

REPRODUÇÃO ASSISTIDA: FORMAÇÃO DA FAMÍLIA

As técnicas reprodutivas nasceram visando a regulação do acesso à parentalidade aos casais inférteis.

O direito ao planejamento familiar está previsto no art. 226 § 7º da Constituição Federal. A Lei n. 9263/96 impõe ao Estado disponibilizar o recurso às técnicas de reprodução assistida àqueles que desejam realizar o projeto parental.

Não conhece o quadro legislativo brasileiro, uma lei que regule a procriação artificial assistida. Apenas a resolução do Conselho Federal de Medicina de n. 2168/17 garante –lhe os parâmetros básicos visando solucionar o problema da infertilidade embasando-se nos preceitos bioéticos.

O Código Civil brasileiro prevê duas formas de reprodução artificial assistida – a **homóloga** e a **heteróloga**.

A **inseminação artificial homóloga** é aquela realizada com o material genético dos próprios cônjuges ou conviventes. Não apresenta portanto maiores conflitos no que tange ao estabelecimento das relações parentais.

Embora o Código não cite expressamente, a Resolução do CFM de n.2168/17, o fez em seu princípios gerais, I,4: o consentimento das partes é sempre necessário. O consentimento informado da mulher capaz, nos termos da lei e de seu marido ou companheiro, se ungida ao casamento ou união estável.

Quanto à presunção de paternidade, estabelece-lhe o art.1597, III, que dispõe: Presume-se concebidos na constância do casamento os filhos "havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido".

Fecundação artificial *post mortem* - a fecundação ou inseminação artificial *post mortem* é aquela realizada com embrião ou sêmen conservado por meio de técnicas especiais, após a morte do doador do sêmen.

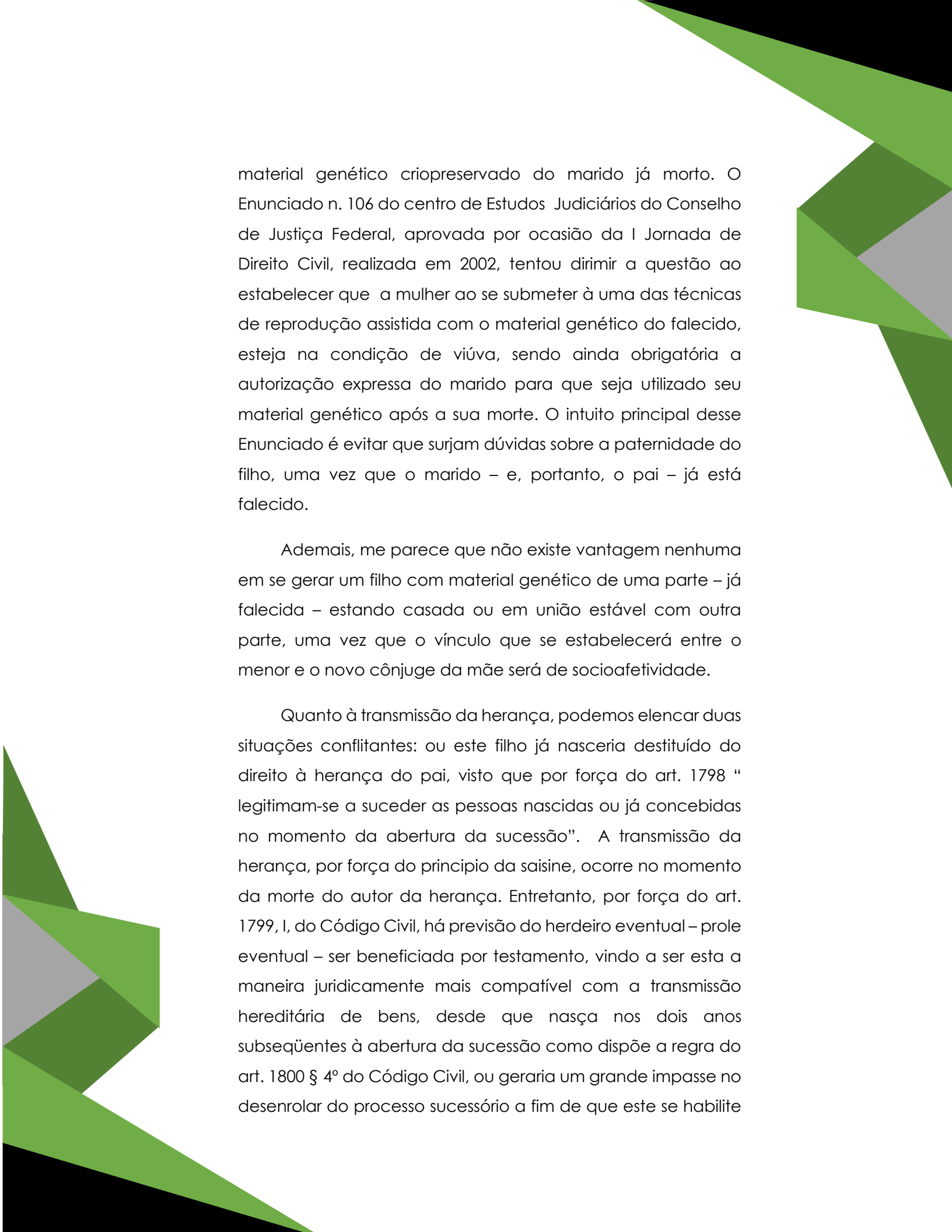
A Resolução 2168/17 do CFM prevê a reprodução assistida *post mortem*, no item VIII, desde que haja a autorização do falecido para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

É silente a Lei Civil em duas conseqüências principais, admitidas a partir da análise do dispositivo em tela: quanto à autorização expressa dos genitores e quanto ao direito sucessório do ser assim gerado.

