

REFLEXOS DO BIODIREITO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Clarissa Bottega*

Os conhecimentos científicos parecem perturbar nossa auto compreensão tanto quanto mais próximos estiverem de nos atingir.¹

BIOÉTICA OU BIODIREITO?

Bioética e Biodireito são conceitos ainda não muito definidos. Alguns autores até mesmo negam a existência de um “Biodireito”, entendendo que apenas a Bioética seria uma verdadeira ciência.

Deve ser ressaltado, porém, que mesmo o termo “Bioética” é recente, tendo suas primeiras manifestações surgido em meados da década de 60, quando a revolução da ciência e da tecnologia iniciaram novas e importantes descobertas na área da manipulação genética e experimentações humanas.

Em verdade, esse último tópico – experimentações com seres humanos – foi o grande tema em debate na década de 60, pois pessoas consideradas de “menos valor” eram utilizadas para fins de experimentação, surgindo então a grande discussão dos limites da ciência e da inovação científica em face do valor da vida humana e do homem considerado em si mesmo.

O grande salto da Bioética ocorreria em 1971 com a publicação “Bioética: pote para o futuro”, de Van Renssealer Potter, que pregava a necessidade do desenvolvimento de um saber ético.

O conceito de Bioética veio da união exatamente da ética com as ciências biológicas e suas inovações, entendendo-se hoje como “o estudo sistemático das dimensões, das ciências biológicas e da saúde, utilizando

* Mestra em Ciências Jurídico-civilísticas pela Universidade de Coimbra (Portugal). Advogada e professora universitária da cadeira de Direito de Família e Bioética na Universidade de Cuiabá-UNIC. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Cuiabá, MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas-RJ, especializanda em Direito de Família pela PUCMG, membro do IBDFAM e membro da 5ª Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-MT.

1 HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 141.

éticas variadas, num contexto interdisciplinar”².

Assim, e par dessa discussão, tenho que a Bioética tem como tema fundamental a discussão ética da vida humana ante as novas descobertas tecnológicas e científicas nas áreas das ciências médicas e biológicas e seus reflexos na cultura e no cotidiano das pessoas.

Por outro lado, essas inovações científicas mexeram com as relações sociais e a vida em sociedade, impondo, assim, a necessidade do direito de se manifestar acerca de temas tão intrigantes e novos, fazendo surgir, então um novo conceito chamado de ‘Biodireito’.

O Biodireito seria uma tentativa de adaptar essas novas realidades criadas pelas descobertas na área da biomedicina ao pensamento jurídico, adequando a legislação e a cultura jurídica aos novos contornos e formatos apresentados pelas descobertas médicas, de acordo com preceitos éticos.

Tanto a Bioética como o Biodireito se tornam instrumentos eficazes e indispensáveis para a sociedade no controle ético das inovações tecnológicas na área médica.

Devemos lembrar que a Constituição Federal de 1988 reconheceu a pessoa como fim em si mesma e não como instrumento. A pessoa é a detentora máxima e final do direito. A dignidade da pessoa humana foi erigida a fundamento da nossa República pelo art. 1º, III de forma expressa.

Os direitos da personalidade passam a ter mais visibilidade após a Constituição Federal de 1988 e se consolidam com o Código Civil atual. Miguel Reale assim já se manifestou sobre o tema:

A pessoa, como costume dizer, é o valor-fonte de todos os valores, sendo o principal fundamento do ordenamento jurídico; os direitos da personalidade correspondem às pessoas humanas em cada sistema básico de sua situação e atividades sociais [...]³

Assim, o Biodireito tem como âmbito de análise, discussão e proteção os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os direitos humanos, sempre orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana ante as

2 GUERRA, Arthur Magno e Silva. Humanismo Constitucional no Brasil: Os reflexos da bioética no contexto constitucional brasileiro, fundado no paradigma da dignidade humana, em questões de manipulação genética. In: GUERRA, Arthur Magno e Silva (Coord.). *Bio-direito e bioética: Uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 2.

