

Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado

Guilherme Calmon Nogueira Da Gama

Mestre e Doutorando em Direito pela UERJ, Professor Assistente da Faculdade de Direito da UERJ e Juiz Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro

1. Introdução sob a Ótica Comparatista

Direito comparado é a comparação dos diferentes sistemas jurídicos existentes no mundo. Como apontam KONRAD ZWEIGERT e HEIN KÖTZ, estudos jurídicos somente se tornam científicos quando eles são realizados acima das regras de qualquer sistema nacional, como ocorre na filosofia do direito, na história do direito, na sociologia jurídica e no direito comparado¹. E, nesse sentido, é importante realizar duas atividades comparatistas que não podem ser consideradas dissociadas: a macrocomparação e a microcomparação. Vale salientar que a análise do direito positivo estrangeiro, por si só, não representa a realização de direito comparado, porquanto faz-se necessário o bom conhecimento dos diferentes sistemas para adequadamente interpretar suas normas (inclusive não escritas) e, desse modo, poder realizar o estudo comparativo com o sistema nacional.

Como aponta CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "o aproveitamento da experiência alheia contribui para o desenvolvimento do direito nacional através de uma boa crítica, que saberá escoimar o produto importado daquilo que não é adaptável às condições estranhas ao meio próprio e originário"², destacando-se a importante obra de RENÉ DAVID no tema do direito comparado. Em matéria de Direito de Família, releva destacar a notável influência exercida pela Religião, inclusive nos países do mundo ocidental - diante da importante atuação da Igreja Católica -, e também a marcante intervenção das diversas culturas na história da civilização.

No que toca em especial ao Direito brasileiro, HARRIET CHRISTIANE ZITSCHER se refere à repercussão e influência dos direitos germânico e anglo-saxão: "Conhecer estes dois ordenamentos jurídicos nomeados pode ser de interesse para o leitor brasileiro, porque o Direito brasileiro tem influência marcada tanto do Direito germânico quanto do Direito da Família *cammon law* (por meio do Direito estadunidense)".³

"A civilização, num dado momento, cria problemas idênticos, em vários pontos da terra, e o Direito, como expressão da civilização, oferece solução idêntica. Ao Direito comparado caberá, então, elaborar a construção doutrinária universal com base nas incidências nacionais, e, só assim, poderá adquirir o direito o cunho de universalidade que é próprio de toda ciência."⁴ No entanto, é de se questionar se o caráter universal pode ser atribuído ao Direito, exatamente diante

da multiplicidade de culturas, religiões, economias, políticas, enfim, de sociedades e dos grupos que as integram.

Para exemplificar a característica nacional do Direito de Família, GISELDA HIRONAKA indica a realidade dos habitantes das Ilhas Trobriand, em que o sentimento de paternidade nada tem a ver com a verdade biológica. O afeto e o cuidado que um homem melanésio dispensa a uma criança não estão vinculados a laços de sangue entre eles, mas defluem, exclusivamente, da circunstância da criança ser filha de sua mulher amada, representando, assim, uma espécie de sociedade matrilinear.⁵ As três tradições jurídicas mais importantes no mundo atual, tal como aponta JOHN HENRY MERRYMAN - o Direito Civil (*civil law*), o Direito Comum anglo-saxão (*common law*) e o Direito Socialista -, sofrem abalos nos seus princípios e valores uniformes e, muitas vezes, os ordenamentos jurídicos respectivos se distanciam, fato que ocorre no campo do Direito de Família. E, em outros casos, *"hay muchas naciones importantes que no pueden incluirse en ninguna de estas tres principales tradiciones jurídicas. Por ejemplo, se suele pensar que incluso en Europa Occidental los sistemas legales escandinavos son cosa muy aparte tanto con respecto a la tradición del derecho civil como a la del derecho común anglosajón"*.⁶

Dentro das perspectivas do Direito Comparado, há a função de propiciar melhor conhecimento e também de aprimorar o Direito nacional de um determinado país e, assim, nas palavras de RENÉ DAVID, *"le droit comparé peut être utilisé, de façon parfaitement légitime, pour guider les juristes dans l'interprétation qu'ils feront de ces formules"*.⁷

No campo específico, objeto de preocupação deste trabalho-a reprodução assistida -, dentro da noção dos benefícios que o Direito comparado pode proporcionar, mormente em matéria envolvendo as recentes descobertas biotecnológicas, importante destacar a relevância do Direito comparado como instrumento de auxílio do intérprete para a solução das controvérsias e, ao mesmo tempo, como fundamento para a construção das regras que devem vigorar, com a nuance de se considerar o caráter nacional, fundado na cultura, na história, na sociedade, e na tradição dos destinatários das normas. A respeito de tais aspectos, vale atentar para a precisa advertência levantada por ZWEIGERT e KÖTZ, no sentido de observar duas questões importantes: a) se a solução estrangeira funciona satisfatoriamente no país onde se originou; b) se tal solução pode funcionar no país que se proporia a adotá-las⁸.

Quanto à possível tendência à construção de Direito Uniforme em matéria de Direito de Família, em especial no que toca à filiação resultante da adoção de uma das técnicas de reprodução assistida, cumpre desde já afastar tal possibilidade, considerando a permanência de diferenças culturais, econômicas, sociais, políticas e religiosas em assunto de Direito de Família, que inviabilizam, por completo, qualquer tendência uniformista, o que não afasta a importância do

Direito comparado neste tema. Nas palavras de VIVIAN GROSSWALD CURRAN, "*Comparative law is a field which by definition deals with and analyzes the other, the different*",⁹ podendo-se dizer que as diferenças encontradas em seu sistema jurídico suscitam o aperfeiçoamento do outro sistema em análise e não necessariamente apenas a exclusão destas diferenças.

Ao traçar algumas diferenças quanto a aspectos não-jurídicos entre a Alemanha e a Inglaterra, inclusive quanto a dados geográficos, históricos e culturais, HARRIET ZITSCHER observa: "Por meio disto pode-se notar que o fato da continuidade histórica na Inglaterra, em contraste com a história de revoluções e guerras no meio do Continente Europeu, teve impacto forte na formação dos respectivos ordenamentos jurídicos, Outro impacto teve a estrutura da sociedade. Na Inglaterra, sociedade de classes estabelecidas, o direito aplicável à classe nobre sempre tinha tendência de se espalhar ao resto da população, enquanto na Alemanha, com a tendência de nivelar as classes sociais, aboliram-se aplicáveis à população inteira.¹⁰ E, mesmo dentro da divisão clássica e tradicional entre os sistemas *da civil law* e da *common law*, podem-se subdividir tais sistemas, sendo válido apontar os grupos dos modelos francês e alemão. O Direito de Família brasileiro, nesta classificação, se inclui entre aqueles que seguem o paradigma francês, que, portanto, constitui a base necessária para o enquadramento comparatista. Em matéria de Direito de Família, na Idade Contemporânea, o Código Civil francês de 1804 é o paradigma do Direito de Família da maior parte das nações ocidentais que seguem *o civil law*, tendo influenciado a maior parte das codificações dos países ocidentais adeptos ao sistema jurídico continental.

Um dos segmentos do universo jurídico onde se observam profundas mudanças nos últimos tempos é, indubitavelmente, o Direito de Família. E, não poderia ser diferente, diante do redirecionamento das relações políticas, econômicas, sociais e, conseqüentemente, familiares no sentido de se buscar o fundamento das relações pessoais contemporâneas nos ideais e valores de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo. Cuida-se de adotar posturas que sejam coerentes com o significado da própria existência do homem na Terra¹¹, elucidando os mistérios e segredos da pessoa humana e do meio que a circunda, tentando atingir o bem existencial mais desejado: o bem-estar social ou, mais individualmente, a felicidade.

No Direito brasileiro codificado, no âmbito das relações privadas, "o Direito Civil ocupava-se essencialmente com as relações patrimoniais - do proprietário, do contratante, do marido, do testador¹². Hodiernamente, tal sistema sofreu radicais alterações e, porque não dizer, precisou ser revisitado, como resultado da própria evolução da sociedade e da necessária preocupação acerca da observância dos novos valores introduzidos e acolhidos pela civilização contemporânea. A família, nesse contexto, "é formação social, lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus

participantes; de maneira que exprime uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes¹³. Não há mais lugar, no mundo atual, para o Direito de Família aristocrático¹⁴, ou seja, aquele que objetivava tutelar a família "legítima", detentora de patrimônio e da paz doméstica, como valores absolutos, sem qualquer conteúdo ético e humanista nas relações travadas entre os partícipes de tal organismo familiar.

