”. Tal princípio se aplica ao Biodireito considerando que todas as suas diretrizes têm como função precípua assegurar a dignidade do indivíduo.

<sup>6</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, p. 337.

## MERITUM

ensinamentos de John Rawls que<sup>7</sup> estabelece como imprescritíveis alguns direitos individuais e sociais primários que poderiam ser elencados assim: liberdade de pensamento e de consciência, que possibilitariam a tomada de decisões por parte dos indivíduos; liberdade de rendas e riquezas, bem como de livre escolha de ocupações; e condições sociais para o respeito a todo indivíduo como pessoa moral. O princípio da responsabilidade, em ampla significação, revela o dever jurídico em que se coloca a pessoa para satisfazer a obrigação convencionada ou suportar as sanções legais a ela impostas.

Como muito bem afirma Bruno Torquato de Oliveira Naves, ao escrever sobre Bioética e Biodireito, “trata-se de duas ordens normativas. Ambas têm caráter prescritivo. A distinção, todavia, está na forma de abordagem e na força cogente”.<sup>8</sup>

A Bioética apresenta-se muito mais como ramo da filosofia, ainda que juridicizada como já dissemos, porque seus questionamentos são abertos, diferentemente do que acontece com o Biodireito, cuja dogmática acaba por determinar uma abordagem intra-sistêmica, partindo de dogmas.

Daí afirmarmos que a sanção teria conseqüências distintas para as duas ciências. Para a Bioética, a sanção é interna. Para o Biodireito, a sanção adviria em forma de dever jurídico.

Diante das reflexões acima, poderíamos indagar se o Código de Ética Médica é norma prioritariamente ética ou jurídica. Entendemos ser ele uma expressão juridicizada dos princípios

<sup>7</sup> RAWLS, John. *Teoria de la justicia*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1979.

<sup>8</sup> BROEKMAN, Jan M. *Bioetica con rasgos juridicos*, p. 135.

bioéticos, cuja consequência pelo descumprimento de obrigação é jurídica. Portanto, é norma jurídica, ainda que tenhamos consciência que estas contêm valores éticos e sociais, cujo fim é a realização da justiça.<sup>9</sup>

Apesar das distinções que ousamos proceder, devemos ter em mente que, conforme afirma José Alfredo de Oliveira Baracho, mencionando Dantas, “o futuro da Bioética e do Direito está interligado aos novos deveres-direitos humanos, que por sua vez assentam-se nos princípios e valores constitucionais, com grande destaque para os deveres”.<sup>10</sup> Prova disso são os diversos pactos e tratados internacionais que trazem como preocupação primeira a proteção da saúde, da sanidade física e mental e a salvaguarda da vida e da dignidade, dentre outros objetivos, o que reflete, como já dissemos, a constante juridicização da Bioética.

Assim, apesar de termos apontado suas diferenças, Bioética e Biodireito seguem juntos. O Direito não se limita ao discurso legal. A força da norma é uma força da realidade. E essa verdade também se encontra na Bioética, pelo efeito juridicizante que já expomos. E a função maior de ambos é a proteção dos direitos humanos, ainda que utilizando técnicas distintas de abordagem, as quais, ao final, sem sombra de dúvida, se completam.

Importa trazermos à baila, então, o Direito de Família, ramo do Direito Civil em constante movimento que se depara com

<sup>9</sup> Sobre o tema, indicamos ao leitor o artigo de Gualter de Souza Andrade Júnior, intitulado O fato e a responsabilidade por prática biomédica: uma visão ontológica. In: SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.) *Biodireito*, p. 223-282.

<sup>10</sup> DANTAS, Ivo. *O valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, apud BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da bioética e do biodireito*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito e medicina*, p. 77.