A primeira questão foi resolvida pelo CFM – há a necessidade de consentimento expresso do doador do material genético. A segunda questão continua em descoberto.

Quanto à presunção de paternidade, o art.1597, IV do CC garante a presunção de paternidade do filho nascido a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga – prazo este que se conflitua com os três anos impostos pelo art. 5º da Lei da Biossegurança – Lei n.11.105/05 – para destinar à pesquisa o embrião excedentário.

O Código Civil manteve-se silente no art. 1593,III quanto ao estado civil da mulher que deseja inseminar-se com o



material genético criopreservado do marido já morto. O Enunciado n. 106 do centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, aprovada por ocasião da I Jornada de Direito Civil, realizada em 2002, tentou dirimir a questão ao estabelecer que a mulher ao se submeter à uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo ainda obrigatória a autorização expressa do marido para que seja utilizado seu material genético após a sua morte. O intuito principal desse Enunciado é evitar que surjam dúvidas sobre a paternidade do filho, uma vez que o marido – e, portanto, o pai – já está falecido.

Ademais, me parece que não existe vantagem nenhuma em se gerar um filho com material genético de uma parte – já falecida – estando casada ou em união estável com outra parte, uma vez que o vínculo que se estabelecerá entre o menor e o novo cônjuge da mãe será de socioafetividade.

Quanto à transmissão da herança, podemos elencar duas situações conflitantes: ou este filho já nasceria destituído do direito à herança do pai, visto que por força do art. 1798 “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. A transmissão da herança, por força do princípio da saisine, ocorre no momento da morte do autor da herança. Entretanto, por força do art. 1799, I, do Código Civil, há previsão do herdeiro eventual – prole eventual – ser beneficiada por testamento, vindo a ser esta a maneira juridicamente mais compatível com a transmissão hereditária de bens, desde que nasça nos dois anos subsequentes à abertura da sucessão como dispõe a regra do art. 1800 § 4º do Código Civil, ou geraria um grande impasse no desenrolar do processo sucessório a fim de que este se habilite

posteriormente na herança, podendo levar até mesmo à situação que seja refeita uma repartilha do montante da sucessão.

A **inseminação artificial heteróloga**, é aquela realizada com material genético de doador, podendo ser de apenas um deles- o homem ou a mulher – ou de ambos, havendo assim a transferência de embrião doado.

Nesta modalidade de reprodução artificial residem os maiores conflitos notadamente no que tange à determinação das presunções de paternidade e maternidade; além de diversos questionamentos bioéticos, pois a separação do vínculo genético na parentalidade abalou a estrutura do instituto da filiação.

O art.1597 em seu inciso V, estende a presunção de paternidade ao marido na inseminação artificial heteróloga, desde que tenha havido sua prévia autorização.

No mesmo sentido é a previsão [da Resolução 2168/17 do CFM, em seus princípios gerais I,4](#) que embora não tenha força de lei, garante os princípios básicos de utilização das técnicas reprodutivas, às pessoas capazes, com indicação terapêutica e que estejam devidamente esclarecidos nos termos da legislação vigente.

Assim, tratando-se de fecundação artificial heteróloga, este deve ser feito por escrito e irrevogável.

Além dessas práticas, que geram presunção de paternidade de acordo com o Código Civil pátrio, conhece também a biotecnologia a gestação subrogada para geração de prole.

Da gestação sub-rogada – cessão temporária de útero

A **cessão temporária de útero**, também conhecida por “barriga de aluguel”, “mãe hospedeira”, “maternidade de substituição” entre outras, pode ser definida como a cessão de útero para a gestação de filho concebido pelo material genético de terceiro – contratante – a quem a criança gerada deverá ser entregue logo após o nascimento, assumindo a fornecedora do material genético a condição de mãe, possibilitando assim à mãe de conceber um filho biológico fora de seu ventre.

Essa prática, desencorajada pela maioria dos países, representa um último recurso na cura da infertilidade de casais cuja mulher apresenta qualquer anomalia uterina que lhe impeça a gestação normal.

Envolve questões bastante delicadas acerca da determinação de questões atinentes à maternidade e à paternidade do novo ser gerado, gerando conflitos em relação aos papéis familiares, além de conflitos bioéticos e religiosos.

Não há no Brasil nenhuma legislação que regule a prática, apenas a Resolução 2168/17 do CFM o faz, em seu item VII.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.

1. A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau - mãe/filha; segundo grau - avó/irmã; terceiro grau - tia/sobrinha; quarto grau - prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

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

3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente:

3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3. Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4. Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5. Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

