

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

NATACHA BEZERRA BRASILINO

**ASPECTOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA:
Direito ao conhecimento da origem genética do filho concebido e Direito à privacidade
do doador do material biológico**

Recife
2010

NATACHA BEZERRA BRASILINO

**ASPECTOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA:
Direito ao conhecimento da origem genética do filho concebido e Direito à privacidade
do doador do material biológico**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução
Cristã como requisito parcial de obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídicas
Orientadora: Prof.^a Renata Andrade Othon Lacerda

Recife
2010

Ficha catalográfica
Elaborada pela biblioteca da Faculdade Damas da Instrução Cristã

Brasilino, Natacha Bezerra.
B823a Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida: direito ao conhecimento da origem genética do filho concebido e direito à privacidade do doador do material biológico / Natacha Bezerra Brasilino. - Recife, 2010.
121 f.

Orientador: Prof.^a Dr.^a. Renata Cristina Othon Lacerda Andrade.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2010.
Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Reprodução humana assistida. 3. Direitos fundamentais. 4. Direito à privacidade. I. Andrade, Renata Cristina Othon Lacerda. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2010-0015)

Natacha Bezerra Brasilino

ASPECTOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA:

Direito ao conhecimento da origem genética do filho concebido e Direito à privacidade do doador do material biológico.

DEFESA PÚBLICA em Recife, 14 de dezembro de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientadora Prof.^a Renata Andrade Othon Lacerda

1º Examinador: Prof. José Mário Wanderley

Nota: 10,0

Dedicalória

Aos meus pais, Silvia e José Brasilino, pilares da minha vida, cujo apoio incondicional me fez ser quem sou.

Ao meu irmão, Igor Brasilino, por sua retidão de caráter e auxílio em manter-me no caminho correto.

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo, agradeço a Deus, que na sua infinita bondade me permitiu concluir mais um curso superior, caminhando ao meu lado e retirando dos meus ombros o peso que eu não conseguiria suportar.

Aos meus pais, por não medirem esforços e acreditarem em cada investimento em mim depositado. Pelo amor, carinho, compreensão e fé de toda uma vida.

Ao meu irmão, mais que irmão, um amigo constante, de quem recebo sempre sábios conselhos.

A Samanta, pelos carinhosos abraços em cada chegada, onde o amor se realiza de maneira inexplicável.

À Faculdade Damas da Instrução Cristã, apêndice da minha segunda casa, o Colégio Damas, onde vivi minha infância, adolescência e juventude. O bom filho a casa retorna.

Ao Professor e Coordenador do Curso de Direito, Dr. Cláudio Brandão, por sua coragem, dedicação, profissionalismo e competência. Mestre que com seus esforços nos proporcionou ensino de excelência.

À Professora Renata Andrade, pela atenção e válidas sugestões para conclusão deste trabalho.

Ao Professor Francisco Cavalcanti, profissional admirável, em quem me espelho, com o desejo de um dia alcançar ao menos parte de sua sabedoria.

Ao corpo docente da Faculdade Damas, pelo conhecimento transmitido. Em especial, aos que se tornaram verdadeiros amigos: Danielle Spencer, Luciana Medeiros, Belize Câmara, Leonardo Siqueira, Guilherme Jordão, Ricardo de Brito, Érica Babini, Ana Clara, Marina Adeodato. Vocês foram capazes de cumprir a árdua tarefa de ensinar e de ter ajudado a ser o que sou, pois ser mestre não é apenas lecionar. É, também, ser instrutor, guia e companheiro.

Aos colegas de turma, que suportaram juntos os cinco anos dessa caminhada. E um agradecimento especial àqueles que conquistaram a verdadeira amizade. Aline Maria, Adma Crystine, André Feitosa, Andressa Tavares, Cleidenaldo Santos, Danielly Nascimento, Edilázio Wanderley, Epaminondas Neto, Úrsula Ribeiro. As suas presenças facilitaram tudo.

A Marília Gabriela e Tamiris Fernandes, amigas, cúmplices e parceiras em todas as situações. O que partilhamos ao longo desses anos ficará para sempre gravado dentro de mim. Amigas especiais que carregarei sempre no coração.

Aos amigos de longas datas, que mesmo distantes deixam as marcas de sua presença. Sempre um refúgio seguro: Karine Nobre, Maria Luiza, Gabriela Seabra, Thiago Teixeira, Paloma Calábria, Mirna Calábria, Cristiane Gessari, Dario Umanzor.

Aos funcionários desta Faculdade, reconheço o valor do seu trabalho diário, e, em especial, a Fernanda Suassuna, ser humano de extrema delicadeza, muito obrigada por muitas vezes simplesmente me ouvir.

Epígrafe

“Não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não se deixe ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar”.

(Charles de Montesquieu)

RESUMO

Desde tempos remotos existe a preocupação com a fecundidade, visto ser inerente à condição humana o desejo de preservação da espécie. Os avanços tecnológicos na área da Medicina foram cruciais em tema de reprodução humana assistida (RHA) e permitiram a superação de impossibilidades físicas e fisiológicas da gestação ao dissociar a reprodução da sexualidade. Consiste, basicamente, em um conjunto de técnicas, praticadas pela classe médica, que tem como principal objetivo viabilizar a gestação, seja por uma deficiência da mulher, do homem ou de ambos. Em consequência da revolução tecnológica nesta seara, inúmeras questões éticas, religiosas e filosóficas surgiram, as quais reclamam atenção aos juristas pátrios, com o intuito de eliminar, ou ao menos minimizar, eventuais prejuízos aos direitos fundamentais dos indivíduos. Na modalidade heteróloga, em que se utiliza gametas provenientes de um terceiro estranho à relação do casal, é plenamente possível uma colisão autêntica entre direitos fundamentais dos sujeitos envolvidos. É o que ocorre entre o direito ao conhecimento da origem genética do filho concebido por meio das técnicas de RHA e o doador do material genético que pretende permanecer no anonimato, fundado na tutela ao direito da privacidade. Esses direitos fundamentais contrapostos podem, como quaisquer outros, ser relativizados no plano concreto por meio de ponderação proporcional, tal qual ocorre no conflito entre princípios. A ausência de norma legal no Brasil suscita a análise do direito comparado para, ao fim, realizar-se o sopesamento dos valores envolvidos, com o objetivo de buscar a máxima efetividade de ambos os direitos.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida heteróloga, direitos fundamentais, direito ao conhecimento da origem genética, anonimato, direito à privacidade.

ABSTRACT

Since ancient times there has been a concern regarding fecundity due to the human's inherent instinct to preserve its own specie. Technological advances in Medicine were crucial in the Assisted Human Reproduction (AHR) field; it made possible to overcome physical and physiological disabilities during gestation by dissociating the reproduction from sexuality. Basically, it consists of a set of techniques, utilized by medical professionals, in which the main objective is to enable a gestation impaired by disabilities from the man and/or the woman. As result of the technological revolution in this area, innumerous ethical, religious and philosophical issues emerged and are requiring the attention of Brazilian's jurists in order to eliminate or at least minimize any damage to the fundamental right of individuals. In the Assisted Heterologous Reproduction, in which gametes from a third party outside from the couple's relationship is utilized, the potential for a violation of the fundamental rights of the parties involved is very high. Such case occurs when a child, conceived by AHR techniques, decides to exercise his or hers rights to know his or hers genetic origins and the donor of the genetic material decides to exercise his rights to remain anonymous based on the tutelage to the right of privacy. The conflict between these fundamental rights can be eliminated by partially sacrificing these rights by means of balancing, a process used to resolve conflicts between principles that are based upon values and not validity. The absence of a legal norm in Brazil results on an analysis of the compared law with the intent to optimize the efficiency for both rights by balancing the values involved.

Keywords: Heterologous assisted human reproduction, fundamental rights, genetic origin, anonymous, right of privacy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1: A FAMÍLIA E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	11
1.1 A reprodução humana.....	11
1.2 A entidade familiar.....	14
1.3 A reprodução humana assistida.....	17
1.3.1 Breve histórico.....	17
1.3.2 Conceito.....	24
1.3.3 Técnicas de reprodução humana assistida.....	26
1.3.3.1 Quanto à origem do material genética: homóloga ou heteróloga.....	26
1.3.3.2 Quanto ao procedimento.....	28
1.3.3.2.1 Inseminação ou fecundação artificial.....	28
1.3.3.2.2 Fecundação ou fertilização <i>in vitro</i>	28
1.3.3.2.3 Transferência intratubária de gametas.....	29
1.3.3.2.4 Transferência intratubária de zigoto.....	30
1.3.3.2.5 Micro injeção intracitoplasmática.....	30
1.3.3.2.6 Maternidade de substituição.....	30
1.3.3.2.7 Outras técnicas.....	31
1.3.4 Aspectos éticos.....	31
1.3.5 Aspectos religiosos.....	34
1.3.6 Aspectos jurídicos.....	37
CAPÍTULO 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS SUJEITOS ENVOLVIDOS NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA.....	41
2.1 Desenvolvimento e caracteres dos direitos fundamentais.....	41
2.2 Direito ao conhecimento da origem genética.....	58
2.3 Manutenção do anonimato do doador.....	69
CAPÍTULO 3 DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA DO SER HUMANO GERADO VS. DIREITO À MANUTENÇÃO DO ANONIMATO DO DOADOR.....	74
3.1 Colisão entre direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.....	74
3.2 A reprodução humana assistida e a intervenção do direito.....	90
3.3 A reprodução humana assistida e o direito comparado.....	95
3.3.1 França.....	96
3.3.2 Suécia.....	97
3.3.3 Espanha.....	97
3.3.4 Alemanha.....	99
3.3.5 Estados Unidos.....	99
3.3.6 Portugal.....	100
3.4 A reprodução humana assistida no Brasil: realidade e futuro.....	101
CONCLUSÕES.....	109
REFERÊNCIAS.....	115

INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos permitiram que os seres humanos contornassem as impossibilidades físicas e fisiológicas da gestação ao dissociar a reprodução da sexualidade por meio de técnicas médicas que utilizam gametas do próprio casal interessado ou de um terceiro desconhecido. Essa dinâmica social suscita inúmeras questões éticas, religiosas e filosóficas, as quais reclamam pela atenção dos juristas pátrios, de modo a respondê-las satisfatoriamente, a fim de eliminar, ou ao menos minimizar, eventuais prejuízos aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Destarte, em sede de reprodução humana assistida heteróloga, o presente trabalho monográfico pretende contribuir com um dos problemas criados pela revolução tecnológica na área: **a necessária ponderação entre direitos fundamentais em conflito dos sujeitos envolvidos**. De um lado, o direito de o filho concebido por meio de assistência médica conhecer suas origens genéticas, a fim de ter acesso pleno a seu direito fundamental de possuir uma identidade pessoal e, de outro, o direito do doador do material biológico, que prestou auxílio, mas não desejou a paternidade, de permanecer no anonimato, como tutela de seu também direito fundamental à privacidade.

A obra teve por suporte a pesquisa bibliográfica, consubstanciada em livros e artigos científicos doutrinários, bem como em uma escassa produção jurisprudencial brasileira. Em razão disso, mostrou-se igualmente útil o direito comparado, visto que, diferentemente do Brasil, vários Estados estrangeiros já possuem atos normativos emanados de seus respectivos Poderes Legislativos. Ademais, o interesse brasileiro acerca do tema ficou demonstrado por meio de Projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional, mas ainda não lograram êxito na aprovação parlamentar.

A relevância da abordagem proposta reside no fato de ser crescente o número de casais com problemas de infertilidade que buscam as técnicas de procriação artificial para satisfazerem o desejo íntimo da maternidade e da paternidade. Além disso, à medida que os casos concretos chegarem aos órgãos do Judiciário, a este não será permitido furtar-se da função de solucioná-los com fundamento em lacuna na lei, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição e proibição do *non liquet*.

O desenvolvimento do trabalho se perfez em três capítulos. O primeiro deles se encarregou de tratar da reprodução humana assistida: a motivação por sua demanda; a nova noção de entidade familiar que legitima a relação criada pela socioafetividade; o breve

histórico do desenvolvimento científico, até a geração do primeiro bebê de proveta, Louise Brown; o conceito propriamente dito e as principais técnicas utilizadas para o sucesso da gestação; e, por fim, alguns dos relevantes aspectos religiosos, éticos e jurídicos que envolvem a reprodução humana assistida.

O Capítulo 2 debruçou-se sobre os direitos fundamentais de modo geral e sua respectiva afirmação histórica. Buscou-se demonstrar, sobretudo, que representam direitos históricos e por isso são criados, ampliados e modificados ao longo do tempo, bem como rejeitar o rótulo de absolutos, visto que, em razão de sua heterogeneidade própria, podem ser postos em situação de conflito, em que um deve ceder lugar a outro igualmente protegido pela ordem constitucional. Em seguida, de forma específica, os direitos ao conhecimento da origem genética e da manutenção do anonimato, como decorrência do direito à privacidade, foram alçados à categoria de fundamentais, sem haver, portanto, qualquer espécie de hierarquia para fins de tutela jurídica.

Com o Capítulo 3 chega-se ao ponto fulcral do trabalho. Com base nas premissas levantadas no capítulo anterior, fundamenta-se a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais, que a tudo se assemelha à colisão entre princípios, assentada no plano dos valores e não da validade. A necessidade de harmonizar os direitos em conflito baseia-se no princípio da máxima efetividade da Constituição e tem no princípio da proporcionalidade seu principal instrumento. A reflexão promovida pela análise do direito comparado, da Resolução nº 1.359/92, do Conselho Federal de Medicina, único documento de caráter normativo em vigor no Brasil, e dos Projetos de Lei em tramitação permitiram, ao fim, a realização de uma ponderação racional de modo a evitar sacrifícios desnecessários sobre os direitos ao conhecimento da origem genética e à privacidade, representada pelo sigilo, na reprodução humana heteróloga.

CAPÍTULO 1 A FAMÍLIA E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

1.1 A reprodução humana

De início, cumpre ressaltar que o Poder Legislativo brasileiro ainda não produziu qualquer legislação que regulamente nacionalmente e com normatividade vinculante a questão da Reprodução Humana Assistida (RHA). A sociedade conta apenas com a Resolução nº 1.358 de 11 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina (CFM), norma de natureza deontológica. Ademais, a jurisprudência a respeito é escassa e, portanto, o desenvolvimento do presente trabalho socorre-se da doutrina, das normas éticas estabelecidas pelo CFM e do direito comparado, cuja ordem jurídica já se manifestou a respeito.

A reprodução humana é tema recorrente na humanidade, pois contém fortes componentes religioso, moral e ético. Ademais, o desejo de prole consiste em um instinto herdado e a reprodução representa um objetivo essencial da vida, implícito prematuramente nos processos de socialização.

De fato, desde os primórdios existe a preocupação com a fecundidade, visto ser inerente à condição humana o desejo de preservação da espécie. Por conseguinte, nas mais diversas sociedades, a possibilidade de procriar e constituir família sempre representou uma virtude, enquanto que a infertilidade consistia em objeto de repúdio¹. O próprio Livro Sagrado dos cristãos revela a importância da perpetuação humana:

[...] Deus criou o homem a sua imagem; à imagem de Deus ele o criou, criou-os macho e fêmea. Deus os abençoou e lhes disse: -“Sede fecundos e prolíficos, enchei a terra e dominai-a. Submetei os peixes do mar, os pássaros do céu e todo o animal que rasteja sobre a terra!”².

E conforme Alberto Barros, ao longo da história

[...] a fertilidade sempre foi fundamental para a sobrevivência das populações e, por isso, socialmente aceita e encorajada, a infertilidade era, pelo contrário, considerada como uma doença vergonhosa, até mesmo uma maldição dos deuses, que era necessário conjurar com rituais religiosos e mágicos, sendo sobretudo a mulher

¹ PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JUNIOR, José Gonçalves. Reprodução Assistida. In: FERREIRA *et al* (Coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 114.

² BÍBLIA. Português. **A Bíblia**. Tradução Ecumênica. São Paulo: Edições Loyola, 1996, Gênesis, 1:27-28.

quem, em regra, era inculpada e muitas vezes desprezada, odiada e maltratada pela circunstância de não ter filhos³.

No que concerne à formação de um ser, é possível se afirmar que até o século XVII era indispensável a vontade do Criador. Assim, a geração de cada espécie, seja animal ou vegetal, não tinha origem no passado, mas sim se configurava em um fenômeno único e isolado. Portanto, da Antiguidade ao Renascimento não consta registro de grandes alterações no conhecimento do mundo sobre o tema. A palavra e o conceito de reprodução só surgem no final do século XVIII, para designar a formação dos corpos vivos, e são frutos de uma mudança de paradigma científico. No século XIX, o cientista Charles Darwin elaborou a sua famosa teoria da evolução das espécies, segundo a qual a diversidade das espécies seria resultado de uma seleção natural e, no mesmo período, Gregor Mendel, conhecido como o pai da genética, através de experimentos com ervilhas, constatou a existência de variações na população, cujas características poderiam ser transmitidas de uma geração à outra (hereditariedade)⁴.

“Um entre cada seis casais no mundo ocidental apresenta problemas de fertilidade e para 20% desses, o único modo de tratamento é a reprodução assistida”⁵, segundo pesquisas científicas. Na mesma linha, Fernández aponta entre 10% e 15% dos casais que não podem ver realizado seu legítimo desejo de conceber descendentes, acrescentando que “a ‘responsabilidade’ biológica por essa esterilidade é dividida entre os dois sexos em partes iguais”⁶.

Sobre essas deficiências reprodutivas que podem acometer os seres humanos, ganha relevância a distinção realizada pelo português Rafael Luís Vale Reis. Segundo o autor, as causas da infertilidade podem ser absolutas ou relativas. No primeiro caso, trata-se de esterilidade, ou seja, o estado em que a gravidez não é conseguida, ultrapassável apenas com recurso às técnicas de RHA, enquanto que, no segundo, trata-se de hipofertilidade e, no caso concreto, pode ser afastada com recurso às técnicas de terapêutica tradicionais⁷.

³ BARROS, Alberto *apud* REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 326-327.

⁴ CHUT, Marcos André. **Tutela jurídica do genoma humano e a teoria do mínimo ético**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 10-13.

⁵ PETRACCO, Alvaro; BADALOTTI, Mariangela; ARENT, Adriane Cristine. *Bioética e Reprodução Assistida*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1.

⁶ FERNÁNDEZ, Javier Gafo. **10 palavras-chave em bioética: bioética, aborto, eutanásia, pena de morte, reprodução assistida, manipulação genética, AIDS, drogas, transplantes de órgãos, ecologia**. Tradução: Maria Luísa Garcia Prada. São Paulo: Paulinas: 2000, p. 147.