## MERITUM

questões biojurídicas, sendo necessário, também, lançar mão da ética para auxiliar na resolução das controvérsias que, constantemente, nos são apresentadas. No âmbito do Direito de Família, o tema mais afeito a tal problemática é a filiação, que instiga o operador do Direito a reflexões ainda em processo de maturação.<sup>11</sup>

A amplitude e os limites da reprodução humana assistida, a inseminação artificial *post mortem*, o útero de substituição, os efeitos sucessórios dos embriões excedentários, o anonimato do doador de gametas, a possibilidade de doação de embriões excedentários para pesquisas são apenas alguns dos temas polêmicos que nos fazem pensar sobre pontos de confluência entre Bioética, Biodireito e Direito de Família.

Mas como resolver tais questões, que já existem na “vida real”, mas ainda não estão normatizadas, resolvidas e pacificadas? *A priori*, o modo que temos para refletir sobre tais questões é lançar mão da aplicação ética dos princípios constitucionais, vivificando seu caráter normativo e construindo seu conteúdo da forma que mais preserve a dignidade da pessoa humana, em cada situação concreta.

### 3 DIREITO DE FAMÍLIA E BIOTECNOLOGIA

ABiotecnologia vem revolucionando o Direito de Família. A partir do desenvolvimento do ramo biomédico, passou-se a questionar a verdade jurídica da filiação que se baseava em

<sup>11</sup> Sobre o tema, seja remetemos o leitor à nossa *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.



presunções, principalmente a *pater is est quid nuptiae demonstrant*, ou seja, pai é aquele que demonstra o casamento.

Com o advento do exame de DNA, a verdade jurídico-registral, apenas, passou a ser insuficiente. Era preciso mais! Tornou-se necessária, também, a similitude genética. Por isso, a busca desenfreada atual pela procriação, utilizando técnicas de reprodução humana assistida, de modo a garantir, pelo menos por meio de um dos troncos familiares – em caso de um casal, que é casado ou que vive em união estável –, a semelhança biológica. Ressalte-se que tais técnicas objetivavam, inicialmente, solucionar problemas de casais inférteis, com o escopo de garantir a unidade familiar, facultando-lhes, ainda, a adoção. Atualmente, entretanto, não estão vinculadas à infertilidade, vez que ainda não temos lei que regula a matéria.

O desejo da procriação é bastante antigo, tendo foro bíblico, conforme podemos constatar no Livro de Gênesis:

Passado isto, falou o Senhor a Abraão numa visão, dizendo: Não temais Abraão, eu sou o teu protetor, e a tua recompensa excessivamente grande. E Abraão disse: Senhor Deus, que me darás tu? Eu irei sem filhos; e o filho do procurador da minha casa é este Eliezer de Damasco. E acrescentou Abraão: A mim não me deste filhos; e eis que meu escravo será meu herdeiro. Imediatamente, o Senhor lhe dirigiu a palavra, dizendo: Este não será o seu herdeiro, mas terás por herdeiro aquele que nascer de ti. Depois, conduziu-o fora e disse-lhe: Olha para o céu, e conta, se podes, as estrelas. Depois, acrescentou: Assim será a tua descendência. Creu Abraão em Deus e lhe foi imputada a justiça.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> BÍBLIA SAGRADA. *Gênesis*, 15: 1-6.

## MERITUM

Nos dias de hoje, o que leva as pessoas a procriar são outros motivos: perpetuação da espécie, realização de sonho, de projeto pessoal, parental, dentre outros. A formação de família está de tal modo imbricada na maioria das pessoas que a procriação é tomada como um direito. Mas seria ela um direito fundamental? A nosso sentir, a resposta a essa indagação é afirmativa, visto que compõe a construção da personalidade da pessoa humana e de seu projeto parental. Isso, porém, não significa dizer que se afigura direito absoluto, uma vez que não podemos pensá-lo dissociado da responsabilidade. Esse direito encontra limites objetivos no Princípio do Melhor Interesse da Criança a ser concebida, que será pessoa humana detentora de direitos de personalidade. Portanto, não pode ser, apenas, instrumento de realização dos pais.