"Construção doutrinária e jurisprudencial, realidade sociológica, a família plural ganha o abrigo constitucional e se projeta na legislação mais recente que se pronuncia."¹⁵ Houve uma completa reformulação do conceito de família, no mundo contemporâneo, não apenas no Brasil, mas no contexto do mundo globalizado. Em todos os cantos do planeta, o modelo tradicional de família vem perdendo terreno para o surgimento de uma *nova família*,¹⁶ que é essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, mas funcionalizada em seus partícipes: "uma família que continua sendo imprescindível como célula básica da sociedade, fundamental para a sobrevivência desta e do Estado, mas que se funda em valores e princípios diversos daqueles outrora alicerçadores da família tradicional." No Direito francês, por exemplo, com a reforma empreendida em 1972, "*l'existence de la famille naturelle est donc juridiquement reconnue...*", podendo ser estabelecido o vínculo familiar apenas entre o filho e qualquer um dos pais: "*l'enfant n'a alors qu'une famille unilinéaire, variété de famille monoparentale qui se rencontre plus généralement dans toutes les hypothèses, hélas fort nombreuses actuellement, où par suite de décès, divorce ou séparation, l'enfant ne vit concrètement qu'avec un seul de ses parents même s'il est aussi légalement rattaché à l'autre*".¹⁸

JOÃO BAPTISTA VILLELA prenunciava o alvorecer do Direito de Família fundado em valores existenciais, abstraindo-se de qualquer aspecto material:

"As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor."¹⁹

Com acentuada percepção, HELOÍSA HELENA BARBOZA questionou e, em seguida, concluiu acerca de qual é o novo papel da família, no mundo contemporâneo: "Qual a função atual da família? Se é certo que ela é a base da sociedade, qual o papel que a ela cumpre desempenhar, já que não tem mais funções precipuamente religiosa, econômica ou política como outrora. Qual a base que se deve dar à comunidade familiar para que alcance a tão almejada estabilidade, tornando-a duradoura? Devemos reunir todas essas funções ou

simplesmente considerar o seu verdadeiro e talvez único fundamento: a comunhão de afetos?"²⁰. As relações familiares, portanto, passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional, constante do texto brasileiro de 1988, dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente da sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Dentro dessa perspectiva, podem ser enunciados os seguintes princípios gerais reconhecidos no texto constitucional brasileiro de 1988, em matéria de Direito de Família (ainda que não exclusivos desse segmento do conhecimento jurídico): a) o princípio e fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III);²¹ b) o princípio da tutela especial à família, independentemente da espécie (art. 226, *caput*);²² c) o princípio e fundamento do pluralismo e da democracia no âmbito dos organismos familiares, bem como da escolha da espécie de família (art. 1º, inc. V); d) o princípio da igualdade em sentido material de todos os partícipes da família (art. 5º, e inc. I);²³ e) os princípios e objetivos da liberdade, da justiça e do solidarismo nas relações familiares (art. 3º, inc. I); f) o princípio e objetivo da beneficência em favor dos partícipes do organismo familiar (art. 3º, inc. IV).²⁴

Além destes, há outros princípios especiais (ou específicos) de Direito de Família, que exsurgem da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - sendo que alguns deles são implícitos a partir da normativa constitucional: a) princípio da paternidade responsável, vinculado ao método interpretativo *the best interest of the child* (art. 226, § 7º);²⁵ b) princípio da prevalência do elemento anímico da *affectio* nas relações familiares (em decorrência da previsão do divórcio, com prazos diminuídos, e do exposto reconhecimento da perda da *affectio maritalis* diante da separação de fato por dois anos), nos termos do art. 226, § 6º; c) princípio do pluralismo das entidades familiares (art. 226, §§ 1º, 3º e 4º); d) princípios da liberdade restrita e beneficência à prole em matéria de planejamento familiar (art. 226, § 7º);²⁶ e) princípio e dever da convivência familiar (art. 227, *caput*); f) princípio da prioridade da proteção absoluta e integral da criança e do adolescente (art. 227, *caput*), incluindo a sua colocação em família substituta (art. 227, § 3º, inc. VI, e § 5º); g) princípio da isonomia entre os cônjuges (art. 226, § 5º) e, implicitamente, entre os companheiros; h) princípio da isonomia entre os filhos, independentemente da

origem (art. 227, § 6º); i) princípio da não-equivalência entre o casamento e o companheirismo (art. 226, § 3º).²⁷

A partir dos valores e princípios constitucionais mencionados, deve ser analisada a questão envolvendo a filiação resultante da adoção de técnica de reprodução humana medicamente assistida, levando em conta os avanços tecnológicos e as novas descobertas no campo da biotecnologia. E, diante da carência de tratamento jurídico-normativo no Direito brasileiro, o papel do Direito comparado mostra-se importante acerca do tema. A própria divisão dos sistemas *civil law* e *common law* não é tão acentuada em matéria de regulamentação da filiação resultante de reprodução assistida e seus efeitos jurídicos.

2. Algumas Questões Polêmicas sobre Reprodução Humana Assistida e o Direito Comparado

Diante de um enfoque necessariamente constitucional, em matéria de surgimento de vínculos de paternidade, maternidade e filiação, mormente nos casos de reprodução humana medicamente assistida,²⁸ é imperioso inicialmente indagar se há direito fundamental do homem à perpetuação de sua linhagem, com a adoção de técnicas especializadas ou, mais sucintamente, se há direito constitucional à reprodução assistida, ou se somente haveria direito subjetivo à procriação artificial²⁹. A respeito do tema, HELOISA HELENA BARBOZA situa a controvérsia existente, mencionando que "se entendido como direito fundamental, não há que se criar qualquer impedimento às técnicas que resultem na ausência de um dos genitores"³⁰, como, por exemplo, no caso de inseminação artificial de mulheres solteiras. A posição do Parlamento Europeu, no entanto, é contrária a tal orientação, sustentando que os fundamentos éticos devem reger o tema relativo à procriação artificial, com limitações próprias e inerentes ao objetivo de proteger o bem-estar da criança³¹. "Em *qualquer* caso, a *utilização das técnicas de procriação medicamente assistida tem de ater-se ao respeito dos princípios jurídicos fundamentais em matéria de proteção da família, filiação e direitos do nascituro a uma correcta inserção familiar e bem assim dos direitos invioláveis do homem, sendo de repudiar toda a operação de engenharia genética que não seja benéfica para aquele que vai nascer*"³². Na Espanha, por exemplo, a "*Ley de Técnica de Reproduccion Assistida*", de 31 de maio de 1988, considerou possível a adoção das técnicas de reprodução assistida pela mulher não vinculada, formal ou informalmente, a um parceiro.

"O princípio constitucional do respeito à dignidade de pessoa humana implica um compromisso do Estado e das pessoas para com a vida e a liberdade de cada um, integrado no contexto social: (...) a cada um é reconhecido o direito de viver livremente, em harmonia com o todo social, com a certeza de que

suas virtualidades poderão expandir-se e concretizar-se, num concerto coletivo a todos benéfico."³³

No âmbito internacional, há o relatório sobre inseminação artificial humana aprovado em 1981 pela Comissão da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa que, na exposição de motivos, aponta "as repercussões negativas para a criança, especialmente sobre o seu equilíbrio psíquico, que o desconhecimento da paternidade pode causar e propugna-se o abandono da inseminação medicamente assistida fora do casamento, que se considera fonte de uma esclarecida humanidade"³⁴. No Direito espanhol, MARÍA CARCAVA FERNÁNDEZ trata do tema, à luz dos princípios constitucionais, realçando que "*dos san los preceptos constitucionales que más sólidamente pueden apoyar el derecho de la mujer sola a ser inseminada artificialmente; uno, el principio de igualdad ante la ley (art. 14, C. E), outra el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10-1, C.E.)*"³⁵. Há elemento razoável de discriminação quanto à mulher que vive sozinha e outra que vive em união estável (ou mesmo casada) para efeito de autorizá-la a adotar uma das técnicas de reprodução assistida?