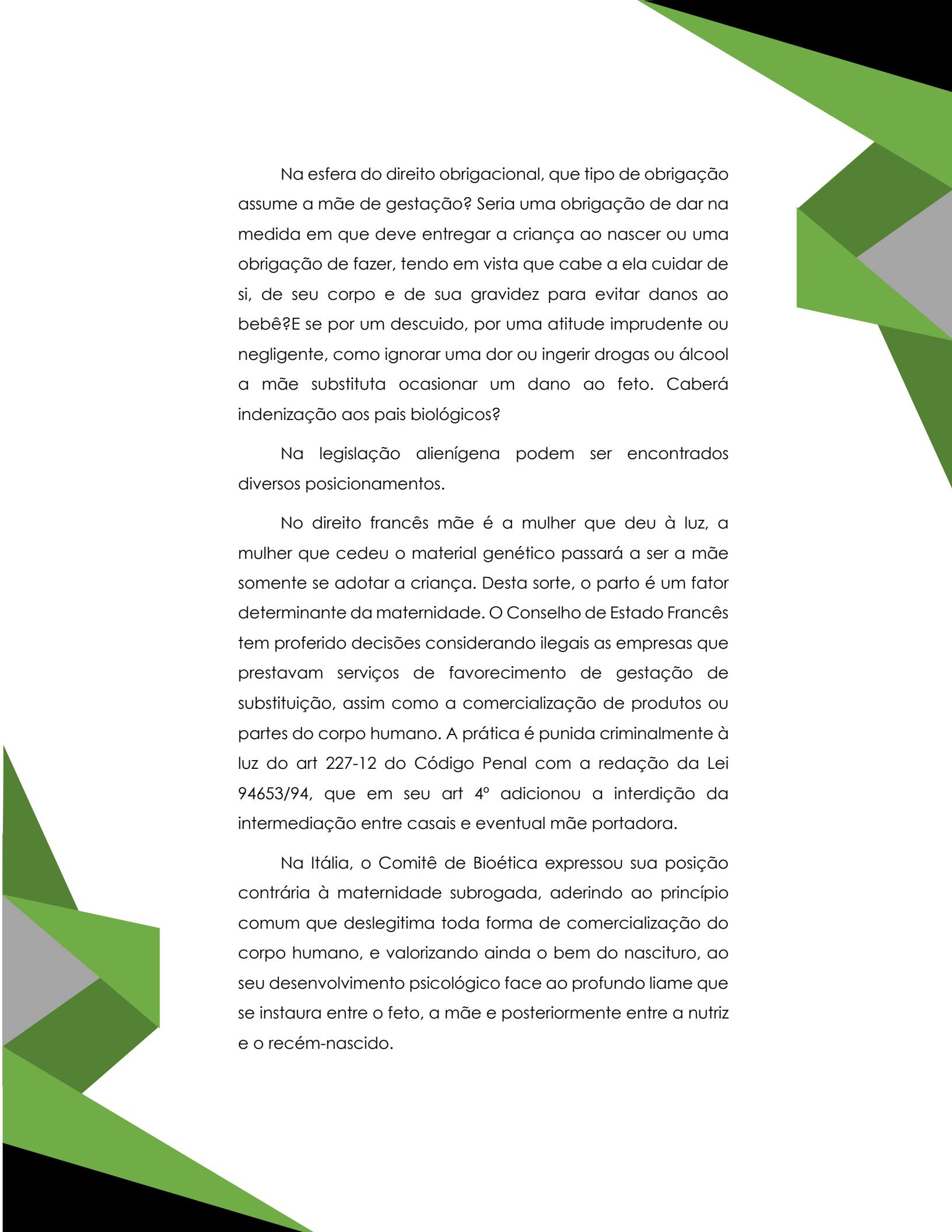
Para a elaboração da fecundação subrogada requer-se o consentimento informado dos partícipes: a mulher fornecedora do óvulo, o marido desta, a mulher receptora do material genético, ficando inviabilizado qualquer pedido de impugnação da paternidade em face da lei.

Dos diversos Projetos de Lei em tramitação sobre reprodução assistida que existem, nenhum deles efetivamente disciplinou as implicações provenientes desta prática.

A cessão temporária de útero revolucionou o tema jurídico da filiação, cuja doutrina vem insistindo de que esta não é fundada sobre os laços de sangue, mas sim num laço fundado sobre a vontade da aceitação dos filhos. A vontade individual é a seqüência ou o complemento necessário ao vínculo biológico. Uma das primeiras ocorrências de maternidade substitutiva que se tem notícia foi em 1980 nos USA.

A questão crucial que atormenta os estudiosos do tema é saber se a vontade de ter um filho é suficiente, ou o único fundamento do vínculo da filiação.

Diversas questões de caráter ético jurídicos são suscitadas: quem pode participar? Qual o tipo de supervisão médica deve ser efetuada? É necessária a anuência do marido ou do companheiro? Quais os direitos e obrigações das partes durante a gravidez? E após o parto?



Na esfera do direito obrigacional, que tipo de obrigação assume a mãe de gestação? Seria uma obrigação de dar na medida em que deve entregar a criança ao nascer ou uma obrigação de fazer, tendo em vista que cabe a ela cuidar de si, de seu corpo e de sua gravidez para evitar danos ao bebê? E se por um descuido, por uma atitude imprudente ou negligente, como ignorar uma dor ou ingerir drogas ou álcool a mãe substituta ocasionar um dano ao feto. Caberá indenização aos pais biológicos?

Na legislação alienígena podem ser encontrados diversos posicionamentos.

No direito francês mãe é a mulher que deu à luz, a mulher que cedeu o material genético passará a ser a mãe somente se adotar a criança. Desta sorte, o parto é um fator determinante da maternidade. O Conselho de Estado Francês tem proferido decisões considerando ilegais as empresas que prestavam serviços de favorecimento de gestação de substituição, assim como a comercialização de produtos ou partes do corpo humano. A prática é punida criminalmente à luz do art 227-12 do Código Penal com a redação da Lei 94653/94, que em seu art 4º adicionou a interdição da intermediação entre casais e eventual mãe portadora.

Na Itália, o Comitê de Bioética expressou sua posição contrária à maternidade subrogada, aderindo ao princípio comum que deslegitima toda forma de comercialização do corpo humano, e valorizando ainda o bem do nascituro, ao seu desenvolvimento psicológico face ao profundo liame que se instaura entre o feto, a mãe e posteriormente entre a nutriz e o recém-nascido.

“Tem prevalecido na legislação comparada o princípio de que mãe é aquela que dá à luz à criança. Advindo daí, que a maternidade é legalmente estabelecida pelo parto e não pela transmissão de patrimônio genético.