⁷ REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 327-328.

Santos e Nunes destacam a impropriedade técnica da doutrina, visto que se costuma utilizar os termos infertilidade e esterilidade como sinônimos. Seguindo classificação diversa, atribuem à infertilidade a completa incapacidade de reprodução e à esterilidade a impossibilidade parcial, em que há normal funcionamento do organismo, com produção de gametas, mas presentes dificuldades na procriação⁸. Não obstante as diferenciações terminológicas e as divergências na classificação das entidades patológicas, os termos serão utilizados como sinônimos, visto ser essa a forma com que comumente a doutrina se refere.

Ainda quanto à terminologia, cumpre ressaltar que tanto a esterilidade, quanto a infertilidade, ou hipofertilidade, expressam um impedimento reprodutivo do casal, ou de um deles, que pode ensejar o recurso à assistência à reprodução. Deste modo, ao longo do trabalho, poder-se-á utilizar quaisquer dos termos mencionados, indistintamente, para expressar a dificuldade na procriação.

Reis aponta, ainda, as principais patologias relacionadas à infertilidade, seja masculina ou feminina:

As patologias directamente associadas à infertilidade são variadas podendo referir-se como as mais comuns: dificuldades na ovulação; problemas estruturais no aparelho reprodutor feminino, nomeadamente nas trompas de Falópio, dificultando a fertilização e a nidação; *low sperm count* e/ou a pouca qualidade dos espermatozóides, problemas de erecção e/ou ejaculação e deficiências nos canais deferentes. Como causas mais indirectas podem apontar-se: intervenções cirúrgicas com influência no aparelho reprodutor, tais como apendicite, metástases ou cistos (as cicatrizes causadas pela intervenção podem afectar o processo de fertilização do óvulo); certas infecções, como a clamídia; a síndrome do ovário policístico e a endometriose. Outras doenças podem determinar problemas de infertilidade, como o diabetes, a epilepsia, os problemas na tiróide, anteriores gravidezes ectópicas e a papeira (no homem)⁹.

Nesse contexto, a RHA surge como um meio útil de satisfazer o desejo efetivo de ter filhos em benefício de um casal com problemas de infertilidade. Deve-se ter em mente, porém, que nem a inseminação artificial, nem a fecundação *in vitro*, tampouco a maternidade por substituição curam a infertilidade que as motivam. São, em verdade, tratamentos paliativos¹⁰.

⁸ SANTOS, Natália Batistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e *post mortem*. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v.41, n.48, jul./dez. 2007, p. 261.

⁹ REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 328.

¹⁰ PERIN JUNIOR, Ecio. Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida em face do meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3510>>. Acesso em: 2 jun. 2010.

1.2 A entidade familiar

É amplamente conhecido que o direito é um fenômeno social e, como tal, deve se adequar às transformações que ocorrem em cada momento histórico da evolução da sociedade. Corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, caso contrário não seria possível a subsistência de qualquer sociedade. Por conseguinte, é possível afirmar que o direito é “um *fato* ou *fenômeno social*; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela”¹¹.

Na tradição do direito de família, o conflito entre a filiação biológica e a socioafetiva sempre se resolveu em benefício da primeira. Apenas recentemente esse quadro começou a se modificar, atraindo a atenção dos juristas no sentido de cogitar seriamente a possibilidade de vínculo familiar fundado na afetividade, como já ocorria em outras áreas do conhecimento a exemplo da Sociologia, da Psicanálise, da Antropologia¹².

A família sempre possuiu papel de destaque na formação e desenvolvimento da sociedade e, por esse motivo, a ordem jurídica dispensa-lhe cuidados específicos. O próprio Estado, no art. 226, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), proclama que a família é a base da sociedade e merece especial atenção.

Ressalte-se que a família goza, inclusive, de proteção internacional, haja vista que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 prevê, em seu art. 16.3 que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Ao longo dos tempos, o conceito de família sofreu consideráveis mudanças em relação à função, natureza, composição e de concepção, sobretudo após o advento do Estado social e, no plano constitucional, as relações familiares passaram a ser interesse do Estado, que ampliou seu âmbito de proteção¹³.

A estrutura de parentesco do mundo ocidental, de tradição romana, funda-se na presunção de paternidade, calcada na legitimidade do casamento, a partir do Código de Napoleão (1804)¹⁴.

¹¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2.

¹² LÓBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **R. CEJ**, Brasília, n.27, out./dez. 2004, p. 48. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/633/813>>. Acesso em: 21 nov. 2010.

¹³ *Idem*, **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.17.

¹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 201.

A evolução da ciência enfraqueceu o papel da presunção de paternidade legítima, cedendo lugar ao poder inquestionável das provas científicas da filiação biológica. O exame de ADN (ácido desoxirribonucleico), que permitiu atingir uma certeza próxima de 100%, reduziu a nada a filiação estabelecida pelo registro de nascimento, por perseguir a verdade biológica, mesmo em detrimento de princípios e formalidades estabelecidos pela lei¹⁵.

A legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX, a família patriarcal, hierarquizada e centrada no matrimônio. Esta concepção da entidade familiar, no entanto, entrou em crise, culminada pelos valores introduzidos pela Constituição Federal de 1988. O novo paradigma atual funda-se na afetividade, em detrimento do aspecto meramente biológico da ancestralidade¹⁶.

Quanto à função atribuída à família, verifica-se que sofreu alterações ao longo da história, apresentando-se como religiosa, política, econômica e de procriação. As duas primeiras funções praticamente desapareceram, restando apenas a sua importância histórica. A função econômica perdeu sua razão de existir porque a família não é mais unidade produtiva, por conseguinte, dispensa a necessidade de maior número de membros. A seu turno, a função de descendência também perde espaço pela existência de grande número de casais sem filhos por opção, não sendo, portanto, um elemento essencial para a configuração da família. Hodiernamente, a família “busca sua identificação na solidariedade (art. 3º, I, da Constituição), como um dos fundamentos da afetividade [...]”¹⁷.

O interesse precipuamente patrimonial que dominou o direito de família tradicional cede espaço aos interesses de cunho pessoal. O centro das destinações jurídicas deve, portanto, ser a pessoa humana, com valorização do ser em detrimento do ter. Este é o ensinamento de Lôbo:

A família tradicional aparecia através do direito patrimonial e, após as codificações liberais, pela multiplicidade de laços individuais, como sujeitos de direito atomizados. Agora, é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista¹⁸.

¹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto, **Direito civil**: famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17. QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 8.

¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.18.

¹⁸ *Idem, ibidem*, p.29.

As inovações trazidas ao direito civil pelo art. 226 e seguintes da CF/88 provocaram intensas modificações em todo sistema jurídico referente às relações familiares. Possibilitou-se atender ao direito fundamental de casar-se ou não, pela escolha da melhor forma de manter união com alguém por quem se nutre vínculos afetivos. O marco inicial foi a inclusão de várias espécies de entidades familiares: estabelecidas pelo casamento, pela união estável, pela monoparentalidade. Destarte, atualmente merece especial atenção do Estado todo e qualquer agrupamento em que as pessoas estejam unidas pela afetividade¹⁹.

As procriações artificiais e os efeitos daí decorrentes subverteram a lógica anterior ao pregar a desconsideração da tão só verdade biológica em proveito de uma verdade afetiva, baseada em um ato de vontade²⁰.

Nesse contexto, os vínculos consanguíneos passaram a ter menor importância que os laços estabelecidos pela afetividade e pela convivência familiar, os quais devem prevalecer quando em confronto com a verdade biológica, salvo se não atenderem ao princípio do melhor interesse da criança ou ao princípio da dignidade da pessoa humana²¹.

A verdade biológica, de um lado, impõe a paternidade, enquanto que a verdade sociológica a constrói, sendo esta construção mais saudável que a imposição. A relação de filiação não se resume, simplesmente, à descendência de genes, mas abrange, preponderantemente, a relação socioafetiva, capaz de suprir o indivíduo em suas necessidades elementares sem desconsiderar o afeto e o amor²².

Deste modo, “o novo comportamento cultural, no tocante à paternidade, insere o mundo moderno em outro contexto social, em que a função de pai deve ser exercida no maior interesse da criança, sem que se atenha à própria pessoa em exercício da referida função”²³.

Com sabedoria, afirma Lôbo:

O estado de filiação constitui-se *ope legis* ou em razão da posse de estado, por força da convivência familiar (*a fortiori*, social), consolidada na afetividade. Nesse sentido, a filiação jurídica é sempre de natureza cultural (não necessariamente natural), seja ela biológica ou não²⁴.

¹⁹ NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Breves considerações em torno do direito de família no contexto dos direitos fundamentais. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v.1, n.46, jul./dez. 2006, p. 113.

²⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 204.

²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: famílias. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30.

²² QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 49.

²³ *Idem, ibidem*, p. 52.

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **R. CEJ**, Brasília, n.27, out./dez. 2004, p. 48. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/633/813>>. Acesso em: 21 nov. 2010.

A família socioafetiva, portanto, constitui a base jurídica para o reconhecimento da filiação decorrente tanto da adoção, quanto das técnicas de RHA heteróloga. A ordem jurídica reconhece, inclusive, a posição igualitária dos filhos havidos em qualquer circunstância (art. 226, § 6º, da CF/88²⁵ e art. 1.593, do Código Civil de 2002 – CC/02²⁶). Portanto, impede-se que o Judiciário considere apenas como real a verdade biológica. Nessa linha, afirma Lôbo que “fazer coincidir a filiação com a origem genética é transformar aquela, de fato cultural e social em determinismo biológico, o que não contempla suas dimensões existenciais, podendo ser a solução pior”²⁷.