No Direito brasileiro, há norma constitucional que expressamente cuida do planejamento familiar, estabelecendo liberdade de decisão do casal acerca deste assunto, desde que respeitados os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e impondo o dever estatal de fornecer recursos educacionais e científicos para o exercício de tal direito. É proibida a adoção de qualquer mecanismo coercitivo por parte das instituições oficiais ou privadas para que se implemente o planejamento familiar³⁶. Tais regras estão previstas no § 7º do art. 226 do texto constitucional, sendo que em 1996 sobreveio a Lei nº 9.263/96, que passou a regular, em nível infraconstitucional, normas a respeito do planejamento familiar, não mais restritas ao casal, mas também ao homem e à mulher, individualmente considerados. De acordo com o tratamento normativo fornecido por esta Lei, pode-se depreender o reconhecimento da existência do direito de qualquer pessoa (homem ou mulher) ao planejamento familiar, incluindo a adoção de técnicas de fertilização para que haja a reprodução humana, o que conduz à constatação de que a lei autoriza a mono parentalidade obtida via procriação assistida. Na dicção de FLÁVIA PIOVESAN, "todas as pessoas têm assim o direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva"³⁷, e, desse modo, o Estado não pode interferir na vida sexual e reprodutiva da pessoa, inadmitindo-se coerção, discriminação e violência na opção individual. Nesse sentido, observa-se o tratamento dado pela Constituição do Estado do Rio de Janeiro:

"Art. 291. O Estado garantirá assistência integral à saúde da mulher em todas as fases de sua vida através da implantação de política adequada, assegurando; (...) II - direito à auto-regulação da fertilidade como livre decisão da mulher, do homem ou do casal, tanto para exercer a procriação quanto

para evitá-la; (...) V- adoção de novas práticas de atendimento relativas ao direito de reprodução mediante consideração da experiência dos grupos ou das instituições de defesa da saúde da mulher."

As únicas limitações quanto à liberdade no planejamento familiar são a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável, o que implica a assertiva de que o direito à reprodução assistida não pode ser considerado senão dentro do contexto acentuadamente solidarista e humanista do Direito de Família, devendo ser avaliado previamente. Assim, no sistema jurídico-constitucional, interesses meramente pessoais da pessoa que pretende obter o auxílio de técnica de procriação artificial, como, por exemplo, escolher o sexo do filho, ter gêmeos ou escolher o tipo físico da criança, não podem autorizar tal prática. Correta, pois, a conclusão de GUSTAVO TEPEDINO:

"(...) as técnicas de procriação assistida, para serem compatíveis com a ordem constitucional, devem 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"³⁸.

A Lei nº 9.263/96 cuida das atividades de assistência à concepção, podendo ser adotados os métodos e técnicas cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, impedindo que sejam usados para experimentos ou pesquisas: "o art. 3º da mencionada lei situa o planejamento familiar no conjunto de ações de atenção integral à saúde e de atenção à mulher, ao homem e ao casal, obrigando as instâncias gestoras do sistema técnico de saúde a garantir tais ações e programas de atenção integral à saúde, de forma a incluir, entre outras atividades básicas, a assistência à concepção..."³⁹. Não atende ao fundamento da dignidade da pessoa humana e, muito menos, ao princípio da paternidade responsável, a adoção de qualquer técnica de reprodução assistida sob o manto do determinismo genético para a prática de eugenia ou assemelhada. "Os grandes impactos que a revolução biotecnológica provoca sobre o Direito atual dizem respeito sobretudo aos seguintes itens: o sentido da procriação, os fundamentos da filiação, as estruturas familiares e a especificidade e intangibilidade dos seres humanos."⁴⁰

O Direito de Família sofreu direta repercussão dos avanços tecnológicos na área da reprodução humana, mormente na questão envolvendo as fontes da paternidade, maternidade e filiação. Entre os rumos das transformações das relações familiares, a reestruturação da família do tipo patriarcal para uma organização democrática, igualitária, pluralista permitiu a ocorrência de importante fenômeno, a saber, a desbiologização - a substituição do elemento carnal pelo elemento afetivo ou psicológico. "A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva."⁴¹ Representando uma

das formas mais notórias de desbiologização. Técnicas de reprodução humana medicamente assistida, como a inseminação artificial, a *fivete* (fecundação *in vitro*), *gift* (*gametes intra Fallopian Transfert*), *zift* (transferência intratubária de embriões) e subespécies como a CAI (*Confused Artificial Insemination*), por exemplo, somente são legítimas e constitucionais desde que haja efetiva necessidade da adoção de qualquer uma das técnicas, combinada com o elemento anímico para o estabelecimento do vínculo paterno-materno-filial.

"Família, filhos e casamento: sobre esse tríplice assento a compreensão jurídica da paternidade veio informada por expressivo conjunto de valores, em regra operados por juízos discriminatórios e de exclusão⁴²". Dentro da perspectiva da eliminação da desigualdade entre os filhos, a paternidade e a maternidade passam necessariamente por uma releitura, pois atualmente "ter pai" e "ter mãe" representam direitos resultantes dos princípios constitucionais da paternidade responsável, da isonomia entre os filhos e da garantia à convivência familiar. Nas palavras de GUSTAVO TEPEDINO:

"...o extenso conjunto de preceitos reguladores do regime patrimonial da família passa a ser informado pela prioridade absoluta à pessoa do filho. O critério hermenêutico, sintetizado na fórmula anglo-saxônica '*The best interest of the child*', colhido por nossa mais sensível jurisprudência, adquire, entre nós, conteúdo normativo específico, informado pela cláusula geral de tutela da pessoa humana introduzida pelo art. 1º, III, da CF e determinado especialmente no art. 6º da Lei nº 8.069/90".⁴³

Na França, o Código de Saúde Pública definiu a assistência médica à procriação como sendo "*des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryon et l'insémination artificielle, ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel*".⁴⁴

O papel da vontade, nos casos de reprodução medicamente assistida, passou a ter bastante relevância, fazendo ruir todo o arcabouço existente a respeito do sistema de presunções de paternidade, maternidade e filiação, instituído para o período da sociedade eminentemente patriarcal. Ao se referir à problemática da mãe solteira voluntária, EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE comenta:

"...então o aspecto voluntário da decisão (ter um filho) não deve se limitar à mera concepção, mas, coerentemente, deve acompanhar os efeitos posteriores ao nascimento, fazendo com que o mesmo voluntarismo e desenvoltura, presentes na decisão unilateral, persistam na guarda e educação do filho desejado"⁴⁵

Atualmente, até a maternidade deixou de ser certa, diante dos episódios já cientificamente comprovados da *surrogacy*, ou seja, da substituição da mãe genética pela mãe meramente portadora. Assim, o sistema legal existente no Código Civil brasileiro, instituído por influência do seu correspondente francês

quanto às relações envolvendo as pessoas por laços de paternidade, maternidade e filiação, merece urgente revisão, com o objetivo de se adequar à nova realidade. Algumas legislações contemporâneas vêm sendo alteradas justamente com o fito de regular as novas técnicas que se apresentam, fundadas em valores, interesses e anseios distintos, daí a falta de uma sistematização jurídica a respeito. Alguns pontos, no entanto, vêm se tornando comuns, como, por exemplo, o sigilo das informações relativas ao doador e ao próprio casal nos casos de reprodução heteróloga;⁴⁶ a criação de vínculo jurídico entre a criança fruto da reprodução assistida e as pessoas que desejaram a concepção; a inexistência de qualquer vínculo entre o doador anônimo e a pessoa concebida através do método de reprodução assistida,⁴⁷ entre outros.

Assim, "diante das técnicas de reprodução humana, estamos conhecendo um novo tipo de paternidade e de maternidade, que revoluciona os princípios até então assentados pela tradição jurídica, a exigir um novo conceito ou a ampliação do já existente. (...) houve, pelo menos em parte, uma desbiologização da paternidade"⁴⁸. Realmente, os novos tempos estão a demonstrar a indispensabilidade de tratamento condigno ao tema paternidade-maternidade-filiação, mormente diante das técnicas de reprodução humana assistida.

A fonte geradora do vínculo parental, diante dos casos envolvendo as técnicas de reprodução medicamente assistida, deixou de ser um fato natural (o ato sexual), passando a consistir na vontade e, conseqüentemente, no consenso, a abalar o arcabouço normativo no tema da paternidade, maternidade e filiação.