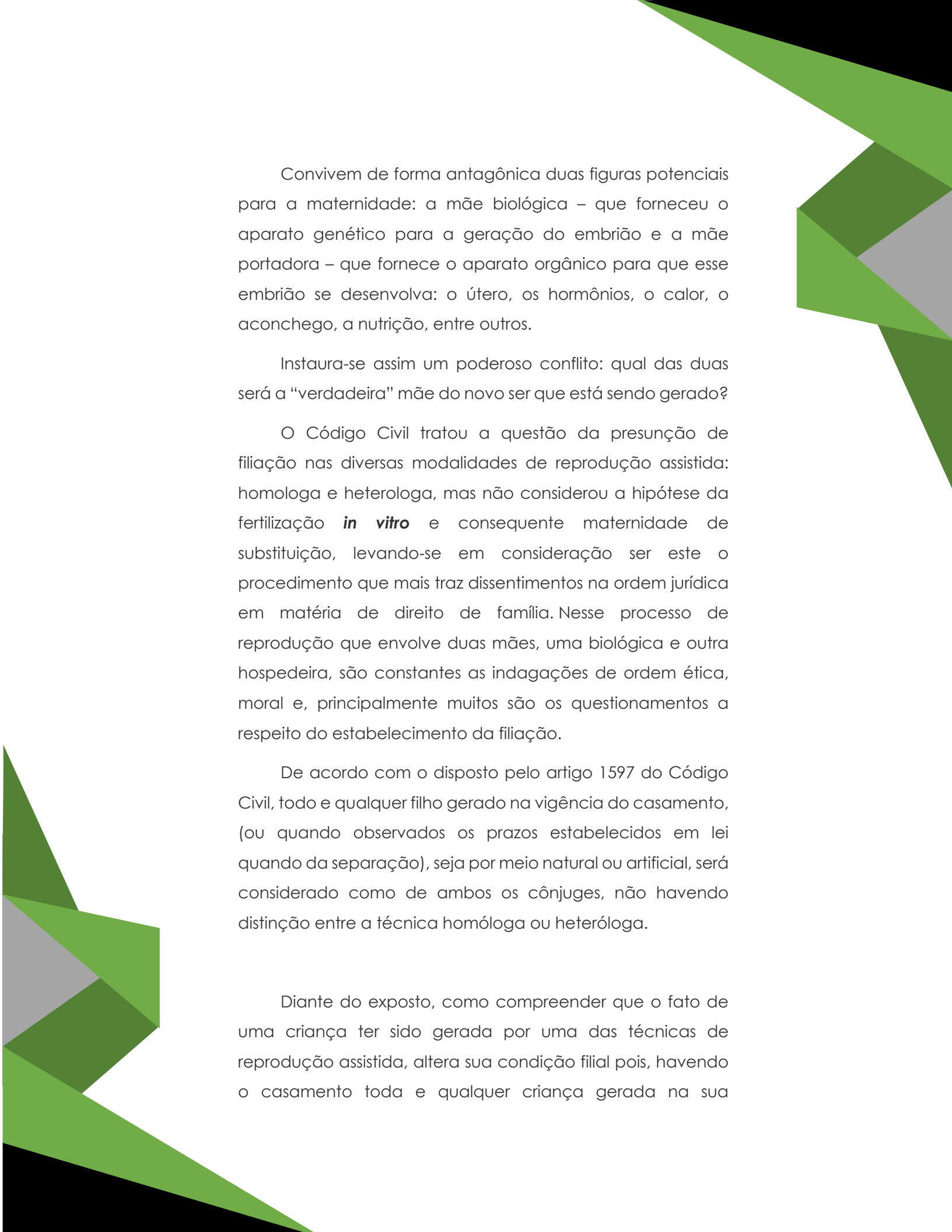
Uma outra questão que se sobrepõe é a respeito da determinação da maternidade e a **validade do pacto de gestação**.

Temos assim, que no que tange à constituição da família, um importante vínculo que se pode estabelecer é a relação de parentesco entre pais e filhos, denominada filiação. Esta por seu turno pode se estabelecer pelo parentesco natural, ou civil – a adoção.

Dessa forma dispõe o art. 1593 do CC. “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou de outra origem”.

A maternidade de substituição representa um negócio jurídico de comportamento, compreendendo para a mãe de aluguel obrigações de fazer e não fazer, culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho. Como uma criança não pode ser objeto de contrato, o negócio seria nulo por ilicitude do seu objeto, conforme disposição do artigo 104,II do Código Civil. Também poderia ser configurado ilícito penal, que pune dar parto alheio como próprio e registrar em seu nome filho de outrem, conforme Código Penal artigo 242.

A maternidade de substituição, por sua vez, tem o condão de desestruturar o conceito de filiação, no sentido que permite uma total dissociação das etapas do processo de procriar que engloba: conceber, gerar e ser mãe.



Convivem de forma antagônica duas figuras potenciais para a maternidade: a mãe biológica – que forneceu o aparato genético para a geração do embrião e a mãe portadora – que fornece o aparato orgânico para que esse embrião se desenvolva: o útero, os hormônios, o calor, o aconchego, a nutrição, entre outros.

Instaura-se assim um poderoso conflito: qual das duas será a “verdadeira” mãe do novo ser que está sendo gerado?

O Código Civil tratou a questão da presunção de filiação nas diversas modalidades de reprodução assistida: homologa e heterologa, mas não considerou a hipótese da fertilização **in vitro** e consequente maternidade de substituição, levando-se em consideração ser este o procedimento que mais traz dissentimentos na ordem jurídica em matéria de direito de família. Nesse processo de reprodução que envolve duas mães, uma biológica e outra hospedeira, são constantes as indagações de ordem ética, moral e, principalmente muitos são os questionamentos a respeito do estabelecimento da filiação.