Neste sentido, ensina Gustavo Tepedino:

Parece oportuno sublinhar, contudo, que as técnicas de procriação assistida, para serem compatíveis com a ordem constitucional, deve se desassociar de motivações voluntaristas ou especulativas, prevalecendo sempre, ao contrário, quer como critério interpretativo – na refrega de interesses contrapostos – quer como premissa de política legislativa, o melhor desenvolvimento da personalidade da criança e sua plena realização como pessoa inserida no núcleo familiar.<sup>13</sup>

Não obstante os necessários limites impostos, não se pode negar que o direito à procriação é de grande relevância para a

<sup>13</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*, p. 472.

ontologia do ser humano. Indiretamente, ele recebe, também, proteção da ordem jurídica, por ser consectário do direito à vida e à liberdade, inclusive de planejamento familiar.<sup>14</sup> A autonomia privada é essencial para a elaboração de um projeto parental que visa à constituição de uma família. Ora, se a família é a célula da sociedade e recebe especial proteção do Estado, a teor do que dispõe o art. 226 da Carta Magna, poderíamos cogitar ser a procriação também conteúdo da entidade familiar. Todavia, atualmente, não é de sua essência, vez que o *telos* da família é a promoção da personalidade de seus membros, não mais a procriação. Por isso, a multiplicidade de tipos de família, o que torna impossível sua enumeração. Afinal, a família hoje é plural.

Mas como avaliar os impactos da Biotecnologia não apenas na família, mas também no Direito de Família? Seria possível tal exercício reflexivo? Partindo-se da premissa de que não existem modelos fechados e taxativos de tipos de família, sendo o art. 226 da Constituição Federal de 1988 um rol meramente exemplificativo, é possível afirmar que os novos fenômenos biotecnológicos provocaram e motivarão novas fórmulas de entidades familiares. Isso porque a busca procriativa pode utilizar técnicas biomédicas que não coincidem com os métodos naturais.

A fecundação homóloga não nos oferece grandes questões, salvo se houver embriões excedentários. A fecundação heteróloga, além de a observação acima também lhe ser aplicada, nos faz pensar sobre a contradição existente entre o anonimato do doador do gameta, com o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Conforme art. 226, § 7º, CF/88, e Lei nº 9.263/96.

<sup>15</sup> A matéria foi abordada em LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*, p. 505-530.

## MERITUM

O útero de substituição também gera controvérsias, visto que uma mulher que não pode, por exemplo, gerar filhos, utiliza o útero de outra mulher para conseguir seu intento. Quem é a mãe, em casos como este: a parturiente ou a mulher que desejou o filho, mas não pôde gerá-lo por si só?<sup>16</sup>

As controvérsias não param por aí. A mulher sozinha, por exemplo, que escolhe ter um filho por meio das técnicas de reprodução assistida forma com seu filho uma família monoparental.<sup>17</sup> O que se questiona é a forma constitutiva da família, isto é, a monoparentalidade escolhida. Mas a possibilidade de tal intento dá-se tendo em vista que a biparentalidade não constitui garantia da efetivação do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

Percebemos que o fator motivador ao uso das técnicas de reprodução assistida é a busca pela realização de um projeto parental, seja ele por homens, mulheres ou casais. Ele pode se realizar de várias formas, inclusive por meio de adoção. Contudo, o Direito não pode interferir na esfera mais íntima da pessoa, para ditar a forma que ela terá um filho, pois o projeto parental é individual e compõe o conteúdo da personalidade de cada um.

As disposições da Lei de Biossegurança, Lei n° 11.105/2005, também nos fazem refletir sobre a possibilidade de doação, pelos pais, de embriões excedentários criopreservados, desde que

<sup>16</sup> Algumas reflexões sobre a questão foram expostas em TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*, p. 309-323.

<sup>17</sup> Sobre o tema, cf. SÁ, Maria de Fátima Freire. Monoparentalidade e biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*, p. 435-448.

inválidos ou, se válidos, que estejam congelados há mais de três anos.<sup>18</sup> Possibilita, assim, pesquisas em células-tronco embrionárias, mediante autorização dos pais.<sup>19</sup> Demonstra-se, desse modo, a coisificação dos seres embrionários. Nesse compasso, eles pertencem aos progenitores, que têm sobre eles total poder de disposição, de vida e de morte. Não seriam os embriões seres em desenvolvimento, pessoas por nascer? As pesquisas com embriões excedentes, realizadas em nome do avanço científico, não poderiam caminhar para a prática de eugenia liberal, já que os “novos príncipes”<sup>20</sup> são aqueles que detêm o grande capital e aqueles que manipulam os meios de comunicação, na crença de que somos um auditório desqualificado e, portanto, suscetíveis à sedução do discurso fácil e unilateral?