O primeiro questionamento que surge é: *será possível a pessoa concebida por técnica de reprodução ou de criação (clone) assistida ter mais de um pai, mais de uma mãe e, conseqüentemente, todos os parentes paternos e maternos?* A resposta, em regra, vem sendo a de se considerar tão-somente o pai ou a mãe socioafetiva, desconsiderando a paternidade ou a maternidade biológicas⁴⁹. Contudo, a questão não é tão simples como a princípio transparece, considerando que a pessoa concebida por inseminação artificial heteróloga (com doador anônimo, portanto) poderá vir a se unir sexualmente, no futuro, justamente, ao seu pai ou mãe biológica, criando a possibilidade da geração de seres com mazelas biológicas resultantes de tal união. Também será viável a união entre a pessoa fruto de técnica de reprodução assistida e outra, que, apesar de ignorarem, têm laços sanguíneos, como os "irmãos" biológicos ou genéticos. Nas palavras de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, ao cuidar do tema em relação ao Direito português, "embora no silêncio da lei, o estabelecimento da derivação biológica só tem o efeito de constituir impedimento de casamento (pois esse se funda na mera derivação biológica e não no relacionamento sexual) mas não o de determinar o vínculo de paternidade"⁵⁰.

A multiparentalidade, ou seja, a existência de mais de um pai e/ou de uma mãe em relação ao sujeito resultante de reprodução medicamente assistida, com efeito, resultará da contribuição dos doadores com o material genético, dando margem ao surgimento da condição de pais biológicos (ou genéticos) da criança ou do adolescente, com reflexos jurídicos negativos quanto ao doador e aos próprios pais socioafetivos, considerando a necessidade de impedir futuras uniões incestuosas, de proibir a adoção do filho biológico pelos doadores, diante da vontade manifestada de não assumir deveres em relação ao filho e, conseqüentemente, de não adquirir direitos. E, reflexamente, os parentes do doador também sofrerão efeitos assemelhados em relação à pessoa concebida através de técnica de reprodução assistida.

Trata-se de aplicar o mesmo preceito contido no art. 41, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que prevê a ruptura de qualquer vínculo jurídico entre a criança ou adolescente adotado e os pais e parentes biológicos, apenas com a ressalva relativa aos impedimentos matrimoniais. A doação de gametas ou de embriões, analogicamente, deve resultar na abdicação dos doadores quanto a benefícios ou ônus, nos campos pessoal e patrimonial, em relação à pessoa gerada via reprodução assistida. Contudo, é mister a preservação de sua condição de genitor biológico, tal como ocorre na adoção, com o objetivo de impor-lhe restrições no tocante à prática de alguns atos da vida civil, como a constituição de união sexual, no futuro, com seu filho biológico; a impossibilidade de adotá-lo sob qualquer modalidade ou pretexto; a proibição de reconhecê-lo formalmente para fins de constituição de direitos e deveres pessoais e patrimoniais, entre outros⁵¹. Da mesma forma que o Estatuto da Criança e do Adolescente regula o registro da adoção, com a proibição de fornecimento de informações acerca da natureza do vínculo de filiação⁵², mas preservando dados quanto aos pais biológicos, deve ser instituída prática similar em matéria de reprodução humana assistida, observando procedimento administrativo ou judicial. A condição do doador não é a mesma de um estranho em relação à criança, considerando os acontecimentos que podem surgir no futuro, inclusive o interesse do doador em se aproveitar de herança recebida pela criança, por exemplo, daí a necessidade de se estabelecerem reflexos jurídicos decorrentes das declarações de vontade das pessoas diretamente envolvidas na reprodução assistida (doadores, mulher e/ou homem desimpedidos, casal).

A multiparentalidade já era reconhecida no Código Civil, tal como prevista no art. 378, ao estabelecer a manutenção de direitos e deveres resultantes do parentesco natural entre o filho e os pais biológicos, no caso de adoção. Quanto à reprodução assistida, os efeitos jurídicos em relação aos pais biológicos (doadores do material fecundante) devem existir tão-somente para impor restrições, principalmente em relação aos próprios doadores: impedimento matrimonial, impossibilidade de adoção do próprio filho biológico, proibição de

reconhecimento voluntário ou mesmo forçado para fins de criação de direitos e deveres recíprocos. Ao tratar do tema, LUIZ EDSON FACHIN observa: "Há quem defenda, nessa via, a graduação da paternidade, dela excluindo qualquer seqüela jurídica quando revelada a verdade biológica apenas para conhecimento."⁵³ O doador, portanto, será apenas genitor biológico (genético), despidido de direitos e deveres em relação à criança, produto da concepção medicamente assistida, submetendo-se, no entanto, aos efeitos jurídicos negativos, comparativamente a um estranho, em relação à pessoa resultante do seu gameta. Desse modo, diante da sua própria vontade, no ato da doação do embrião ou do gameta, o genitor biológico estaria renunciando a qualquer direito em relação a criança a ser concebida através de técnica de reprodução assistida, também não sofrendo deveres, apenas restrições peculiares à sua condição de genitor. Do mesmo modo, o casal que se dispôs a perpetuar a família através de método de reprodução assistida, sem fornecimento de material fecundante próprio, tendo manifestado expresso consentimento, não poderá esquivar-se dos efeitos jurídicos decorrentes do vínculo parental constituído. ANDREW BAINHAM, ao cuidar do tema no Direito inglês, e referindo-se ao tratamento dado pelo *Human Fertilisation and Embryology Act, de 1990*, comenta que o sistema ainda contém falhas, pois a regra consoante a qual o doador de sêmen não deve ser tratado como pai somente é aplicável na doação licenciada de material genético, e, assim, aqueles que agirem fora do modelo estatuído no Direito inglês serão considerados abrangidos pela tradicional e primeira regra de que o pai genético é também o pai jurídico.⁵⁴

Apesar do anonimato dos doadores ser a regra em praticamente todos os países que possuem legislação a respeito, atendendo aos interesses da criança ou do adolescente, a lei sueca exatamente não prevê o sigilo, o anonimato, tendo em vista a necessidade de prevenir doenças genéticas,⁵⁵ além de permitir que a pessoa possa, com a maioria, conhecer o genitor biológico. Na França, há a discussão a respeito do anonimato em três esferas: a) se é conveniente permitir à criança, fruto de reprodução heteróloga, a identificação de seu pai biológico, ou deve haver segredo da concepção por uma técnica de reprodução assistida; b) se tal identificação deve conduzir à criação de vínculo jurídico entre a criança e o doador do material genético; c) se, em casos excepcionais, pode ser levantado o segredo da identidade do doador, como por exemplo em casos de doenças hereditárias⁵⁶. Será que o sigilo deve ser absoluto ou relativo, permitindo o seu afastamento na eventualidade da pessoa concebida por meio de técnica de reprodução assistida pretender conhecer a sua ascendência genética, e tão-somente em relação a ela? Há direito à identidade genética, em havendo pais socioafetivos estabelecidos? Caso a resposta seja afirmativa, tendo sempre em mira o critério "*the best interest of the child*", necessariamente deve ficar afastado qualquer efeito jurídico no sentido de estabelecer direitos e deveres entre tais pessoas.⁵⁷ Na Bélgica, no entanto, NATHALIE MASSAGER observa que inexistente

qualquer disposição que impeça o estabelecimento da paternidade do doador, motivo pelo qual sugere uma urgente modificação nas regras em vigor em matéria de direito de filiação⁵⁸. O anonimato do doador de material genético deve realmente existir em matéria de reprodução assistida, mas não dentro de uma noção absoluta. No Direito europeu, mesmo em alguns países que seguem o sistema do Direito continental, filiando-se à tradição romana, há divergência de tratamento. Assim, há, em alguns textos normativos de países, previsão acerca de exceções ao anonimato, ora para prevenir ou curar doenças genéticas, ora para reconhecer o interesse da pessoa gerada por meio de reprodução assistida em conhecer a sua ascendência (identidade) biológica, mas sem qualquer atribuição de benefícios ou vantagens econômicas⁵⁹. Mas, na maior parte dos textos legislativos em vigor, nos países europeus, há a regra do anonimato. No caso brasileiro, apesar de qualquer regra expressa a respeito, em observância aos princípios, objetivos e fundamentos de Direito de Família, eventualmente o sigilo poderá ser afastado, cedendo lugar à proteção de interesses de maior relevância.