De acordo com o disposto pelo artigo 1597 do Código Civil, todo e qualquer filho gerado na vigência do casamento, (ou quando observados os prazos estabelecidos em lei quando da separação), seja por meio natural ou artificial, será considerado como de ambos os cônjuges, não havendo distinção entre a técnica homóloga ou heteróloga.

Diante do exposto, como compreender que o fato de uma criança ter sido gerada por uma das técnicas de reprodução assistida, altera sua condição filial pois, havendo o casamento toda e qualquer criança gerada na sua

constância será presumida como descendente de ambos os integrantes dessa relação.

A legislação brasileira determina a maternidade pela gestação e pelo parto como dispõem os artigos 7º da Constituição Federal e 242 do Código Penal.

Entretanto, a tendência contemporânea em matéria de filiação pauta-se no princípio da socioafetividade em detrimento da parentalidade biológica, além do precípua interesse do menor, assim como a supremacia do seu bem-estar.

Por via de consequência, qual seria no direito pátrio a viabilidade de estabelecimento de um contrato de gestação visando sedimentar os tramites para a realização da maternidade substituta? Teria alguma eficácia? realizado em muitos casos de maternidade substituta, se contar com compensação financeira não terá validade, sendo nulo, por ser nulo o seu objeto? Seria correto defini-lo como um contrato de locação de coisa ou de serviços?

Qual a natureza jurídica do contrato de gestação? Locação, prestação de serviço, compra e venda, uma modalidade autônoma de contrato sem correlação com outras formas definidas como os transplantes.

No direito estrangeiro, encontramos o seguinte posicionamento: Na França, a mãe legal é aquela que deu à luz ao recém-nascido. O parto é um dos elementos determinantes da filiação. Desta forma, o pai será seu marido ou companheiro. À luz do art 2º da lei francesa de nº 94-653 de 22.7.1994, que nega validade aos pactos de gestação de substituição, tendo adicionado ao art 16 do Código Civil

francês “toda convenção sobre a procriação ou gestação em terceiros é nula”.

Na Alemanha, todos os contratos de gestação de substituição são nulos, assim como se proíbe o procedimento médico que leva à gestação subrogada. Caso nasça a criança a mãe será sempre a que deu à luz.

Na Inglaterra, não há proibição expressa dos contratos de gestação, mas a mulher que deu à luz é considerada mãe e a que forneceu o material genético será somente mãe por adoção. Aqui foi realizado o relatório Warnock em 1982, fruto do comitê de inquérito sobre fertilização humana e embriologia, que veda a realização comercial dos pactos de gestação, bem como a negociação e a facilitação desses acordos, sendo vedada a divulgação de oferta desses pactos.

A Espanha regulamentou a matéria de reprodução assistida por meio da lei 35 de 22.11.1998, entendendo nulo o contrato de gestação, com ou sem preço, a mãe será também a que deu à luz, permite, porém, a doação voluntária e altruísta de células germinativas.

Segundo os ditames do direito Português mãe é a que deu à luz, conforme disposição do art 1796 do Código Civil. Entende-se nulo o contrato de gestação por ser ofensivo à ordem pública e aos bons costumes, a transferência de domínio do filho a ser gerado é atentatória à dignidade da pessoa humana, à luz do artigo 280,n.2º do Código Civil português, poderia entretanto, a mãe portadora entregar o filho em adoção ao casal detentor do patrimônio biológico após o decurso de um mês após o parto.

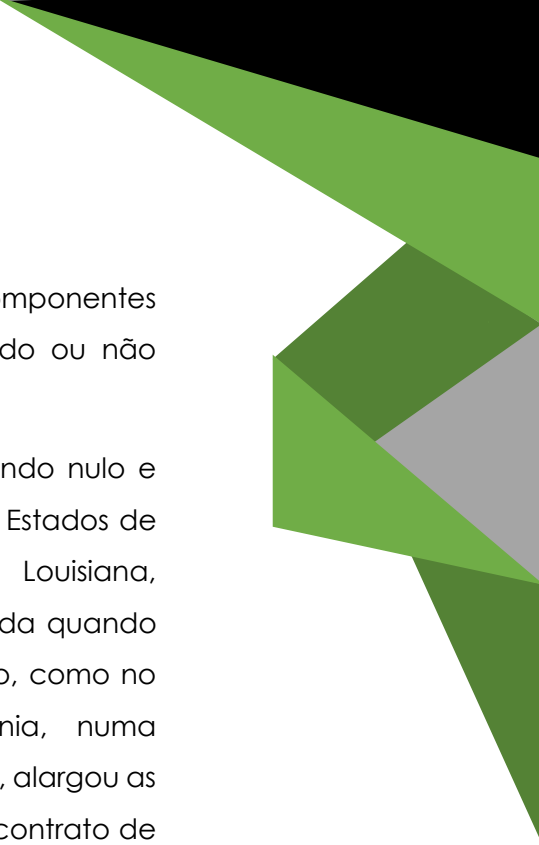
Mostram-se desfavoráveis aos acordos de gestação em Portugal, sobretudo quando envolvem uma contra-prestação pecuniária, devendo ser objeto de regulamentação legal os limites das intervenções sobre o patrimônio genético.

A legislação italiana não trata especificamente do tema, embora o projeto de Lei 3801 em seu art 12 defina que a mulher que deu à luz será considerada mãe.

A Resolução do Parlamento Europeu de 16.3.1989,n.11,pune e rejeita toda e qualquer forma de maternidade de substituição, proibindo inclusive, empresas exerçam tal atividade.