3 REALE, Miguel. *Os direitos da personalidade*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 10/maio/2009.

novas descobertas da tecnologia e da ciência, principalmente, na área biomédica.

A disposição do próprio corpo, o direito à vida, direito à morte digna, integridade física, transplantes, doação de partes do corpo, identidade genética, identidade física e moral, são algumas das questões que se apresentam de forma clara ao Biodireito para uma solução de acordo com nossa ética e evolução tecnológica.

BIODIREITO E O DIREITO DAS FAMÍLIAS

Para o Direito de Família moderno, as questões apresentadas pela Bioética e conseqüentemente pelo Biodireito são as mais variáveis e imagináveis, pois a família é entendida hoje como o centro de realização do indivíduo e é onde a pessoa se desenvolve e se dignifica.

É assim fácil verificar que não só a Bioética como o Biodireito trazem novidades importantíssimas acerca das novas relações familiares. Surgem questões eminentemente ligadas à filiação, como, por exemplo, questões ligadas à investigação da parentalidade genética; paternidade e maternidade biológicas e a relação socioafetiva; a questão que envolve as mães de substituição (utilização de ventre de terceira doadora); os direitos dos nascituros e sua proteção; questões que envolvem as presunções de paternidade e as técnicas de reprodução medicamente assistida (inseminação artificial homóloga e heteróloga); esterilização humana; eugenia e terapia gênica (escolha de sexo dos bebês, cor dos olhos, etc.), transexualismo, eutanásia, clonagem humana, dentre outros tantos temas que nos mostram novas possibilidades e novos horizontes.

O eminente professor doutor José Alfredo de Oliveira Baracho já constatava a grande mudança na questão da filiação em razão da evolução das técnicas de reprodução humana quando assim se manifestou:

Os progressos médicos propiciaram o surgimento de uma nova família, isto é, a família com assistência médica, à procriação, com intervenção de um terceiro doador de gametas.⁴

4 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Bioética e direitos humanos: direitos constitucionais gerais e específicos. Teoria geral da família. Direito constitucional de família. Jurisprudência constitucional. Processualidade constitucional. In: GUERRA, Arthur Magno e Silva (Coord.). *Biodireito e bioética: Uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 92.

O aparecimento dos direitos reprodutivos, tanto no que tange à liberdade de procriar, quanto na esfera da esterilização humana, também chama a atenção do direito de família pelos reflexos sociais relevantes.

As questões que envolvem a intimidade, a liberdade e a sexualidade, com a necessária informação e conscientização, também são um bom exemplo de um tema bastante relevante que o Biodireito e o direito de família devem se preocupar em resolver.

Diante disso, percebemos a importância do Biodireito para tentar nortear as decisões e posições ante os problemas e situações sequer imaginados há poucas décadas atrás, especialmente para o direito de família, que nos últimos trinta anos vem sofrendo mudanças substanciais, tentando acompanhar a evolução social e cultural.

É de se destacar na área do direito de família as inovações apresentadas pelo legislador infraconstitucional, no que se refere às presunções de paternidade baseadas em técnicas de reprodução medicamente assistida, previstas no Código Civil em seu art. 1.597, incisos III, IV e V⁵, que tratam respectivamente da inseminação artificial homóloga, embriões excedentários em inseminação artificial homóloga e inseminação artificial heteróloga.

Tais previsões legais são tão “tímidas” e incompletas que o Conselho da Justiça Federal já editou não menos do que seis Enunciados acerca desse tema tentando de alguma forma colocar em prática as previsões do Código Civil.⁶

- 5 Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. BRASIL. Código Civil (2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 10/maio/2009.
- 6 **Enunciado 104** (CFJ) – art. 1.597: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.
Enunciado 105 (CJF) – art. 1.597: as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. Iii, iv e v do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”.
Enunciado 106 (CFJ) – art. 1.597, inc. Iii: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.
Enunciado 107 (CFJ) – art. 1.597, iv: finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. Iv somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.
Enunciado 257 (CFJ) - art. 1.597: as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e