Outra questão que certamente surgirá: *se nos vínculos de adoção, tal como hoje são regulados, é admitida a presença de apenas um adotante (portanto, um pai ou uma mãe), qual seria a razão de se proibir às pessoas não unidas sexualmente com outras de realizarem o desejo de perpetuarem a família mediante a adoção de alguma das técnicas de reprodução assistida? A hipótese não seria idêntica àquela de pessoas que conceberam filhos que, antes mesmo do nascimento, tiveram a surpresa do abandono do parceiro, ou das chamadas "mães solteiras"?*⁶⁰ A monoparentalidade foi expressamente reconhecida na Constituição Federal como espécie de família (art. 226, § 4º). Assim, será possível, à luz da Magna Carta, negar a constituição de uma família monoparental, unilateralmente formada diante da vontade da pessoa que perpetua a linhagem através da descendência resultante de técnica de reprodução assistida? A Lei nº 9.263/96, ao tratar do planejamento familiar como "conjunto de ações de regulação da fecundidade", menciona a existência de direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, reconhecendo, assim, a possibilidade do surgimento de família constituída apenas entre a mãe e o filho, ou pai e o filho, em consonância com o art. 226, § 4º, da Constituição Federal.⁶¹

Em matéria de reprodução humana assistida, o Conselho Português de Ética para as Ciências da Vida concluiu no sentido da inadmissibilidade da aplicação das técnicas "quer por procriação de uma mulher isolada (sem ligação, nem de direito nem de fato, a um homem) ou de um homem isolado (por recurso a mãe de substituição)"⁶². Contudo, diante da viabilidade da realização de adoção por apenas uma pessoa, não há razoabilidade em se negar a adoção de técnica de reprodução humana assistida, inexistindo elemento discriminador razoável a justificar tal proibição. Como aponta HEYVAERT, "*l'intérêt*

*de l'enfant sera servi s'il peut devenir adulte dans conditions garantissant un développement harmonieux et complet de sa personnalité. La concrétisation de cette garantie ne peut toutefois avoir lieu de manière universelle*⁶³. No entanto, a maioria dos países que já adotaram legislação a respeito é contrária à monoparentalidade em matéria de reprodução assistida: a) no Direito alemão, EDUARDO LEITE observa que tanto a Associação Médica quanto o Relatório Benda - o mais importante documento alemão sobre procriações assistidas - limitaram a utilização das técnicas de reprodução apenas aos casais casados e, excepcionalmente, aos casais não casados, o que influenciou a legislação editada ao proibir o emprego de tais técnicas aos celibatários⁶⁴; b) o Direito sueco, do mesmo modo, somente permite a adoção de técnica de reprodução assistida a um casal; c) na Itália, apesar de inexistir legislação expressa a respeito, a orientação que se tem adotado também é a de *Superiore di Sanità*, de Roma, de 20 de setembro de 1984.⁶⁵

Os princípios e garantias insertos na Constituição Federal brasileira, em matéria de paternidade, maternidade e filiação, revelam evidente preocupação com os interesses da criança e do adolescente, assegurando-lhe direito à vida, à dignidade, ao respeito, à liberdade, ao convívio familiar e, principalmente, a ter família, ou quiçá, famílias (como, por exemplo, o caso da criança de pais cuja união sexual se dissolveu, passando a integrar, pelo menos, duas famílias monoparentais). O instituto da adoção, tal como regido no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8.069/90), é espécie do que o legislador denominou de "família substituta", pressupondo, assim, uma família substituída (ou natural, na dicção da lei). Diversamente do modelo tradicional, o vínculo familiar moderno é formado por laços socioafetivos, restando superado o dogma da unicidade da paternidade e da maternidade. Mesmo no caso da monoparentalidade resultante de técnica de reprodução assistida, necessariamente há mais de um genitor (ainda que um deles seja oculto diante do pretendido anonimato), sem que haja direitos ou deveres em relação aos doadores. O pluralismo familiar é uma realidade, não apenas percebida no mundo das coisas, como também reconhecida constitucionalmente. Contudo, há de se registrar que a Constituição não estimula a formação de famílias monoparentais, mas as reconhece.

A natureza jurídica da paternidade, maternidade e filiação resultantes da adoção de técnicas de reprodução assistida, sob a modalidade heteróloga, ou mesmo sem vínculo genético entre os envolvidos, deve ter em conta sentimentos nobres, como o amor, o desejo de construir uma relação afetiva, carinhosa, reunindo as pessoas num grupo de companheirismo, lugar de afetividade. "A disciplina jurídica das relações de parentesco entre pai e filhos não atende, exclusivamente, quer valores biológicos, quer juízos sociológicos; é uma moldura a ser preenchida, não com meros conceitos jurídicos ou abstrações, mas

com vida, na qual pessoas espelham sentimentos."⁶⁶ O instituto da adoção, como atualmente é concebido pela Lei n° 8.069/90, pode ter perfeita aplicação aos casos envolvendo as técnicas de reprodução humana medicamente assistida sob a modalidade heteróloga ou mesmo em relação às pessoas desimpedidas, inclusive para o fim de preservar efeitos jurídicos como o relacionado aos impedimentos matrimoniais entre genitor e filho biológicos, entre outros. Há, na legislação brasileira, a previsão a respeito da possibilidade de uma criança ter dois pais, o biológico e o socioafetivo, o que vem a excepcionar o princípio da unicidade do vínculo paterno e, conseqüentemente, do vínculo materno. Do mesmo modo, há a exclusão de quaisquer efeitos pessoais e patrimoniais entre pai e filho biológicos, em caso de adoção deste, salvo para efeito de impedimento matrimonial de parentesco, mantendo-se o sigilo acerca da informação da natureza da relação e, conseqüentemente, da ascendência genética. Evidentemente, no caso de reprodução humana medicamente assistida, há diversas peculiaridades, sem que, no entanto, haja prejuízo na aplicação dos princípios gerais e norteadores da adoção, tal como o instituto é concebido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sob inspiração dos preceitos e normas da Constituição Federal de 1988.⁶⁷

Deve-se buscar, portanto, um conceito plural de paternidade e de maternidade, no qual os efeitos pessoais e patrimoniais em relação aos filhos serão necessariamente distintos, e onde a vontade, o consentimento, a afeição e a responsabilidade terão missões relevantes. Mire-se no exemplo permissivo do Código Civil francês, com a Reforma de 1972, que passou a admitir que na falta de filiação paterna estabelecida, o marido da mãe pode conferir seu próprio nome à criança, através de uma declaração que ele pode fazer juntamente com a mãe, atendendo aos interesses do menor, no sentido de possibilitar seu desenvolvimento em todas as áreas e, principalmente, psicológica.⁶⁸ No caso da reprodução assistida em que há a necessidade de material fecundante de doadores, direitos e deveres somente existirão entre pais e filhos socioafetivos, sem que isso signifique na desconsideração completa do liame biológico, com necessária repercussão jurídica sob o manto das restrições e impedimentos.

"A adoção viabiliza e concretiza parentesco por assimilação, um parentesco eletivo. Consagra a paternidade socioafetiva, baseando-se não num fator biológico, mas num fator sociológico⁶⁹." A desbiologização da paternidade/maternidade/filiação não pode conduzir ao esquecimento completo da importância de se manter, ainda que sob conhecimento de poucos, o controle de se evitarem uniões incestuosas, ao menos na linguagem genética. O Direito espanhol, ao admitir excepcionalmente a revelação da identidade do doador do material fecundante, expressamente exclui qualquer tipo de direito alimentar ou sucessório entre o indivíduo concebido e o genitor biológico.⁷⁰

Nas palavras de REGINA FIUZA e SEVERO HRYNIEWICZ, "...a parentalidade está em vias de radical transformação; em breve, segundo os mais pessimistas, não haverá senão uma recordação da família, tal como pensada e vivida atualmente"⁷¹. As técnicas de reprodução humana assistida, sob a modalidade heteróloga (quando o casal é estéril por problemas de saúde com um deles ou ambos), são aquelas que geram maiores questionamentos, diante do sistema de presunções, probabilidades e verossimilhanças quanto à paternidade e maternidade. A fonte do vínculo jurídico, em tais casos, decorre da relevância da vontade, do consenso, do afeto e da responsabilidade, e não de um fato jurídico que é o coito, o ato sexual. Nos países que adotam o sistema anglo-saxão, o consentimento do marido para que sua esposa receba o sêmen de outro homem é equiparado a uma adoção antenatal do filho resultante do emprego da inseminação artificial e, assim, tal consentimento contém o elemento anímico que é o desejo de vir a constituir e manter vínculo de paternidade com a criança, associado à renúncia quanto à possibilidade de se retratar acerca da vontade declarada, ainda que tenha ocorrido vício de consentimento - diante da responsabilidade que passa a ter sobre o nascituro.