Na Índia, são permitidos os contratos de gestação por substituição, inclusive na modalidade onerosa Tal regulamentação se da pela Lei de Tecnologia de Reprodução Assistida de 2010, sendo que as gestantes de substituição devem ter entre 21 e 35 anos e não podem doar os seus próprios óvulos para o procedimento. Não podem ter mais do que cinco partos incluído os de seus próprios filhos, e devem renunciar aos direitos da criança. Os pais contratantes devem ser casados e a prática deve ser permitida no país em que vivem.

Nos Estados Unidos os acordos gestacionais estão regulamentados no Ato Uniforme sobre Ascendência, ou Uniform Parentage Act de 2002, que visa uniformizar as questões atinentes à filiação em caos de reprodução assistida e estabelece, inclusive que o contrato gestacional pode estabelecer pagamento como recompensa (Seção 801, art. 8º, e).

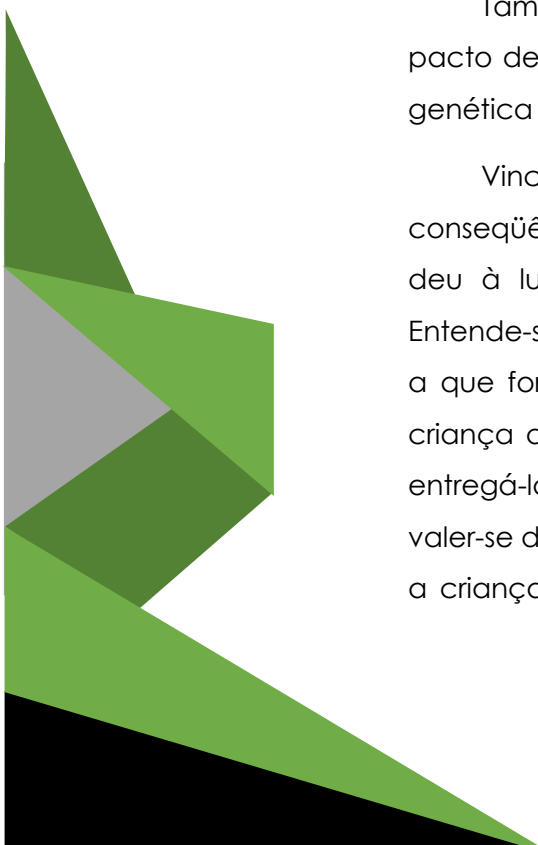


Ressaltamos, entretanto, que os Estados componentes dos USA possuem autonomia legislativa, podendo ou não adotar as disposições do Uniform Parentage Act.

Entende-se ainda em sua maioria como sendo nulo e não executável esse tipo de contrato, como nos Estados de Arizona, Indiana e North Dakota, Kentucky, Louisiana, Nebraska, Utah e Washington; criminalizando ainda quando da presença do elemento pecuniário na questão, como no Estado de Michigan. O Estado da Califórnia, numa interpretação extensiva do Uniform Parentage Act, alargou as possibilidades de parentalidade para ali incluir o contrato de gestação.

No caso concreto, algumas decisões foram proferidas quando duas mulheres podem provar a maternidade, o conflito é resolvido em favor da mulher que teve a intenção de ser mãe conforme o expresso no contrato de gestação, tendo em vista o precípua bem-estar do menor, observada, entretanto, a força do vínculo contratual.

Também para a lei brasileira mãe é quem dá à luz. O pacto de gestação não tem o poder de transformar a mãe genética não gestante em mãe.



Vincula-se em face do exposto, a maternidade e suas conseqüências em matéria de filiação à mãe que gestou e deu à luz à criança, independente de carga genética. Entende-se por verdadeira mãe é aquela que deu à luz, assim, a que forneceu o material genético, genitrix, ficará com a criança apenas se a que gestou, gestatrix, voluntariamente entregá-la em adoção. A contratante, genitrix, não poderá valer-se da convenção para obrigar a contratada a entregar a criança, porque o objeto do acordo é ilícito, contraria a

moral e os bons costumes, pois trata a pessoa como um objeto, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, inócuo se demonstraria a realização desse procedimento como curativo da infertilidade do casal bem como nulo o contrato que disponha sobre bens da personalidade por serem estes indisponíveis.

Há que se esclarecer que a prática de maternidade de substituição pode dar ensejo a dois tipos de conflitos: positivo e negativo, neste tanto a mãe biológica, quanto a mãe gestacional, se dizem mães da mesma criança; naquele nenhuma delas tem interesse na maternidade.

Segundo alguns doutrinadores, a problemática se torna maior quando o conflito é negativo, pois a ausência de interesse de qualquer das partes levará à necessidade de, inicialmente, atribuir-se a guarda da criança a uma terceira pessoa, enquanto aguarda-se a decisão judicial da maternidade. Mas, não menos desafiador, seria decidir a guarda da criança no conflito positivo, visto que de um lado existe a mãe biológica, que além de fornecer o elemento gerador, o óvulo, passa nove meses alimentando o desejo da maternidade, e muitas chegam a desenvolver todos os sintomas de uma gravidez normal -gravidez psicológica. Do outro lado, está a mãe gestacional, por nove meses se empenha na criação e proteção do novo ser. Posiciona-se assim o direito diante de uma difícil questão que envolve direitos fundamentais contrapostos".

De acordo com a visão contemporânea da família e da filiação, que privilegiam a socioafetividade, as conquistas obtidas pela verdade biológica foram preteridas nos processos de reprodução assistida.

“O direito da filiação não é somente o direito da filiação biológica, mas é também o direito da filiação querida, da filiação vivida, tendo em vista sobretudo o interesse da criança”.