<sup>18</sup> “Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

<sup>19</sup> É curioso o descompasso legislativo, pois, enquanto a Lei de Biossegurança permite a pesquisa em embriões humanos congelados, a conclusão óbvia é que ela trabalha com a possibilidade de produção de embriões excedentes ou sobrantes. Contudo, o Projeto de Lei nº 1184/03, que versa sobre reprodução humana assistida, não permite que sejam feitos embriões em número superior a dois. Assim, no uso da técnica, mister se faz a produção e a transferência de apenas dois embriões por ciclo, não se permitindo, pois, a criação de novos embriões com o objetivo de congelá-los para uma eventual próxima oportunidade de sua inserção no útero feminino.

<sup>20</sup> Essa expressão é utilizada por Paolo Grossi, em seu livro *Mitologias jurídicas da modernidade*, onde o autor faz coincidir a figura do príncipe aos detentores do poder de cada época. Assim, no Estado Medieval, o príncipe era aquele que interpretava o direito vigente, em diálogo com a natureza; na fase moderna, o príncipe era o legislador autoritário (GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade, passim*).

## MERITUM

Essas são algumas problematizações que trazemos ao leitor, de modo a motivar a reflexão sobre os impactos da biotecnologia no Direito de família, para que possamos pensar em algumas soluções para tais controvérsias.

### 4 ALGUNS CASOS REFLEXIVOS

Atualmente, ainda subsiste a presunção *mater semper certa est*, embora não seja uma verdade absoluta. Com a possibilidade de utilização da técnica de útero de substituição ou gestação por sub-rogação, coloca-se também em dúvida quem é a mãe: a parturiente ou a mãe intencional, independentemente de ter contribuído com seu óvulo. Recente caso foi decidido pelo juiz Átila Andrade de Castro, então magistrado da comarca de Nova Lima – MG, quando foi provocado pelo Cartório de Registro Civil daquela cidade a dirimir dúvida em caso de útero de substituição, no qual a avó gerou o neto em seu ventre, a pedido da nora, que contribuiu com o material genético.

Diante do conflito, o juiz, após ter em suas mãos o resultado do exame de DNA, decidiu pela maternidade biológica. No caso em questão, a decisão foi fundamentada apenas no teste de DNA da mãe intencional, *in verbis*:

Sob o prisma científico e biológico, o processo reprodutivo pode ser entendido, em linhas gerais, como a combinação da carga genética dos pais no momento da concepção, que resultará, ao final da gestação, em um ser único, mas que guarda em si características hereditárias dos pais. A filiação natural decorre, portanto, da transmissão do material genético ao descendente, pelo que se recomenda a

atribuição da paternidade e da maternidade àqueles que, independentemente da modalidade de concepção, forneceram voluntariamente o material genético do qual se originou o novo ser. Deste modo, com a certeza extraída do resultado do exame genético de que F. é o pai e V. a mãe, impõe-se a improcedência da dúvida, de forma que o registro reflita a verdade científica e real.<sup>21</sup>

Teria o magistrado outra possibilidade que não esta? Claro que não, caso contrário seria a avó mãe do filho de seu filho, seu neto. Mas, e se o óvulo não fosse da mãe, e sim conseguido por meio de um banco de material genético? Deveria o juiz impedir que a maternidade de intenção fosse alcançada? Entendemos que não. Certa está a Psicanálise quando afirma que “a filiação não é tão evidente assim: não basta gerar”.<sup>22</sup>