Nas precisas observações de HELOISA HELENA BARBOZA, "o conceito de paternidade não é, historicamente, imutável", devendo a autonomia da vontade e a responsabilidade nortearem os novos vínculos paterno/materno/filiais, no caso de adoção de técnica de reprodução medicamente assistida: "pai ou mãe se é por ato de amor, de vontade, não por decisão judicial (...) e deve ter como pressuposto o bem do filho".⁷²

Verifica-se, portanto, que o tratamento do tema "filiação e reprodução assistida" não pode olvidar os valores e princípios, fundantes e fundamentais, do ordenamento jurídico. Sob o enfoque do Direito comparado, constata-se que mesmo dentro do contexto dos principais centros de difusão das técnicas de reprodução assistida (Estados Unidos e Europa), "as características das investigações e o nível de preocupação ética e jurídica são bastante distintos, não justificando uma análise monolítica"⁷³. A diversidade de posturas jurídicas nos diversos sistemas decorre das tradições, dos usos e costumes, das religiões e, evidentemente, dos valores e ideologias dominantes em cada país. Nos Estados Unidos, a posição sobre o tema é bastante liberal, e o assunto deixou de ser centro de grandes preocupações: "o grande assunto de debate na atualidade americana passou a ser o do 'fim da vida', da morte, o direito de morrer com dignidade"⁷⁴. Há, por assim dizer, vários modelos ou padrões em matéria de reprodução assistida. A qual deles o Direito brasileiro se filiou?

O Vaticano, por sua vez, através do documento denominado *Instrução sobre o respeito da vida humana nascente e a dignidade da procriação*, publicado em 1987, refuta a inseminação artificial heteróloga, recusa qualquer hipótese de fertilização *in vitro* e impõe uma série de dificuldades para a

inseminação artificial homóloga⁷⁵. Vê-se, pois, que inúmeras são as polêmicas que o tema reprodução assistida gera, sendo que, no caso brasileiro, há apenas a Resolução n° 1.358/92 que cuida do tema de maneira expressa. Como adverte EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, "estas regulamentações são ineficazes, são destituídas de qualquer cogência, podem ser facilmente contornáveis e, portanto, não permitem se atingir o objetivo visado⁷⁶". Os comandos existentes na citada norma administrativa não tem eficácia jurídica, além de serem fruto de decisões tomadas por órgão corporativo, sem qualquer caráter representativo do corpo social. O Direito brasileiro, no que tange à questão da reprodução assistida heteróloga e os reflexos quanto ao anonimato, parece acompanhar o sistema sueco, que praticamente equipara a situação envolvendo os pais da criança gerada através de inseminação ou fertilização *in vitro*, na modalidade heteróloga, à situação da adoção; "em ambos os casos, ao menos um dos pais não é progenitor biológico da criança, o que justifica a similaridade estabelecida".⁷⁷

E, dentro desse contexto, a Constituição Federal brasileira de 1988 é fonte atual e relevantíssima do Direito de Família nacional, inclusive em matéria de reprodução assistida, norteador os rumos a seguir pelos seus destinatários, na perspectiva de buscar atingir os objetivos do Estado brasileiro, em especial a construção de uma sociedade fundada na liberdade, justiça e solidariedade, e a promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação de origem, raça, sexo, cor, idade, família, parentalidade e filiação.

E a importância da Constituição brasileira em matéria de reprodução assistida se mostra latente diante do novo arcabouço do Direito de Família, com forte carga constitucional, permitindo, inclusive, a solução das questões atinentes ao tema através da aplicação de princípios e normas do texto constitucional. Acrescenta-se, evidentemente, que as normas do ordenamento jurídico brasileiro em nível infraconstitucional sofrem o controle de validade à luz da normativa constitucional. Conforme observa EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, "a maioria das legislações permaneceu em ritmo de espera, aguardando, talvez, um consenso internacional, ainda não existente, embora a prática esteja definitivamente admitida pelos países"⁷⁸. No entanto, em tema tão vinculado aos valores extrapatrimoniais existentes, afeto ao Direito de Família, a uniformidade de tratamento jurídico é impossível nas diversas sociedades, considerando as suas peculiaridades culturais, econômicas, políticas, sociais e ideológicas. Urge, pois, que o Estado assumo o papel institucional que lhe incumbe, sistematizando o tratamento jurídico sobre assunto de maior relevância no Direito contemporâneo, diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana, não permitindo que situações conflituosas possam persistir no campo sensível do Direito de Família. "Não resta nenhuma dúvida sobre a necessidade da intervenção das autoridades políticas e do legislador, pois o recurso incontrolado a estas técnicas, métodos e

procedimentos pode conduzir a conseqüências imprevisíveis e perigosas para a sociedade civil⁷⁹."

(in, Revista Brasileira de Direito de Família, do IBDFAM, vol. 5, Abril a Junho/2000, Síntese Editora, págs. 7/28)

NOTAS

1. ZWEIGERT, Konrad e KÖTZ, Hein. Introduction to Comparative Law. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 4.
2. PEREIRA, Caio Mário da Silva. "Direito comparado, ciência autônoma". Revista Forense, vol.146, pp.24 e ss., reprodução datilografada, p. 8.
3. ZISTCHER, Harriet Christiane. Introdução ao Direito Civil alemão e inglês. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, pp. 23/24.
4. PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., pp. 13/14.
5. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. "Família e casamento em evolução". Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, vol. 1, abr/jun 1999, pp. 9/10.
6. MERRYMAN, John Henry. La tradición jurídica romano germanica. Fondo de Cultura Económica, 1979, pp.19/20.
7. DAVID, René. Les grands systèmes de droit contemporain (Droit comparé). Quatrième édition. Paris: Dalloz, 1971, p. 9. Nesse mesmo sentido, posicionam-se Konrad ZWEIGERT e Hein KÖTZ: "Another practical use of comparative law lies in the interpretation of national laws of law." (op. cit., p. 17)
8. ZWEIGERT, Konrad & KÖTZ, Hein, op. cit, p. 16.
9. CURRAN, Vivian Gmsswald. "Dealing in Difference: Comparative Law's Potential for Broadening Legal Perspectives". The American Journal of Comparative law, vol. 46, n° 4, 1998, p. 657.
10. ZITSCHER, Harriet Christiane, op. cit, p. 27.
11. "A origem e evolução da vida, as funções do organismo, a sua ontogenia, as suas adaptações constituem uma grande parte do imenso mistério que é a existência, mas os processos que estão na base dessas manifestações têm sido cada vez mais revelados" (DIAS, João Álvaro. Procriação assistida e responsabilidade médica. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 9).
12. TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 395. Ao tratar especificamente acerca de tal visão na relação entre pais e filhos, o referido autor comenta: "...a disciplina do Código Civil, pela qual a tutela dos filhos estava vinculada à espécie de relação preexistente entre seus pais, respondia a uma lógica patrimonialista bem definida". (p. 392)
13. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 3. ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 178.
14. Trata-se de expressão utilizada por ORLANDO GOMES, ao se referir à família detentora de patrimônio, formando uma sociedade de bens (Direito de família. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, Nota Prévia, p. X). O mesmo autor ressalta que a maior parte da população passou a ser regida por relações familiares não sistematizadas no Código Civil: "brechas cada vez mais largas rasgam-se na empena dos Códigos" (op. cit., p. X).
15. FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 61.
16. CAMPOS, Diogo Leite de. A nova família. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.).Direitos de família e do menor. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 22.
17. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O companheirismo: uma espécie de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998 p. 68. Ou, nas palavras de GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA, "neste tempo em que até o milênio muda, muda a família, muda o seu cerne Fundamental, muda a razão de sua constituição, existência e sobrevivência, mudam as pessoas que a compõem...". (Família e casamento em evolução. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, vol. 1, n° 1, p. 17, abr/jun 1999)
18. MAZEAUD, Henri et al. Leçons de droit civil: la famille - 7ème. Paris: Montchrestien, 1995. t. 1, v. 3, p.7.
19. VILLELA, João Baptista. As novas relações de família. In XV Conferência da OAB, Foz do Iguaçu. Anair. Foz do Iguaçu OAB, 1994, p. 645.
20. BARBOZA, Heloísa Helena. "Novas tendências do direito de Família". Revistada Faculdade de Direito da UFRF. Rio de Janeiro, n° 2, 1994, p. 232.
21. Sobre tal princípio, faço minhas as palavras do brilhante JOSÉ AFONSO DA SILVA "Poderíamos dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo

tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do país, da democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, económica e cultural. Daí a sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional." ("A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia ". Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n° 212, abr/jun 1998, p. 92). Na França, o Conselho Constitucional reconheceu *status* constitucional ao princípio da salvaguarda da dignidade da pessoa humana: "lan saisine du Conseil constitutionnel par le président de l'Assemblée nationale a permis de donner au principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation ' une consécration constitutionnelle (décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994)" (SALAT-BAROUX, Frédéric. Les Lois de Bioéthique. Paris: Dalloz, 1998, p. 6).