1.3 A reprodução humana assistida

1.3.1 Breve histórico

Remetendo-se à Antiguidade, Sauwen e Hryniewicz lembram que a mitologia contém casos de mulheres que engravidaram sem a necessidade do ato sexual. O mito grego de Ates informa que um sonho provocou a ejaculação de Zeus e seu sêmen caiu na terra, gerando o hermafrodita Agstidis. Os outros deuses do Olimpo dele se apossaram e o castraram. Do membro decepado e enterrado nasceu uma amendoeira, cuja amêndoa colhida por Nana, filha do rei Sangário, e colocada em seu ventre fez nascer, dez meses mais tarde, o belíssimo Ates, por quem Agstidis veio a se apaixonar²⁸.

Outro mito grego envolve o nascimento de Perseu, cuja mãe Danae encontrava-se enclausurada para evitar a concepção de um filho que viria a matar o avô e usurpar-lhe o trono. Contudo, Zeus transformara seu próprio sêmen em chuva de ouro e inseminara a moça durante o sono²⁹.

No Brasil, por sua vez, é amplamente conhecida a lenda amazônica do boto, segundo a qual o animal é capaz de engravidar as mulheres que lhe dirigirem o olhar³⁰.

²⁵ CF/88, Art. 226, § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

²⁶ CC/02, Art. 1.593 O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.65.

²⁸ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 85.

²⁹ UEMURA, Bárbara Yuri. **A destinação dos embriões excedentes na fertilização in vitro**. 2003. Monografia – Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Presidente Prudente, p. 16. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/128/131>>. Acesso em: 21 nov. 2010.

³⁰ ALDROVANDI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão. A reprodução humana assistida e as relações de parentesco. **Revista Prática Jurídica**, Brasília, Ano I, n. 7, 2002, p. 35.

Registros históricos da Índia, que datam de 1.000 a.C., demonstram que foi elaborado o Código de Manu, cujos artigos apresentam-se sob a forma de versos, para serem continuamente recitados pelos hindus, como forma de memorização e exercício da fé³¹. Neste Código, já era possível evidenciar a relevância da descendência em virtude da permissão dada ao irmão do marido infértil para coabitar com sua mulher, de modo a conceber-se um filho para o casal. Assim dispunha o Código de Manu, em seu Livro IX, regulando, mesmo que minimamente, a reprodução com auxílio de terceiro³²:

59. Não havendo filhos, a desejada gravidez pode ser obtida pela coabitação da esposa, convenientemente autorizada, com um irmão, ou algum outro parente até sexto grau do marido.

60. Untado com manteiga derretida e em silêncio, o parente encarregado deste mister reunir-se-á durante a noite com a viúva ou mulher casada sem filhos e gerará um (filho) somente; nunca um segundo.

A história da humanidade, destarte, sempre se revelou intensamente preocupada com a questão da fecundidade e, inversamente, temeu o risco da esterilidade, motivo de degradação no grupo familiar e social. Em Roma, por exemplo, “a esterilidade condenava a mulher à mais trágica posição, justificando mesmo o repúdio pelo marido”, o que se tornou “um elemento de rejeição institucionalizada”³³.

Percebe-se ser antiga a observação humana para contornar as impossibilidades naturais da reprodução, que podem ser provenientes de deficiência da mulher, do homem ou de ambos, motivo pelo qual foram criados diversos mitos a respeito e, devido à relevância atribuída à família, eram objeto de tratamento social. A propósito, a Organização Mundial da Saúde (OMS) define infertilidade como doença do sistema reprodutivo caracterizada pela ausência de concepção depois de pelo menos doze meses de relações sexuais não protegidas (tradução livre)³⁴.

As intervenções e experiências que envolvem a reprodução de seres vivos, inclusive de humanos, datam de alguns séculos. Oliveira, porém, alerta para o fato de que não são exatamente conhecidos os passos seguidos pelo desenvolvimento da procriação artificial humana, visto que pesquisas teriam revelado que essa história esteve envolta de

³¹ PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em História**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 163.

³² SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54.

³³ LEITE, Eduardo Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 18.

³⁴ ZEGERS-HOCHSCHILD, F. et al. The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology, 2009. **Human Reproduction**, Oxford, vol. 24, n. 11, 2009, p. 2686.

clandestinidade³⁵. Igualmente, Silva revela que “a investigação sociológica das técnicas de procriação medicamente assistida, principalmente na modalidade heteróloga, demonstra que seu ingresso em muitos países, inclusive no Brasil, se deu de forma clandestina [...]”³⁶. Isso explica algumas divergências de datas encontradas nos trabalhos publicados acerca do tema.

As conquistas científicas obtidas no campo da reprodução humana e da engenharia genética resultaram de um longo processo evolutivo:

[...] remontam aos povos babilônicos e árabes as primeiras referências às origens de inseminação artificial. Tais povos praticaram a polinização em palmeiras a fim de obter maior quantidade e melhor qualidade dos frutos produzidos. Quanto aos mamíferos, é clássica a referência ao ano 1322 como sendo a data em que um árabe de Daifur conseguiu inseminar, com êxito, uma égua com esperma de um cavalo de uma tribo inimiga. E não falta mesmo um autor que afirma que, durante o séc. XIV, os árabes praticaram esta técnica para fecundar as éguas das tribos inimigas com sêmen de cavalos doentes³⁷.

Inicialmente, portanto, as técnicas de reprodução artificial eram utilizadas em vegetais e animais. Apenas em um segundo momento tais técnicas passaram a ser desenvolvidas em seres humanos³⁸.

Para o desenvolvimento do conhecimento relativo à RHA, era crucial a identificação das fases do processo de procriação natural, em especial dos agentes responsáveis pela formação do embrião.

Em carta redigida por Christian Huygens, em 1678, e publicada em Paris, no *Journal des Savants*, há a primeira descrição sobre espermatozoides, com base nas observações de Anton van Leenwenhoek. Em um excerto desta carta, pode-se ler:

Eles são formados de uma substância transparente, os seus movimentos são muito ativos e sua forma é semelhante à forma das rãs antes de seus membros serem formados. Esta descoberta, que foi feita na Holanda pela primeira vez, parece muito importante, e deve dar emprego a todos os interessados na geração de animais³⁹. (Tradução livre).

³⁵ OLIVEIRA, Fátima. **Bioética**: uma face da cidadania. São Paulo: Moderna, 1997, p. 34.

³⁶ SILVA, Reinaldo Pereira e. O exame de DNA e a sua influência na investigação da paternidade biológica. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 85.

³⁷ DIAS, João Álvaro *apud* REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 322.

³⁸ UEMURA, Bárbara Yuri. **A destinação dos embriões excedentes na fertilização *in vitro***. 2003. Monografia – Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2003, p. 15. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/128/131>>. Acesso em: 21 nov. 2010.

³⁹ CLARKE, Gary N. A.R.T. and history, 1678 – 1978. **Human Reproduction**, Oxford, vol. 21, n. 7, 2006, p. 1645.

Foi nessa época, portanto, que, com a invenção do microscópio, o estudo da esterilidade conjugal ganhou foros de cientificidade⁴⁰.

O cientista italiano Lazzaro Spallanzani voltou sua atenção ao sêmen de mamíferos, peixes e anfíbios por volta de 1750. Com seus estudos, foi capaz de mostrar que o contato entre sêmen e o óvulo é essencial para o desenvolvimento de um novo ser. Este foi, possivelmente, o primeiro exemplo de fertilização *in vitro*⁴¹. Esta descoberta abriu caminho para o desenvolvimento das técnicas de RHA, uma vez iniciado o entendimento sobre o fenômeno da fecundação, que, recorrendo-se novamente ao conceito estabelecido pela OMS, consiste na penetração do gameta masculino (espermatozoide) no gameta feminino (óvulo) e combinação de seus materiais genéticos, dando origem ao ovo ou zigoto (tradução livre)⁴².

Os trabalhos de Spallanzani foram, durante algum tempo, mal interpretados, inclusive por ele próprio, pois, ao considerar os espermatozoides como parasitas, atribuía a capacidade de fecundação a algum outro elemento presente no sêmen⁴³.

No início do século XIX, por sua vez, o médico suíço, Jean-Louis Prévost e o cientista francês Jean-Baptiste Dumas deram uma grande contribuição à ciência com os seus exaustivos estudos comparativos, mostrando que os espermatozoides estavam presentes nos testículos de muitos animais. A maioria de seus trabalhos de investigação foi publicada no *Annales des Sciences Naturelles* no período 1821-1830 e, contrariamente à opinião majoritária na época, eles afirmaram que os espermatozoides não eram parasitas, mas, na verdade, eram os agentes ativos da fecundação. Em complemento para desvendar o processo reprodutivo, tem-se que a primeira descrição oficial de folículos ovarianos e do corpo lúteo foi feita por Vesalius, em 1555, enquanto Fallopius, seu aluno, descreveu as trompas em 1562. Novamente, durante o século XIX, Prévost e Dumas fizeram importantes contribuições nesta área, com o seu trabalho em coelhos e cães, durante o qual eles observaram os ovários antes e após o coito. Notaram, ao fim, alterações significativas em elementos ovarianos e,

⁴⁰ PERIN JUNIOR, Ecio. Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida em face do meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3510>>. Acesso em: 2 jun. 2010.