A imprensa belo-horizontina divulgou, em 2003, caso de útero de substituição. Trata-se de situação vivida por Miete Peixoto de Melo, que tentava ter um filho há quinze anos. Nesse período, Miete perdeu sete bebês em razão de incompatibilidade uterina para manter a gravidez até o fim.<sup>23</sup> Auxiliada por uma amiga, que lhe emprestou o útero, o bebê, com o material genético de Miete e seu marido, nasceu no dia 23 de dezembro de 2003. Eis um caso bem-sucedido de maternidade de intenção, que somente foi possível em razão dos avanços da medicina genética. Dissemos bem-sucedido porque os casais envolvidos foram submetidos a exames médicos e psicológicos, demonstrando certeza quanto às respectivas escolhas.

<sup>21</sup> Texto da sentença extraído dos autos nº 605/94.

<sup>22</sup> MOUGIN-LEMERLE, Régine. Sujeito do direito, sujeito do desejo. In: ALTOÉ, Sônia (Coord.). *Sujeito do direito, sujeito do desejo: direito e psicanálise*, p. 4.

<sup>23</sup> HOJE EM DIA, Belo Horizonte, p. 17.

## MERITUM

Dr. Paulo Eduardo Olmos relata um caso bastante interessante, envolvendo a possibilidade de utilização da técnica da gestação por outrem, como solução para a infertilidade e para viabilizar a vida. Trata-se de duas primas que moravam em cidades diferentes, uma em São Paulo e a outra, em Fortaleza. Uma delas tinha má-formação do sistema embrionário que desenvolve o útero, o qual era muito pequeno e não permitia a gestação. Sua prima tinha boa saúde reprodutiva e resolveu ajudá-la. Ambas passaram pelo tratamento e, formado o embrião via artificial, foi feita a transferência e a gravidez foi muito bem-sucedida. Para que os pais biológicos participassem do processo de gestação, a prima grávida e seu marido mudaram-se para Fortaleza. Após esse relato, conclui o médico:

Esse foi um bom exemplo de quanto a pessoa que se dispõe a ajudar uma parente nessas circunstâncias precisa estar disposta a doar-se, tanto na preparação quanto durante nove meses de gestação, sempre desejando sinceramente que a outra realize o sonho de ser mãe.<sup>24</sup>

Todavia, outros casos similares poderiam não ter tido o feliz desfecho desse. Seria possível àquela que cedeu o útero arrepender-se do ato e argüir a maternidade da criança? No curso da gravidez, os pais genéticos poderiam vir a se separar. Poderia o marido negar a paternidade? Essas são apenas algumas indagações que podem surgir com o uso de técnicas avançadas de reprodução humana. E como será o comportamento do Judiciário em situações como essas? Optarão pela realização da justiça ou pela certeza jurídica, se é que esta existe?

<sup>24</sup> OLMOS, Paulo Eduardo. *Quando a cegonha não vem*, p. 207.



## 5 CONCLUSÃO

As experiências vividas pelas pessoas, relatadas no item acima, mostram a dificuldade de criação de regras jurídicas no campo do Biodireito e confirmam que o principal caminho é a adoção de leis com cláusulas gerais, além da necessidade de buscar um progresso cultural e moral em que os indivíduos passem a respeitar as normas muito mais pelas próprias convicções do que por temor, ressaltando, contudo, o reconhecimento de comportamentos variados. Isso porque as leis exprimem a consciência comum da maioria dos cidadãos, que deve ser buscada por meio do diálogo livre e das propostas alternativas, que podem ter por base profundas convicções éticas.

O indivíduo e sua condição de dignidade e integridade constituem o principal pilar do sistema de Direitos Humanos, da Bioética, do Biodireito e do Direito Civil, lembrando, ainda, que nenhuma pessoa é propriedade do Estado. Vivemos hoje um sistema constitucional democrático, que busca o constante equilíbrio entre os interesses individual e coletivo, bem como a diminuição das desigualdades sociais. Por isso, os avanços da biotecnologia, que por um lado trazem melhoria na expectativa de vida, não podem se pôr a serviço de um mercado de corpos ou de gametas.