O Simpósio Internacional sobre a Bioética e os Direitos das Crianças, organizado pela Associação Mundial dos Amigos das Crianças —AMADE e a UNESCO, realizado em Mônaco, de 28 a 30 de abril de 2000 ao considerar que “quando houver diferença de interesses, o interesse da criança deve, em princípio, prevalecer sobre o do adulto”.

Entendemos finalmente que a maternidade de substituição em si encerrada em um pacto, não fere em nome dos nobres objetivos que a motivaram, a moral e os bons costumes. Entretanto, nula seria a convenção firmada, pois o objeto do contrato ultrapassa em sua essência os limites interpostos pela lei, como prevê o art. 104 do CC. Em face dos princípios constitucionais atinentes a dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e admitindo-se que à luz da lei civil, mãe é aquela que gera, como dispõem os artigos 10,24 do ECA, não podendo por força contratual ser-lhe retirado esse status, por ser este um direito personalíssimo e como tal imprescritível, indisponível, inestimável, irrenunciável por força de lei, nem sofrer o seu exercício limitação voluntária, tal como dispõe o artigo 11 do Código Civil.

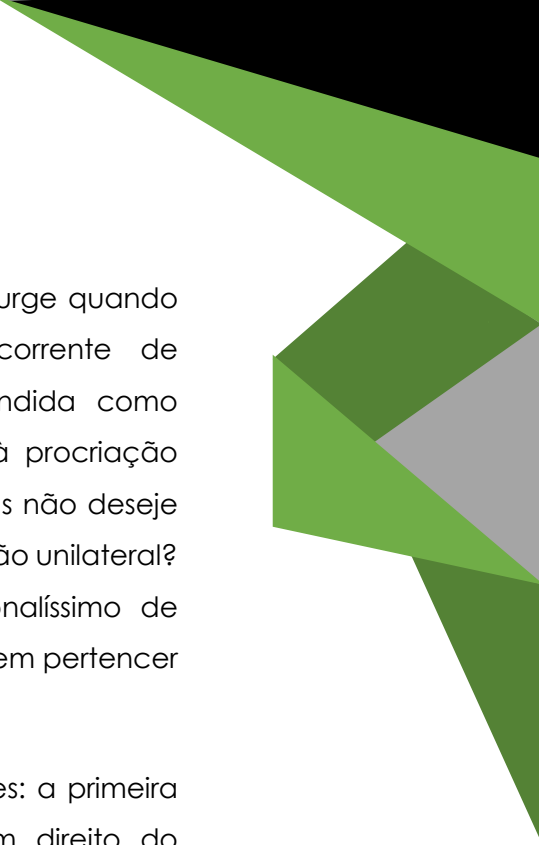
Assim, torna-se inócuo o contrato de gestação, pelo objeto ilícito. A identidade genética, embora também um direito personalíssimo, tem ficado relegada em segundo plano em matéria de filiação medicalmente assistida por maternidade subrogada, tendo em vista a crescente

valorização da socioafetividade e do bem-estar do menor nas sociedades contemporâneas.

Uma solução intermediária adotou o direito brasileiro, transferindo para o parentesco preexistente a viabilidade dessa forma de filiação, mediante a obrigação de gratuidade do pacto de gestação e anterior vínculo parental até segundo grau, entendendo nessa prática uma intervenção curativa da infertilidade do casal que não ferirá a moral e os bons costumes.

Além dos dilemas emocionais que envolvem a gestação subrogada, também a falta de legislação específica dificulta o registro das crianças geradas nesse processo. Entendemos também que se faz necessária uma alteração na lei dos registros públicos para regular essas questões. Via de regra o processo registral deverá vir acompanhado com o laudo médico de indicação terapêutica para o procedimento, parecer do órgão de classe subjacente, cópia do termo de consentimento informado do doador de material genético e da cedente do útero e de seu marido ou companheiro, se for casada ou viver em união estável, declaração de nascido vivo do bebê, além dos documentos identitários dos pais – documentos que devem ser preparados durante a gestação.

Além destas práticas, a formação da família na sociedade biotecnológica conhece uma outra modalidade: a família unilinear, onde a mulher solteira, tendo acesso às técnicas de reprodução assistida procria, dando à luz um ser que contará apenas com o parentesco estabelecido pelo lado materno, pois a Resolução n. 2168/17 do CFM e a RDC n. 33 da ANVISA, prevêm o anonimato do doador de material genético.

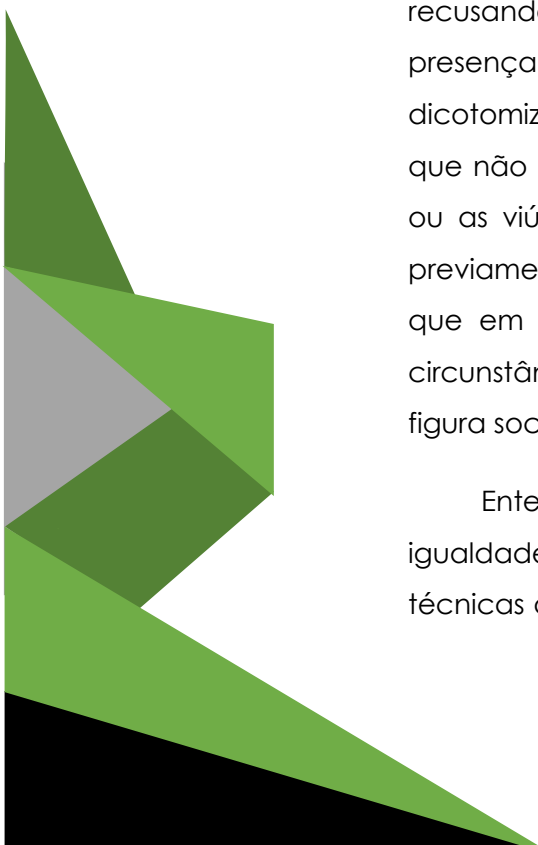


Assim, uma questão bastante controversa surge quando da formação da família monoparental decorrente de inseminação artificial de mulher solteira, entendida como família unilateral ou unilinear. Poderá recorrer à procriação assistida o indivíduo que deseja a procriação mas não deseje formar um casal, assim como a lei permite a adoção unilateral? Surge então um conflito entre o direito personalíssimo de constituir sua prole e a problemática do novo ser em pertencer a uma família não convencional.