⁴¹ NAKAMURA, Dione Miki. **A filiação frente às técnicas de procriação humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 1999. Monografia – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 22. CLARKE, Gary N. A.R.T. and history, 1678 – 1978. **Human Reproduction**, Oxford, vol. 21, n. 7, 2006, p. 1647.

⁴² ZEGERS-HOCHSCHILD, F. et al. The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology, 2009. **Human Reproduction**, Oxford, vol. 24, n. 11, 2009, p. 2685.

⁴³ CLARKE, Gary N. *op. cit.*, p. 1648.

poucos dias depois, eles observaram pequenos corpos ovoides nas trompas, onde especularam terem sido os óvulos fecundados⁴⁴.

A primeira tentativa de reprodução artificial comprovada historicamente, envolvendo um ser humano, data de 1799. Neste ano, o médico inglês John Hunter registrou ter realizado, com êxito, essa experiência através de inseminação artificial entre marido e mulher⁴⁵.

Já Cunha e Ferreira relataram que muitas tentativas foram feitas, sendo que o primeiro experimento de sucesso teria ocorrido apenas em 1838, com a introdução de líquido seminal no canal cervical da mulher, experiência esta realizada pelo ginecologista francês Jaime Marion Sims⁴⁶. Clarke, igualmente, considera que a primeira inseminação artificial bem sucedida teria ocorrido em 1838, mas realizada pelo médico francês Girault⁴⁷.

Anos depois, em 1884, nos Estados Unidos da América (EUA), Pancoast praticou a primeira inseminação extraconjugal (heteróloga), em que o doador era um estudante selecionado: o melhor do seu curso⁴⁸.

O desenvolvimento da área de biotecnologia levou à criopreservação de gametas, que representou um importante passo na evolução das técnicas de RHA. Atribui-se a Lazaro Sapallanzani (1766) as primeiras investigações sobre os efeitos das baixas temperaturas nos espermatozoides. No entanto, Paolo Mantegazza foi o pioneiro nas discussões acerca da possível utilização dos bancos de esperma. Segundo Clarke, o professor de Patologia da Pavia escreveu em 1866 que “pode até ser que um marido que morreu em um campo de batalha possa fecundar a própria esposa depois de ter sido reduzido a um cadáver e produzir filhos legítimos mesmo após a morte”. No entanto, ainda segundo o autor, isso só se tornou uma proposição realista após a descoberta das propriedades criopreservadoras do glicerol em 1949⁴⁹. Observação seguida por Nakamura⁵⁰.

⁴⁴ CLARKE, Gary N. A.R.T. and history, 1678 – 1978. **Human Reproduction**, Oxford, vol. 21, n. 7, 2006, p. 1648.

⁴⁵ OLIVEIRA, Fátima. **Bioética**: uma face da cidadania. São Paulo: Moderna, 1997, p. 34. ALDROVANDI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão. A reprodução humana assistida e as relações de parentesco. **Revista Prática Jurídica**, Brasília, Ano I, n. 7, 2002, p. 36. REDE FEMINISTA DE SAÚDE. **Dossiê reprodução humana assistida**. Minas Gerais, 2003, p. 9. UEMURA, Bárbara Yuri. **A destinação dos embriões excedentes na fertilização *in vitro***. 2003. Monografia – Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2003, p. 16, Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/128/131>>. Acesso em: 21 nov. 2010.

⁴⁶ CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução Humana Assistida**: direito à identidade genética x direito ao anonimato do doador, 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 2 jun. 2010.

⁴⁷ CLARKE, Gary N., *op. cit.*, p. 1649.

⁴⁸ ALDROVANDI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão. A reprodução humana assistida e as relações de parentesco. **Revista Prática Jurídica**, Brasília, Ano I, n. 7, 2002, p. 36.

⁴⁹ CLARKE, Gary N., *op. cit.*, p. 1649.

A possibilidade de se congelar material biológico humano permitiu, deste modo, o armazenamento de sêmen a partir de 1910, ano em que Elie Ivanov descobriu uma nova forma de conservação do líquido seminal através de seu resfriamento, dando origem aos bancos de sêmen, os quais surgem como a solução para os casais que têm dificuldade para ter filhos⁵¹. Em razão de tal tecnologia, nos Estados Unidos, em 1953, foi realizada a primeira fecundação por inseminação artificial com espermatozoides congelados⁵².

A fertilização *in vitro* e a transferência de embriões em animais, ademais, “começam a ser desenvolvidas nos anos cinquenta, dando origem à técnica básica dos bebês de proveta [...]”. No entanto, complementa que “as tentativas em humanos, pelo menos as que foram tornadas públicas, são do início da década de 1970”⁵³.

A possibilidade de concentrar nas mãos humanas o controle, em parte, do processo reprodutivo surgiu, concretamente, em 25 de julho de 1978, com o nascimento de Louise Toy Brown, no *Oldham General Hospital*, na Inglaterra, conhecida amplamente como o primeiro bebê de proveta, o primeiro ser humano concebido através das técnicas de fertilização *in vitro*, ou seja, proveniente de uma concepção concretizada fora do corpo humano⁵⁴.

Segundo Fernández, a mãe de Louise sofria de obstrução das trompas de Falópio, a causa mais frequente de esterilidade feminina:

Era uma mulher que ovulava com normalidade, mas a obstrução tubária impedia o encontro do óvulo com as células germinais masculinas, os espermatozoides. A conquista dos mundialmente famosos drs. Edwards e Steptoe consistiu em acompanhar o ciclo natural da mulher, colher o óvulo próximo do amadurecimento (na realidade, deve-se falar de oócito) e conseguir sua fecundação *in vitro* no laboratório. Posteriormente, quando o embrião já havia começado suas primeiras divisões, introduziram-no no útero, e ali ele se desenvolveu normalmente durante os

⁵⁰ NAKAMURA, Dione Miki. **A filiação frente às técnicas de procriação humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 1999. Monografia – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999, p. 22.

⁵¹ CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução Humana Assistida: direito à identidade genética x direito ao anonimato do doador**. 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 2 jun. 2010.

⁵² REDE FEMINISTA DE SAÚDE. **Dossiê reprodução humana assistida**. Minas Gerais, 2003, p. 11.

⁵³ *Idem, ibidem*, p. 11.

⁵⁴ OLIVEIRA, Fátima. **Bioética: uma face da cidadania**. São Paulo: Moderna, 1997, p. 35. NAKAMURA, Dione Miki. **A filiação frente às técnicas de procriação humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 1999. Monografia – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999, p. 22. PERIN JUNIOR, Ecio. Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida em face do meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3510>>. Acesso em: 2 jun. 2010. REDE FEMINISTA DE SAÚDE. **Dossiê reprodução humana assistida**. Minas Gerais, 2003, p. 11. CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução Humana Assistida: direito à identidade genética x direito ao anonimato do doador**. 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 2 jun. 2010. REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 325.

nove meses do processo embrionário. Na realidade, Louise só foi “bebê de proveta” nas primeiras 48 horas de seu desenvolvimento, aproximadamente⁵⁵.

A mesma técnica só alcançou o sucesso no Brasil em 1984, quando nasceu pelo mesmo método Ana Paula Caldeira, em 7 de outubro daquele ano⁵⁶.

Também no ano de 1984, nasceu Zoe, na Austrália, a primeira criança resultante da transferência de um embrião criopreservado durante quatro meses, obtido *in vitro*⁵⁷.

Na década de 1980, destarte, o nascimento dos bebês de proveta deixou de ser um caso extraordinário e ganhou *status* de normalidade, devido à repetição⁵⁸. É o que informa Cunha e Ferreira:

No Brasil, desde a década de 80, mais de 100 clínicas especializadas em Reprodução Humana já participaram da geração de quase 50.000 bebês. Na realidade, as técnicas de Reprodução Artificial começaram a ser divulgadas e concretizadas no Brasil na década de 50 e evoluíram até os dias atuais. Atualmente, cerca de 6.000 mulheres recorrem às técnicas de Reprodução Assistida por ano, para vencerem o obstáculo da infertilidade e alcançarem o sonho e o direito da maternidade⁵⁹.

Convém transcrever a reflexão de Reis sobre as consequências geradas por meio do desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, sintetizado neste capítulo:

Na verdade, mais do que a inseminação artificial (técnica já desenvolvida muito antes e utilizada em contextos determinados), foi sobretudo a possibilidade de “criar” o embrião humano em laboratório que, decisivamente, contribuiu para o despertar das consciências e, logo de seguida, determinar a intervenção do Direito. Lembra Daniel Serrão que o caso Louise Brown “instalou um debate técnico-científico, ético-moral, sócio-jurídico, religioso e político, primeiro no Reino Unido e depois na Europa”, Segundo o Autor, “a emoção suscitada pelo nascimento do impropriamente chamado «bebê-proveta» resultou do incontestável valor natural e simbólico da geração de filhos como meio próprio de garantir a perpetuidade da espécie humana, tal como ocorre nas outras espécies animais gonocócicas, nas quais o filho resulta da união corporal da forma masculina com a forma feminina⁶⁰.

⁵⁵ FERNÁNDEZ, Javier Gafo. **10 palavras-chave em bioética**: bioética, aborto, eutanásia, pena de morte, reprodução assistida, manipulação genética, AIDS, drogas, transplantes de órgãos, ecologia. Tradução: Maria Luisa Garcia Prada. São Paulo: Paulinas, 2000, p. 149.