22. Como observa SÉRGIO FERRAZ, "Conquanto ainda prestigie o casamento como avia excelsa para a validade da família (tanto assim que, relativamente à união estável de fato, a lei deverá facilitar sua conversão em casamento), não teve a Constituição hesitação em equiparar a família por ele constituída à união de fato estável, para os fins do reconhecimento e da tutela estatais" (Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 27).

23. Tal como tratado no texto de 1988, o princípio isonômico assumiu a função de primeiro e mais importante princípio fundamental, balizador de toda a ordem jurídica, aplicável a todos.

24. Nos termos do art. 3º, inc. IV, da Constituição Federal de 1988, é objetivo necessário do Estado a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminações, instrumentalizando a dignidade da pessoa humana.

25. De acordo com SÉRGIO FERRAZ, o princípio da paternidade responsável deve levar em conta que "a constituição da prole só é desejável quando os pais, naturais ou artificiais, têm condições de todo gênero (inclusive económicas) para garantir a vida, a criação, a manutenção, a saúde e a educação dos filhos" (op. cit., p. 27). No Direito inglês ANDREW BAINHAM acentua tal princípio, esclarecendo que o seu sentido é mais restrito do que aquele constante da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança: "*Family lawyers will immediately detect echoer of the 'welfare principle' in English law but will also be struck by the difference in wording between the two provisions.*" (Children: the modern law). Second edition. Bristol: Jordan Publishing Limited, 1998, p. 60.

26. "Este dispositivo eleva à categoria de norma constitucional muitos dos princípios correlacionados aos direitos reprodutivos veiculados pelos documentos internacionais de direitos humanos, notadamente o Plano de Ação da Conferência Internacional do Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994 e a Plataforma de Ação de Beijing de 1995" (PIOVFSAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, pp. 182-183). "O planejamento Familiar parece ser a mais difundida concepção ligada ao tema dos Direitos reprodutivos e aceita por nosso preceito jurídico." (PIMENTEL, Sílvia. "Direitos reprodutivos e ordenamento jurídico brasileiro ". *Caderno da Comissão de Cidadania e Reprodução*. (s.1.), dez/1993, p. 13)

27. A respeito do assunto, PAULO LUIZ NETTO LOBO comenta: "O princípio do pluralismo de entidades, especificando o da liberdade, é delimitado pelo modelo preferencial da família constituída pelo casamento, que deixou de ser exclusivo para ser exemplar ou promocional" (*O ensino do direito de família no Brasil*. In WAMBIER, Teresa A. A. e LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. vol. 4, p. 314).

28. Em trabalho acerca do tema, SÉRGIO FERRAZ considera a necessidade de compatibilizar o controle da atuação científica à investigação biológica: "É nítido, para nós juristas, que a concepção de família e a própria idéia da dignidade humana - instituição e valor fundamentais da sociedade e do homem - estão seriamente implicadas nesta tensão" (op. cit. p. 11), sugerindo, assim, que a aparente antinomia possa ser solucionada através dos princípios constitucionais.

29. Sobre a questão terminológica, a doutrina ainda é bastante vacilante, como aponta JOÃO ÁLVARO DIAS (*Procriação assistida e responsabilidade jurídica*, p. 15).

30. HELOISA HELENA BARBOZA comenta que nos Estados Unidos da América o entendimento prevalente, a partir de alguns Julgados, é no sentido de que o casamento e a procriação são fundamentais para a própria existência da espécie humana, razão pela qual não pode o Estado interferir na decisão de gerar ou obter uma criança, podendo ser adotado o método de procriação de escolha pelo interessado. (*A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p.38) Ao se referir ao caso Baby M - envolvendo a maternidade de substituição vulgarmente conhecida como "barriga de aluguel"-, EUUARDO DE OLIVEIRA LEITE

comenta que no direito norte-americano, "o valor constitucional do 'Right of Privacy' passou a ser evocado frente ao juiz para fazer reconhecer- nos casos de maternidade de substituição a procriação artificial como um elemento do direito de procriar, protegida para os casais casados pela Corte Suprema dos Estados Unidos". (*Procriações artificiais e o direito*, p.270)

31. O assunto é polêmico e deve ser focalizado também levando em consideração o planejamento familiar, sob a ótica dos direitos reprodutivos e direitos sexuais, que, de acordo com a Conferência de Beijing, "constituem parte inalienável dos direitos humanos universais e indivisíveis". (PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 176)

32. DIAS, João Álvaro, op. cit., p. 157.

33. FERRAZ, Sérgio, op. cit., p. 20.

34. DIAS, João Álvaro, op. cit., p. 30. A Lei sueca nº 1.140, de dezembro de 1984, em seu art. 2º, somente permite a inseminação artificial em caso de relação heterossexual estável, impedindo no caso de mulher sozinha ou em união de pessoas do mesmo sexo.

35. FERNANDEZ, María Carcaba. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1995, p. 135.

36. SILVIA PIMENTEL comenta: "A questão da inseminação artificial e da engenharia genérica não aparece expressamente na Carta Magna, mas encontra neste preceito certo embasamento", ao se referir ao dispositivo que cuida da remoção de órgãos, tecidos e substâncias (op. cit., p. 16).

37. PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 201.

38. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, pp. 413/414. PIETRO PERLINGIERI acentua que é possível solucionar as questões decorrentes de inseminação artificial a partir dos princípios relativos aos problemas das pessoas, tratados no texto constitucional: "Não se pode, certamente, afirmar que no ordenamento a regra seja a inseminação artificial, e a união homem e mulher, a exceção. Considerar o recurso à inseminação artificial como excepcional não equivale a exprimir um juízo negativo sobre a mesma. A qualificação de excepcional significa que o emprego de tal técnica é possível somente quando se toma instrumento que não pode ser eliminado, ou que é muito útil ao pleno desenvolvimento da pessoa; nesta hipótese ela realiza principalmente o direito à saúde e insere-se na assistência sanitária nacional. (...) Não existirá direito à prestação sanitária gratuita somente quando o recurso à inseminação for motivado por escolhas arbitrárias." (*Perfis...*, pp. 175/176). Nesse mesmo sentido, pode-se apontar a posição de SÉRGIO FERRAZ: "a inseminação artificial, ou outras técnicas genéticas aperfeiçoadas, só se apresentam admissíveis se levarem em conta a dignidade da pessoa humana" (*Manipulações biológicas...*, p. 30). Nos Estados Unidos, JOAO ÁLVARO DIAS cita o exemplo verificado no início da década de oitenta a respeito da fundação de um banco de esperma em que os doadores eram unicamente ganhadores do prêmio Nobel, grandes intelectuais e desportistas da raça branca, sendo o empresário afirmado que prosseguia com aquela atividade com fins humanitários: o de que o mundo se tomasse mais inteligente, e, portanto, melhor do que atualmente (op. cit., p. 105).

39. PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 182.

40. SAUWEN, Regina Fiuzza e HRYNIZWICZ, Severo. *O Direito "in vitro"*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 1997, p. 35.

41. VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p.36.

42. FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 81.

43. TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 395.

44. Trata-se do art. L.152-1, do Código, transcrito por NATHALIE MASSAGER no seu livro *Les Droits de l'enfant à naître* (Bruxelles: Bruylant, 1997, p. 403).

45. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias manoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 57.

46. A respeito do tema, veja a distinção feita por JOÃO ÁLVARO DIAS: "O segredo diz respeito à natureza artificial da procriação fundada sobre a utilização do esperma de um dador; o anonimato reporta-se à identidade não apenas do dador, mas também do casal receptor (marido e mulher) e da criança." (*Procriação Assistida...*, p. 43)

47. A cerca de tal aspecto, cumpre citar a manifestação de PIETRO PERLINGIERI que aventa a possibilidade de atribuição de alguns efeitos: "Não se pode excluir que se o pai - genitor legal - morrer, o doador - genitor genético - possa assumir algumas responsabilidades, mesmo de tipo educativo, em relação ao filho." (op. cit., p. 176)

48. BARBOZA, Heloísa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1993, p. 107.

49. Com efeito, em proposta de legislação - padrão elaborado nos Estados Unidos, a "Section 5 of the Uniform Parentage Act", prevê, no item b: "The donor of semen provided to a licensed physician for use in artificial insemination of a married woman other than donor's wife is treated in law as if he were not the natural father of a child thereby conceived" (apud DIAS, João Álvaro, op. cit., p. 46). O mesmo se deu na legislação francesa: "em cas de precréation médicalement assistée donneur,

aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la précréation", nos termos do art. 311-19, do Código Civil francês.

50. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Problemas jurídicos da procriação assistida. Arquivos do Ministério da Justiça*, nº 183, ano 47, p. 106, 1994. O mesmo autor, em seguida, complementa: "...o conhecimento do doador não implica no estabelecimento de um vínculo de filiação jurídica" (p. 106).

51. A respeito de tais aspectos, vale citar passagem mencionada por CHRISTIAN DE PAUL DE BARCHIFONTAINE a respeito de julgamento proferido em Nova Iorque, negando direito do doador de ser reconhecido pai de criança obtida por técnica de reprodução assistida por um casal de lésbicas. (*Bioética e reprodução medicamente assistida. In PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Coord. Fundamentos da bioética. São Paulo: Paulus, 1996, p. 164*)

52. Nas palavras de JOSÉ CELSO DE CAMARGO SAMPAIO, ao cuidar do tema, "o risco de se propiciar casamentos incestuosos é muito grande". E, mais adiante complementa: "a inseminação artificial, por sua própria natureza, é realizada cercada de cuidados especiais e descrição. Os bancos de sêmen não fornecem a identidade dos fornecedores" ("A inseminação artificial no Direito de Família". *Revista dos Tribunais*, vol. 670, p. 18, ago/1991).

53. FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade, pp. 37/38.

54. BAINHARM, Andrew, op. cit., p. 77.

55. Tal informação é dada por JEAN BERNARD (*A Bioética. Trad. por Paulo Goeza. São Paulo: Ática, 1998, pp. 34 e 94*): trata-se da Lei sueca de 1º de março de 1985. O mesmo ocorre na Áustria (MASSAGER, Nathalie, op. cit., p. 521).

56. MASSAGER, Nathalie, op. cit., p. 519.

57. SÉRGIO FERRAZ defende a admissibilidade do afastamento do sigilo, desde que promovido pelo filho, ou no seu interesse, "em razão de fundada motivação e mediante autorização judicial" (op. cit., p. 54). FRÉDÉRIC SALAT-BAROUX menciona que no Direito francês somente é excepcionado o princípio do anonimato do doador em caso de necessidade terapêutica do filho biológico relacionada à doença hereditária, comentando, ainda, que "*cette dérogarion au principe pose le problème pratique des conditions de levée l'anonymat, qui semble avoir à juste titre inquiété le Sénat*" (*Les Lois de Bioéthique*, p. 30).

58. MASSAGER, Nathalie, op. cit., p. 525.

59. Nesse sentido, "*em Suêde, la loi du 1 er.mars 1985 prévoit, au nom du droit de chacun de connaître ses origines, que l'identité des donneurs de sperme est mentionnée sur des documents administratifs auxquels les enfants nés par IAD auront accès, s'ils le désirent, à leur majorité. En Autriche également, la règle de l'anonymat n'est pas observée*" (MASSAGER, Nathalie, op. cit., p. 521). EDUARDO DE OLNEIRA LEITE confirma a possibilidade da criança obter informações a respeito da sua ascendência biológica no sistema jurídico sueco (*Procriações artificiais e o direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp.290/291*), Na Alemanha, EDUARDO LEITE comenta que alguns Julgados assentaram que a regra é a da proibição do anonimato do doador em matéria de reprodução assistida: "Como consequência, nenhuma autoridade pública pode editar uma regra visando preservar o anonimato dos doadores sem incorrer na inconstitucionalidade desta disposição." (*Procriações Artificiais e o Direito*, pp. 277/278)

60. Nas palavras de NATHALIE MASSAGER, "*si une femme célibataire se voit ainsi reconnaître le droit d'adopter un enfant, il serait logique, par analogie, de l'autoriser à concevoir son propre enfant, par insémination artificielle avec donneur*" (op. cit., p. 549). No mesmo sentido: Fernández, María Carcaba. *Los problemas jurídicos planteados...*, p. 134.

61. No sistema anglo-saxão, a questão da "*single parent family*", inclusive em matéria de reprodução assistida, é admitida sem muita controvérsia: "... *there are now individual adults who consciously make the choice to become single bio-parents so they can raise their children without interference from a spouse or partner*". (Silver, Lee. M. *Remaking Eden. London: Weidenfeld_Nicolson, 1998, p. 135*).

62. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, op. cit, p. 175.

63. Apud MASSAGER, Nathalie, op. cit. p. 538. E, mais adiante, A. HEYVAERT complementa: "*J'en conclus dès lors qu'il n'existe aucun obstacle juridique s'opposant à l'assistance médicale à la fécondation d'une demandeuse qui se présente sans compagnon, quelle que soit sa nature sexuelle (hétéro – ou homosexuelle)*" (op. cit., p. 547).

64. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*, pp. 278 e 284.

65. DIAS, João Álvaro, op. cit. p. 106.

66. FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade*, p.29.

67. JOÃO ÁLVARO DIAS observa a possibilidade de se solucionar várias questões através das regras aplicáveis à adoção: "Nem se diga que seriam insuperáveis os problemas que daí adviriam em matéria de anonimato e de privacidade, pois que tais problemas existem também no quadro de adoção e, todavia, têm-se conseguido aí soluções satisfatórias, que poderiam seguramente servir de ponto de referência". (op. cit., pp. 48-49)

68. Conforme bem observa RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "o Código Civil francês, modificado pela Lei de 1972, introduziu a expressão 'posse de estado', ampliando assim o conceito de paternidade e aproximando-o de uma idéia mais ampliada e considerando-a, como a Psicanálise, uma função." (*Direito de família – uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 134)
69. VELOSO, Zeno, op. cit, p. 160. E, mais adiante, o autor complementa: "...a filiação adotiva e a filiação resultante da procriação medicamente assistida se definem por dois traços comuns, um negativo e outro positivo: nenhuma delas advém através de uma relação sexual. A adoção resulta de um ato jurídico (que tem sempre um aspecto judiciário). A procriação assistida exige a intervenção de um médico para operação (inseminação ou implantação) substituindo o ato sexual determinante. (...) As duas são filiações judicialmente ou mediamente assistidas" (p. 178).
70. CÁNOVAS, Diego Espín. "La fecundacion artificial humana segun la ley del 22 de noviembre de 1988 sobre tecnicas de reproduccion asistida". Revista de Rerecho de Família, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, (6), p. 32, 1991.
71. SAUWEN, Regina Fiuza e HRYNIEWICZ, op. cit., p. 85.
72. BARBOZA, Heloisa Helena. A filiação..., p. 108. Da mesma forma, LUIZ EDSON FACHIN observa que a paternidade deve se fundar mais no emocional do que no fisiológico: "reside antes no serviço e no amor que na procriação" (Da paternidade, p. 37).
73. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriação artificiais...*, p. 267.
74. *Ibid*
75. CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 222.
76. LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais: bioética e biodireito. *Repensando o Direito de Família – Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 154.
77. LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito, p. 289, ao comentar o sistema sueco.
78. *Ibid.*, p. 268.
79. *Ibid.*, p. 427.