Nesse contexto, questionamos: Qual e como será a família do futuro? Não sabemos! Mas desejamos que a sociedade se dispa de preconceitos para que, independentemente da forma que a família biotecnologizada assumir, ela possa ser instrumento de efetivação da construção da personalidade de seus membros.

## MERITUM

Lembramos ao leitor que os princípios jurídicos devem servir à pessoa humana para que lhe seja permitido viver com dignidade. Mas como encontrá-la? Em um acalorado e denso diálogo, Umberto Eco e Carlo Maria Martini discutem se há ou não uma ética comum entre crentes e não-crentes. O resultado dessa encantadora conversa se traduz no título da carta escrita por Eco a Martini: “Quando o outro entra em cena, nasce a ética”.<sup>25</sup>

## 6 REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRADE JÚNIOR, Gualter de Souza. O fato e a responsabilidade por prática biomédica: uma visão ontológica. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 223-282.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da bioética e do biodireito. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito e medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 67-109.

BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei. *O mercado humano*. Brasília: UnB, 1996.

BÍBLIA SAGRADA. *Gênesis* 15:1-16.

BROEKMAN, Jan M. *Bioetica con rasgos juridicos*. Traducción de Hans Lindahl. Madrid: Dilex, 1998.

<sup>25</sup> ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. *Em que crêem os que não crêem?* 7. ed. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002.

ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. *Em que crêem os que não crêem?* Tradução de Eliana Aguiar. 7. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HOJE EM DIA, Belo Horizonte, p. 17, 24 dez. 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2004. p. 505-530.

MOUGIN-LEMERLE, Régine. Sujeito do direito, sujeito do desejo. *In: ALTOÉ, Sônia (Coord.). Sujeito do direito, sujeito do desejo: direito e psicanálise*. Rio de Janeiro: Revinter, 1999.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução ao biodireito: da zetética à dogmática. *In: SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 129-140.

OLMOS, Paulo Eduardo. *Quando a cegonha não vem*. Os recursos da medicina para vencer a infertilidade. São Paulo: Carrenho Editorial, 2003.

RAWLS, John. *Teoria de la justicia*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1979.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire. Monoparentalidade e biodireito. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004, p. 435-448.

## MERITUM

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade. *In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 309-323.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. *In: \_\_\_\_\_.* *Temas de direito civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

### Direito de Família na perspectiva biojurídica

**Resumo:** A Bioética e o Biodireito têm vários pontos confluentes. Os discursos ético, médico e jurídico se encontram cada vez mais, a partir do momento em que o avanço da tecnologia acarreta mais e mais questionamentos, de múltiplas facetas. O Direito de Família é o *locus* do Direito Civil que mais sofre influências da biotecnologia, tendo em vista o impacto no ambiente familiar dos avanços biogenéticos, principalmente na seara da filiação. Reflexões sobre o tema se tornam cada vez mais necessárias, pois são inúmeras as situações que se colocam para ser decididas. Além disso, diante da ausência de lei tratando de tais assuntos, o recurso aos princípios constitucionais e bioéticos se faz essencial para a construção da solução para o caso concreto, tendo a realização da pessoa humana como objetivo central a ser alcançado e promovido.

**Palavras-chave:** Bioética – Biodireito – Direito de Família – Biotecnologia – Filiação

### Family Law from the perspective of Biolaw

**Abstract:** Bioethics and Biolaw have some points of convergence. Such points can be identified in the ethical, medical and legal speeches, as the advance of technology raises more and more questions, of multiple aspects. Family Law is the *locus* of Private Law that is mostly influenced by biotechnology, taking into account the impacts of biogenetical advances on the family context, especially on the aspect of filiation. Reflections about the subject have become more necessary as time passes by, because innumerable situations need to be decided. Moreover, in view of the absence of a rule of law concerning these subjects, the use of constitutional and bioethical principles becomes essential for the development of solutions for given cases, considering that the realisation of the human being is the main objective to be accomplished and promoted.

**Keywords:** Bioethics – Biolaw – Family Law – Biotechnology – Filiation