⁵⁶ CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução Humana Assistida**: direito à identidade genética x direito ao anonimato do doador, 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 2 jun. 2010.

⁵⁷ OLIVEIRA, Fátima. **Bioética**: uma face da cidadania. São Paulo: Moderna, 1997, p. 35. REDE FEMINISTA DE SAÚDE. **Dossiê reprodução humana assistida**. Minas Gerais, 2003, p. 12. REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 325.

⁵⁸ PERIN JUNIOR, Ecio. Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida em face do meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3510>>. Acesso em: 2 jun. 2010.

⁵⁹ CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes, *op. cit.*

⁶⁰ REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 326.

A contemporaneidade tem assistido a um ritmo frenético no avanço da tecnologia nas mais diversas áreas do conhecimento humano, o que resulta em intensas transformações e instabilidades marcantes do período. A sociedade pós-industrial tem rapidamente se ajustado às novidades que constantemente se apresentam, no entanto, existe o sentimento de insegurança em razão das ameaças vinculadas à própria ciência e suas novas tecnologias, sobretudo quando se relacionam ao campo da medicina e da genética. Nesse contexto, certas situações pontuam a rapidez das transformações e sua repercussão nas normas jurídicas, como ocorreu com a inseminação artificial heteróloga, cuja prática, no Código Penal de 1969 (Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969), foi considerada crime punido com pena superior à do adultério. Hoje, por sua vez, não só se anunciam a possibilidade de escolha dos caracteres do futuro bebê e o descarte dos excedentes, como se reconhecem como concebidos, na constância do casamento, os filhos havidos pelo mesmo procedimento, desde que exista autorização expressa do marido⁶¹.

Antes de adentrar, porém, nas questões jurídicas objeto deste trabalho, faz-se necessário, para esclarecimento, tecer algumas considerações a respeito dos conceitos que envolvem a RHA, bem como as principais técnicas utilizadas. Ademais, é válido um incursão em algumas das questões éticas, religiosas e jurídicas sobre o tema, a fim de demonstrar a complexidade em que está envolto o tema.

1.3.2 Conceito

É preceito constitucional o livre planejamento familiar⁶². Deste modo, caso a natureza negue a um casal o privilégio de ter prole, este poderá optar pela adoção de uma criança ou, caso prefira, recorrer às técnicas de RHA, sem interferência do Estado. Neste sentido:

O texto constitucional silencia quanto à possibilidade de existência de uma família originária das TRHA [técnicas de reprodução humana assistida], isto é, composta por pai, mãe, que, impossibilitados de gerar seus próprios filhos, recorrem ao auxílio do artifício. Só há que se falar em proteção à entidade familiar se esta for devidamente constituída. Em consequência, é possível construir um direito do

⁶¹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 23-24.

⁶² CF/88, art. 226 Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

homem e da mulher à reprodução, seja ela natural ou artificial, enquanto expressão do direito de constituir uma família⁶³.

De início, é importante observar que existe diferença entre reprodução assistida e engenharia genética. Consistem em diferentes técnicas que visam a objetivos diversos. A primeira tem por fim realizar o desejo de ter filhos, enquanto que a segunda se configura nas inúmeras técnicas de manipulação do material genético, com possibilidade de alterar sua estrutura natural⁶⁴.

Deste modo, a RHA consiste, basicamente, na intervenção humana no processo natural de procriação, objetivando-se a possibilitar a satisfação do desejo de se alcançar a maternidade ou a paternidade em pessoas que apresentem distúrbios que levem à infertilidade.

Segundo Diniz, pode-se entender RHA como “um conjunto de operações para unir artificialmente os gametas masculino e feminino, dando origem a um ser humano”⁶⁵. Cunha e Ferreira, na mesma linha, ao referir-se à reprodução humana assistida, lecionam que corresponde ao

[...] conjunto de operações que tem o objetivo de unir, de forma artificial, os gametas femininos e masculinos, dando origem a um ser humano. Esta prática tem como finalidade auxiliar a fertilização, colocando espermatozoides e óvulos em contato próximo⁶⁶.

Conforme ensinamento de Oliveira, “consiste em um conjunto de técnicas que objetivam fazer uma mulher engravidar, quando ela ou o seu companheiro é infértil, ou ambos”⁶⁷.

Por fim, Venosa leciona que “entende-se inseminação como forma de fecundação artificial, pela qual se dá a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais”⁶⁸.

O CC/02, no art. 1.597⁶⁹, dispõe sobre filhos havidos através de técnicas de RHA, no entanto, “o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas

⁶³ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 105.

⁶⁴ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 88.

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 551.

⁶⁶ CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução Humana Assistida: direito à identidade genética x direito ao anonimato do doador**. 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 2 jun. 2010.

⁶⁷ OLIVEIRA, Fátima. **Bioética: uma face da cidadania**. São Paulo: Moderna, 1997, p. 38.

⁶⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 279.

⁶⁹ CC/02, art. 1.597 Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

constata a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade”, bem como “toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica”. Lei esta que ainda não foi editada no Brasil⁷⁰.

Assim, de acordo com a Resolução nº 1.358/92, do CFM, ato normativo infralegal, consistente na única regulamentação nacional sobre a matéria, tem-se o seguinte:

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

Compreende, em arremate, em um conjunto de técnicas, praticadas pela classe médica, que tem como principal objetivo viabilizar a gestação, seja por uma deficiência da mulher, do homem ou de ambos.

1.3.3 Técnicas de reprodução humana assistida

Vários são os métodos hoje utilizados no tratamento da infertilidade humana, frutos do avanço da ciência e da tecnologia, que permitiram o aperfeiçoamento das técnicas de RHA. A seguir, tem-se uma descrição sintética acerca das principais técnicas desenvolvidas nas clínicas especializadas, lembrando-se que o material genético a ser utilizado poderá ser proveniente do próprio casal ou de terceiros, doadores de sêmen e/ou óvulo.

1.3.3.1 Quanto à origem do material genético: homóloga ou heteróloga

A depender da proveniência do material biológico, a inseminação artificial pode ser homóloga ou heteróloga. Diz-se homóloga a RHA que utiliza os gametas feminino e masculino provenientes, respectivamente, da mulher e de seu marido ou companheiro. Permite-se o emprego do sêmen do marido ou companheiro quando houver autorização para tanto, posto ser o titular exclusivo de partes destacadas do seu corpo. No entanto, a disciplina legal passou a permitir a possibilidade de promover-se a fecundação quando já morto estiver

II – nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

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.

⁷⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 277.

e, igualmente, depende que tenha havido autorização expressa nesse sentido⁷¹. Em consonância ao exposto, dispõe o enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, em 2002:

106 – Art. 1597, III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, que seja obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Admite-se apenas a utilização não consentida em relação ao doador anônimo, pois não implica em atribuição de paternidade⁷². Essa situação configura a reprodução assistida heteróloga, em que o doador do sêmen é um terceiro estranho ao casal⁷³.

A atual legislação brasileira não comporta a problemática da doação do esperma humano. No entanto, independentemente dessa lacuna legislativa e levando-se em consideração os princípios éticos oriundos da dignidade humana, já se estabeleceu como norma fundamental que esse bem de personalidade só pode ser gratuitamente alienado, o que garante o altruísmo da doação e afasta a possibilidade de sua exploração financeira. Assim, a licitude do contrato firmado entre o doador e o banco de sêmen, por meio do qual há o compromisso de transferir ao estabelecimento parte de seu patrimônio pessoal, depende de seu caráter gratuito, pois este garante a liberdade do consentimento, na medida em que não é perturbada pela interferência de interesses financeiros⁷⁴.

A proteção jurídica desse tipo de concepção vem a fortalecer a natureza fundamentalmente socioafetiva da filiação sobre a biológica. A lei exige, apenas, a autorização prévia do marido para utilização na fecundação de material biológico estranho ao seu, sem referir-se à necessidade da impossibilidade em procriar⁷⁵.

⁷¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.219.

⁷² *Idem, ibidem*, p. 219.

⁷³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 280.

⁷⁴ LEITE, Eduardo Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 250.

⁷⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto, *op. cit.*, p.221.

1.3.3.2 Quanto ao procedimento

1.3.3.2.1 Inseminação ou fecundação artificial

Esta é a técnica mais simples de RHA e consiste em uma “transferência mecânica de espermatozoides (através de cateter), objecto de recolha e tratamento prévios destinados a seleccionar os mais saudáveis (embora também se possa utilizar sêmen fresco), para o interior do aparelho genital da mulher”. Destaca-se, ainda, que compreende as modalidades: intravaginal, intracervical, intrauterina, intraperitoneal ou intrafalopiana⁷⁶.

A transferência é antecedida por estimulação hormonal do aparelho reprodutor feminino, enquanto o sêmen, no dia programado, é preparado de modo a obter-se o maior número de espermatozoides morfológicamente normais e de boa motilidade em meio de cultura reduzido⁷⁷.

Fernández tece crítica a respeito dessa nomenclatura, pois em outras áreas da ciência médica, como ocorre nos transplantes, os termos homólogo e heterólogo se referem, respectivamente, ao que é realizado dentro da mesma espécie ou entre espécies diferentes. Deste modo, crê ser mais correto denominar IAC (quando o sêmen procede do cônjuge ou companheiro) e IAD (quando o sêmen procede de um doador)⁷⁸.

1.3.3.2.2 Fecundação ou fertilização *in vitro*

Com a técnica de fecundação *in vitro*, obtém-se o ovo ou zigoto extracorporeamente. De tal sorte, “consiste na fecundação de ovócitos fora do corpo da mulher na chamada cápsula de *Petri*, após prévia aspiração dos mesmos [...], seguida de sua reimplantação como embriões”⁷⁹.