A justificativa apresentada para o Estatuto das Famílias (Projeto de Lei nº 2.285/2007) consegue traduzir de forma brilhante a necessidade de atualização do direito de família e as mudanças ocorridas nos últimos trinta anos:

A partir da Constituição de 1988 operou-se verdadeira revolução copernicana, inaugurando-se paradigma familiar inteiramente remodelado, segundo as mudanças operadas na sociedade brasileira, fundado nos seguintes pilares: comunhão de vida consolidada na afetividade e não no poder marital ou paternal; igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges; liberdade de constituição, desenvolvimento e extinção das entidades familiares; igualdade dos filhos de origem biológica ou socioafetiva; garantia de dignidade das pessoas humanas que a integram, inclusive a criança, o adolescente e o idoso. Nenhum ramo do Direito foi tão profundamente modificado quanto o direito de família ocidental nas três últimas décadas do século XX.⁷

Diante do exposto, percebe-se a importância e relevância da Bioética e do Biodireito para o direito das famílias, principalmente por conter conteúdo ético que envolve a proteção da pessoa em sua dignidade e existência perante as novas tecnologias na área da biomedicina, trabalhando com valores inerentes à própria sociedade e ao próprio homem.

Algumas questões levantadas aqui, como já ressaltado, são de extrema importância para a família e para a sociedade e se mostram no dia-a-dia dos Tribunais, levando advogados e juízes a buscar soluções que não se encontram apenas na letra fria da lei, mas sim nas questões éticas e morais e nos valores sociais.

Nessa esteira de pensamento, a doutora Maria de Fátima Freire de Sá se posiciona da seguinte forma:

"inseminação artificial", constantes, respectivamente, dos incs. Iii, iv e v do art. 1.597 do código civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição.

Enunciado 258 (CF) - arts. 1.597 e 1.601: não cabe a ação prevista no art. 1.601 do código civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.

BRASIL. *Enunciados do Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <<http://www.justicafederal.jus.br/portal/publicacao/engine.wsp?tmp.area=115>> Acesso em: 11/maio/09.

7 BRASIL. *Estatuto das Famílias – Projeto de Lei nº 2.285/2007*. Disponível em: <http://www.clarissabottega.com/Arquivos/Familia/Estatuto_das_Familias.pdf> Acesso em: 11/maio/2009.

Os temas que envolvem o microsistema do Biodireito são por demais polêmicos, não sendo desejável que o Direito regule todas as condutas de forma absoluta, pois isso exclui a construção de uma autonomia privada que, paradoxalmente, o Direito pretende construir. De mais a mais, discussões como as que envolvem o Biodireito devem ser levadas ao âmbito da sociedade civil, no intuito de auferirmos soluções legítimas. Assim, o caso concreto deve ser resolvido à luz da principiologia, buscando-se a decisão correta para o caso.⁸

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Bioética e direitos humanos: direitos constitucionais gerais e específicos. Teoria geral da família. Direito constitucional de família. Jurisprudência constitucional. Processualidade constitucional. In: GUERRA, Arthur Magno e Silva (Coord.). *Biodireito e bioética: Uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

BRASIL. *Enunciados do Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <<http://www.justicafederal.jus.br/portal/publicacao/engine.wsp?tmp.area=115>> Acesso em: 11/maio/09.

BRASIL. *Estatuto das Famílias – Projeto de Lei nº 2.285/2007*. Disponível em: <http://www.clarissabottega.com/Arquivos/Familia/Estatuto_das_Familias.pdf> Acesso em: 11/maio/2009.

GUERRA, Arthur Magno e Silva. Humanismo Constitucional no Brasil: Os reflexos da bioética no contexto constitucional brasileiro, fundado no paradigma da dignidade humana, em questões de manipulação genética. In: GUERRA, Arthur Magno e Silva (Coord.). *Biodireito e bioética: Uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. *Os direitos da personalidade*. Disponível em: <<http://www.miguel-reale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 10/maio/2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

8 SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 18.