Para tal questão fazemos duas ponderações: a primeira de que a adoção unilateral mais do que um direito do adotante, vem sendo admitida na lei o interesse preponderante do adotado, que passaria efetivamente a possuir uma família, um lar, com o resguardo dos interesses eventuais da família biológica (à luz dos artigos 43, 45, 46 do ECA e artigo 1625 do Código Civil).

A segunda refere-se explicitamente ao acesso das mulheres solteiras à técnica da reprodução assistida, recusando-se a envolver na decisão da maternidade a presença de um homem que viabilizasse o processo. Daqui dicotomizam-se duas situações: os casos das mulheres solteiras que não mantém nenhuma ligação estável com um homem, ou as viúvas que pretendem ser fecundadas com o sêmen previamente conservado de seu marido morto. É válido ressaltar que em qualquer dos casos o resultado pretendido traz a circunstância comum de o filho nascer com a ausência da figura social do pai, por decisão unilateral da mulher.

Entendemos que o reconhecimento do princípio da igualdade não admite negar à mulher solteira o acesso às técnicas de reprodução assistida, assim como o planejamento



familiar é um direito protegido constitucionalmente no artigo 226§ 7º do nosso Diploma Maior, desde que o interesse do menor seja protegido e o genitor possa fornecer ao menor as condições necessárias ao seu desenvolvimento.

No Brasil a única norma existente para regular a reprodução assistida é a Resolução 2168/17 do CFM que permite que qualquer mulher capaz, de livre e espontânea vontade, independente de sua orientação sexual pode submeter-se às técnicas reprodutivas.

A mesma Resolução assegura o sigilo do doador e obriga a instituição que promove a inseminação a armazenar os dados referentes aos aspectos clínicos e genéticos do doador como a existências de patologias, anomalias hereditárias, entre outros, da mesma forma que assegura o sigilo da identidade da receptora e do nascituro; pois analogamente à adoção que rompe todos os vínculos com a família biológica em nome do princípio da segurança da família constituída, também nas hipóteses de gravidez por inseminação heteróloga o mesmo princípio está em jogo, ficando o doador distante da relação familiar por que desta não faz parte.

Existe ainda outra intrincada prática referente à formação da família na pós-modernidade, referente ao emprego das técnicas de reprodução assistida: **a inseminação artificial de pessoas do mesmo sexo e nos estados intersexuais.**

Reflexos jurídicos e bioéticos também são encontrados quando do acesso à reprodução assistida na família formada por pessoas do mesmo sexo e nos estados intersexuais.

A mesma Resolução 2168/17 do CFM possibilitou à mais pessoas se beneficiarem com as técnicas independente de sua orientação sexual ou estado civil.

No que tange à reprodução artificial dos homossexuais masculinos esta poderia dar-se de duas formas: através da utilização do material genético de um dos parceiros com óvulo de doador e útero subrogado (o óvulo e o útero podem ou não pertencer à mesma mulher). A questão ficaria pautada nos seguintes termos: a mãe seria a gestatrix e o pai o doador de material genético, ao outro parceiro a filiação poderia ser estabelecida por adoção – conforme o caso.

Fala-se ainda na gestação masculina – ectópica- com utilização de óvulo de mulher doadora. Suscita está prática íntimos debates nas ciências médicas devido ao fato desta modalidade gestacional dificilmente chegar a termo e importar grandes riscos para o homem gestante.

Quando as parceiras forem mulheres, o panorama altera-se um pouco devido ao fato da possibilidade de gestação. Uma técnica viável do ponto de vista clínico é a mistura do DNA do núcleo de ambas in vitro e a conseqüente fertilização da outra, que será a mãe aos olhos da lei. A companheira doadora não gestante deverá socorrer-se da adoção para estabelecer o vínculo parental.

Prevê a Resolução 2168/17, II, 3 do CFM que “ é permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira”.

É válido ressaltar que estas técnicas não têm respaldo legal no Brasil, nem em diversos países do mundo, sendo por outro lado legalizadas em países como a Espanha e a Holanda.

No caso do acesso às técnicas de reprodução artificial por indivíduos transexuais, estas apresentam algumas peculiaridades: O transexual que doa seu material genético para posterior fecundação perderá seus efeitos parentais, dado o anonimato do doador previsto em lei, exceção feita para o casal transexual casado ou convivente que tenha doado seu material genético para que fosse realizado sua fecundação post mortem. Neste caso, teria o filho direito ao nome do pai segundo seu sexo originário.

Diante da modernidade do tema e da inesgotável gama de situações que suscita, fala-se já na atualidade na flexibilidade do anonimato do doador, pois o desenvolvimento biotecnológico proporcionou o acesso à técnicas modernas em matéria de transplantes, transfusão e outras práticas médicas que impõe compatibilidade histológica. A Resolução n. 2168/17 do CFM prevê esta hipótese no item IV,4 quando refere “em situações especiais as informações sobre doadores, por motivação médica podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador”.

Vemos assim, que a evolução político, social e costumeira que conheceu a humanidade, atendendo á uma multiplicidade de valores emergentes, vem valorizando cada vez mais a possibilidade da realização pessoal na reprodução humana.