Em regra, também envolve estimulação hormonal, o que aumenta a taxa de sucesso de um ciclo de fecundação *in vitro* pela produção de vários ovócitos⁸⁰.

⁷⁶ REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 331.

⁷⁷ ALMEIDA, Vasco M. Bioteconologia em reprodução humana assistida. **Revista Portuguesa de Clínica Geral**, Lisboa, v. 21, n. 5, 2005, p. 505.

⁷⁸ FERNÁNDEZ, Javier Gafo. **10 palavras-chave em bioética**: bioética, aborto, eutanásia, pena de morte, reprodução assistida, manipulação genética, AIDS, drogas, transplantes de órgãos, ecologia. Tradução: Maria Luísa Garcia Prada. São Paulo: Paulinas: 2000, p. 149.

⁷⁹ REIS, Rafael Luís Vale e, *op. cit.*, p. 334.

⁸⁰ ALMEIDA, Vasco M, *op. cit.*, p. 506.

Este método também é conhecido pela sigla FIVETE (fecundação *in vitro* e transferência de embrião), em que “a fertilização do óvulo pelo espermatozóide ocorre em laboratório com a posterior transferência de embriões” para a cavidade uterina⁸¹.

Fernández enumera, de maneira clara, as quatro fases para realização deste procedimento:

- a) *Tratamento hormonal* da mulher para que produza simultaneamente um maior número de oócitos. [...]
- b) *Coleta dos oócitos*. Inicialmente, era feita por laparoscopia, ou seja, através da introdução de um aparelho ótico na cavidade abdominal e da aspiração dos oócitos próximos de seu amadurecimento. Essa técnica exigia a hospitalização da mulher e requeria anestesia geral, com todos os riscos inerentes. Entretanto, há já alguns anos que esse procedimento foi substituído pela ultra-sonografia e pela coleta dos óvulos por via vaginal. Nesse caso a hospitalização não é necessária, sendo suficiente o uso de anestesia local, inclusive com uma simples medicação calmante e relaxante.
- c) *Fecundação in vitro, FIV*. É a colocação em contato dos oócitos com os espermatozoides, para que o processo de fecundação se realize em laboratório. O número de espermatozoides que são colocados em contato com os óvulos é da ordem de algumas dezenas de milhares. Uma vez conseguida a fecundação, o zigoto começa a se dividir.
- d) *Transferência embrionária, TE*. É a fase final do processo. Entre 24-48 horas depois da fecundação, o embrião é transferido por uma cânula ou cateter para o interior do útero, onde realiza por si só o processo de implantação e continua seu posterior desenvolvimento embrionário⁸².

1.3.3.2.3 Transferência intratubária de gametas

Também conhecida pela sigla GIFT (*Gamets Intra-Falopian Transfer*), consiste na possibilidade da transferência intratubária de gametas, indicada quando a mulher tem ao menos uma trompa de falópio saudável. Por essa técnica, a fecundação ocorre no interior do organismo feminino, mais especificamente na tuba uterina, onde os gametas são aproximados e o processo ocorre naturalmente⁸³. Assim, ao invés de a fecundação ocorrer em laboratório, ocorre *in vivo*, mas a técnica se utiliza dos procedimentos anteriormente descritos para a fecundação *in vitro*⁸⁴.

⁸¹ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71.

⁸² FERNÁNDEZ, Javier Gafo. **10 palavras-chave em bioética**: bioética, aborto, eutanásia, pena de morte, reprodução assistida, manipulação genética, AIDS, drogas, transplantes de órgãos, ecologia. Tradução: Maria Luísa Garcia Prada. São Paulo: Paulinas: 2000, p. 150.

⁸³ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71.

⁸⁴ FERNÁNDEZ, Javier Gafo, *op. cit.*, p. 151.

1.3.3.2.4 Transferência intratubária de zigoto

Conhecida pela sigla ZIFT (*Zygote Intra-Falopian Transfer*), é também uma variação da fecundação *in vitro* e esta técnica se distingue da anterior em razão de a fecundação ocorrer extracorporeamente. Ou seja, “consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de doador, para depois introduzir o embrião diretamente em seu corpo”. Neste caso, o embrião é introduzido não no útero, mas sim na trompa de falópio⁸⁵.

1.3.3.2.5 Micro injeção intracitoplasmática

Segundo Almeida, a micro injeção intracitoplasmática (ICSI) compreendeu uma revolução em matéria de RHA, passando a ser o tratamento de eleição nos casos de infertilidade masculina severa⁸⁶.

A primeira gravidez obtida através do uso desta técnica foi relatada em 1992, por Palermo *et al*, e consiste “na injeção directa de um único espermatozóide no citoplasma de um ovócito”. Seguem-se, depois, os passos restantes da fecundação *in vitro*⁸⁷.

1.3.3.2.6 Maternidade de substituição

Através da chamada maternidade de substituição, o casal socorre-se de uma terceira pessoa, cujo útero é emprestado para assegurar a gestação quando o materno não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez resulta em risco grave para a mãe⁸⁸.

Segundo Lôbo, o Brasil, ao lado da maioria dos países, não acolheu o uso instrumental do útero alheio, sem vínculo de filiação, conhecido popularmente como *barriga de aluguel*. Assim, o filho será juridicamente da parturiente e, no caso de casamento ou união estável, do marido ou do companheiro, pelo princípio *pater is est*⁸⁹.

⁸⁵ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72.

⁸⁶ ALMEIDA, Vasco M. Biotecnologia em reprodução humana assistida. **Revista Portuguesa de Clínica Geral**, Lisboa, v. 21, n. 5, 2005, p. 506.

⁸⁷ REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 335.

⁸⁸ LEITE, Eduardo Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 66.

⁸⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 220.

No entanto, a Resolução nº 1.358/92, do CFM, a admite expressamente:

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO EMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

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

1.3.3.2.7 Outras técnicas

Por fim, destacam-se, ainda, duas outras técnicas reprodutivas:

A primeira é a Transferência de Citoplasma, indicada, segundo o autor, para mulheres que têm óvulos fracos, na qual de 10 a 20% do óvulo de uma doadora são transferidos para o óvulo da paciente para dar origem a embriões de melhor qualidade e com maior poder de implantação. A segunda referente ao tratamento para homens que têm apenas espermátides. Estas células, precursoras do espermatozoide, são resgatadas dos testículos, maturadas e inseridas no óvulo pela técnica ICSI⁹⁰.

1.3.4 Aspectos éticos

O campo da ciência médica sempre exigiu debate permanente sobre questões éticas que envolvem sua prática e o desenvolvimento de novos conhecimentos. Desde que esse desenvolvimento científico deixou de ser um conhecimento puramente empírico, a humanidade passou a refletir com mais profundidade sobre as questões éticas envolvidas e, em especial a respeito da reprodução humana, a discussão envolve a sacralidade do início da vida e da concepção⁹¹. Sentiu-se, portanto, a necessidade de refletir sobre as inovações tecnológicas, a fim de buscar previsão das consequências prováveis, benéficas ou malélicas, e avaliar as possibilidades à luz de considerações éticas⁹².

A Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, proclamada em 10 de novembro de 1975 pela

⁹⁰ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73.

⁹¹ PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JUNIOR, José Gonçalves. Reprodução Assistida. In: FERREIRA *et al* (Coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 113-114.

⁹² DALLARI, Dalmo de Abreu. Bioética e Direitos Humanos. In: FERREIRA *et al* (Coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 232.

Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), constitui o primeiro documento formal a advertir sobre os riscos inerentes do progresso científico⁹³. Em suas considerações preliminares reconhece que

[...] o progresso científico e tecnológico, ao mesmo tempo que cria possibilidades cada vez maiores de melhorar as condições de vida dos povos e das nações, pode em certos casos dar lugar a problemas sociais, assim como ameaçar os direitos humanos e as liberdades fundamentais do indivíduo [...].

A Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina, firmada em 19 de novembro de 1996 pelo Conselho de Ministros do Conselho da Europa, em seu art. 4º, dispõe que “qualquer intervenção no campo da saúde, incluindo a pesquisa, deve ser conduzida de acordo com obrigações e padrões profissionais de maior relevância”. Vê-se que não se impõem obstáculos aos avanços tecnológicos, mas sim que estes avanços devem ser pautados em padrões éticos ideais.

Sobre esse aspecto, convém transcrever a advertência de Minahim:

Desde as possibilidades de inseminação artificial ao mapeamento do genoma e à engenharia genética, tem-se questionado, de forma por vezes alarmista, o destino da humanidade em face das possibilidades de manipulação proporcionadas por tais técnicas. O medo de destruição da espécie – que reflete o temor de perda da própria identidade – tem dado causa a uma série de reflexões sobre as dimensões morais das técnicas resultantes desse desenvolvimento e enfatizado o compromisso do direito com a concretização de uma ética voltada para preservação da dignidade humana⁹⁴.

Dentre as questões amplamente discutidas está aquela referente ao direito de um casal investir vultosos recursos financeiros e submeter a riscos a sua própria vida e a de sua descendência para ter um filho, enquanto que, à sua volta, encontram-se inúmeras crianças abandonadas. Do ponto de vista social, sem dúvida que a adoção seria a opção mais justa. No entanto, deve-se respeitar a autodeterminação de cada indivíduo, pois cada um tem o direito de satisfazer suas aspirações interiores. Nesse aspecto, não há impedimento para que a ciência ponha à disposição os meios de que possui para satisfação desses desejos⁹⁵.

Outra problemática ética se refere à maternidade de substituição. A entrega da criança pela mulher que a gerou e vivenciou a gravidez por 9 (nove) meses é um momento difícil, pois as motivações presentes para justificar a procriação, como criar uma relação entre pais e

⁹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Bioética e Direitos Humanos. In: FERREIRA *et al* (Coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 233.

⁹⁴ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 25.

⁹⁵ PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JUNIOR, José Gonçalves. Reprodução Assistida. In: FERREIRA *et al* (Coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 115.

filhos, cercar-se de descendentes para evitar solidão futura ou perpetuar a linhagem estão ausentes. Questiona-se, ainda, até que ponto essa entrega é justificável e como acreditar que o casal receptor irá encarar bem a ideia de um filho proveniente de uma gravidez que lhe é estranha. Assim, a gravidez levada a termo por uma terceira pessoa, alheia à relação do casal parece ir de encontro a todos os parâmetros legados à humanidade desde o Cristianismo⁹⁶.

No entanto, o ponto central das discussões éticas a respeito da procriação artificial reside no estatuto do embrião humano. A resposta à questão de o embrião já configurar uma pessoa individualizada ou, a *contrario sensu*, tratar-se de uma coisa é decisiva, posto que, através das técnicas utilizadas, há geração de excedentes, cuja destinação merece sérias considerações éticas. O embate sobre a reprodução assistida também passa por sua motivação, ao trazer à discussão as situações em que seria razoável recorrer-se ao uso de suas técnicas: para contornar alguma doença do sistema reprodutor ou por mera conveniência dos indivíduos⁹⁷.

Devem subordinar-se, deste modo, a preceitos éticos quaisquer intervenções que tenham por objeto o ser humano, sua vida, integridade física e mental, pois os avanços médicos trazem em seu bojo os possíveis benefícios, bem como riscos potencialmente graves⁹⁸.

É preciso uma permanente fiscalização sobre as técnicas de RHA, para evitar que se incorra em distorções e desvios, como por exemplo, a difusão da eugenia ou exploração comercial, publicitária ou industrial de gametas⁹⁹.

Cumprе reforçar que o mito da criação do homem, lição que se herdou do pensamento grego a respeito das ligações entre a técnica e a ética, nunca esteve tão presente ante a inequívoca constatação de um déficit ético tanto no plano interno quanto nas relações internacionais. Por outro lado, reconhece-se a necessidade de se estabelecer limites a certas intervenções com escopo de se proteger a constituição biológica humana que, atualmente, padece de riscos que poderão se tornar irreversíveis¹⁰⁰.

⁹⁶ LEITE, Eduardo Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, pp. 68-69.

⁹⁷ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 91-93.

⁹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. Bioética e Direitos Humanos. In: FERREIRA *et al* (Coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 240.

⁹⁹ PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JUNIOR, José Gonçalves. Reprodução Assistida. In: FERREIRA *et al* (Coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, pp. 115-116.

¹⁰⁰ CHUT, Marcos André. **Tutela jurídica do genoma humano e a teoria do mínimo ético**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 43.

Assim, está feita o alerta sobre a árdua tarefa em se definir os limites capazes de assegurar o respeito à vida humana e, concomitantemente, não coibir o avanço da ciência médica.

1.5 Aspectos religiosos

A influência de diversas religiões, por muito tempo, levou à aceitação de que a reprodução humana era uma manifestação exclusiva da vontade de Deus e, portanto, seria inadmissível sua discussão pelo homem. A conotação divina dada à reprodução humana pela Igreja Católica, por exemplo, tornou essa discussão restrita a grupos de pensadores e filósofos por quase dois mil anos. A intervenção humana no campo da reprodução constituía, pois, uma agressão à vontade divina¹⁰¹.

São inúmeros os problemas morais advindos do desenvolvimento de novas tecnologias de intervenção sobre o processo da reprodução humana, pois se referem, com frequência, ao respeito devido ao ser humano desde a sua concepção, à dignidade da pessoa e à transmissão da vida¹⁰².

Por este motivo, desde que o tema começou a ser discutido, a Igreja Católica posicionou-se contra o emprego das técnicas de reprodução humana assistida, como se pode constatar da narrativa de Fernández, sobre o pensamento do Papa Pio XII, pronunciado em 1949:

- Condena como imoral a inseminação artificial fora do casamento, pois a lei natural e a lei divina positiva exigem que a procriação somente pode ser fruto do casamento;
- A inseminação artificial dentro do casamento com a utilização de sêmen de doador é igualmente imoral, pois somente os esposos têm direito recíproco sobre os próprios corpos para gerar uma nova vida;
- A inseminação artificial dentro do casamento com o sêmen do próprio marido também é rejeitada, pois o sêmen não pode ser procurado por atos contrários à natureza, referindo-se à masturbação, além do fato de que essa ação ultrapassaria os limites do direito que os esposos adquiriram pelo contrato matrimonial, isto é, o de exercer plenamente sua capacidade sexual na realização natural do ato matrimonial;
- Rejeita o que viria a ser denominado fecundação *in vitro*, classificando os atos como imorais e absolutamente ilícitos¹⁰³.

¹⁰¹ CHUT, Marcos André. **Tutela jurídica do genoma humano e a teoria do mínimo ético**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 111.

¹⁰² LEITE, Eduardo Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 71.

¹⁰³ FERNÁNDEZ, Javier Gafo. **10 palavras-chave em bioética**: bioética, aborto, eutanásia, pena de morte, reprodução assistida, manipulação genética, AIDS, drogas, transplantes de órgãos, ecologia. Tradução: Maria Luisa Garcia Prada. São Paulo: Paulinas: 2000, p. 163-164.

Nesse contexto, a Igreja põe a questão do amor, do sexo e da reprodução dentro da sua lógica dogmática, ou seja, de que a união do homem e da mulher, através do matrimônio, tem como objetivo único a reprodução, independentemente dos equívocos da natureza e da satisfação do casal¹⁰⁴.

Destarte, a Igreja Católica condena a reprodução assistida heteróloga ao considerar moralmente ilícita a fecundação de uma mulher casada pelo esperma de um terceiro doador, pois seria contrária à unidade do casamento¹⁰⁵.

A procriação artificial homóloga, ademais, é igualmente rechaçada, pois, conforme visto pela manifestação do Papa Pio XII, afasta-se da via natural. Aceitar este argumento obrigaria que se estendesse tal condenação a qualquer intervenção médica com o objetivo de reparar artificialmente os equívocos naturais.

O implante e a retirada de órgãos tem demonstrado, de forma exuberante, o sucesso da medicina na salvação de milhares de vidas. A tão só consideração desta possibilidade coloca por terra o argumento da Igreja.

O transplante de um coração ou outro órgão, bastante distante da simples função natural, não é condenado por ninguém, exatamente porque o objetivo maior – a preservação da vida – justifica seu emprego e aplicação. O mesmo ocorre quando um casal socorre-se da inseminação artificial homóloga; ele não utiliza esse procedimento para contrapor-se à natureza, mas para reparar um defeito, ou lacuna, imposto pela natureza, contra o qual não há lei, humana nem divina, que o obriga a submeter-se¹⁰⁶.

Este posicionamento não se alterou e a reticência da Igreja continua a se referir mais quanto aos meios do que propriamente quanto ao fim.

Em resumo, Scalquette descreve, com base na instrução *Dignitas personae*, a posição Católica para as diversas técnicas de RHA: a) quanto às técnicas de ajuda à fertilidade, são admissíveis aquelas que configurem um auxílio ao ato conjugal e à sua fecundidade, excluindo-se as técnicas que o substituem; b) quanto à fecundação *in vitro* e a eliminação voluntária de embriões, seria eticamente inaceitável, pois há uma dissociação completa da procriação e do ato conjugal e contribuiria para o enfraquecimento do respeito devido a cada ser humano; c) quanto à técnica ICSI – *Intra Cytoplasmatic Sperm Injection*, é uma prática condenada em razão de traduzir-se em um domínio da técnica sobre a origem e destino da pessoa humana; d) quanto ao congelamento de embriões, padece dos mesmos problemas de

¹⁰⁴ PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JUNIOR, José Gonçalves. Reprodução Assistida. In: FERREIRA *et al* (Coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 111.

¹⁰⁵ LEITE, Eduardo Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 74.

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 77.

dissociação do ato conjugal, manipulação e domínio; e) a redução embrionária é considerada como um aborto intencional seletivo, o que, para a Igreja Católica, constitui uma desordem moral grave; e) o diagnóstico pré-implantatório, igualmente, configura prática abortiva, desta feita precoce, em razão de uma seleção qualitativa; f) quanto à terapia genética, é considerada moralmente lícita quando as intervenções nas células somáticas tiverem finalidade estritamente terapêutica¹⁰⁷.

Com relação à reprodução assistida homóloga, inicialmente foi vigorosamente reprovada pela Igreja Católica. Contudo, atualmente, com base no cânone 1.055 do Código canônico¹⁰⁸, segundo o qual a aliança matrimonial é ordenada à geração de crianças, a proibição desaparece, visto que não há qualquer indicação sobre as modalidades através das quais a procriação pode ser legitimamente obtida¹⁰⁹.

Entre as igrejas reformadas, a Presbiteriana, com a edição do documento Posicionamento da Igreja Presbiteriana do Brasil face ao progresso da ciência e do projeto genoma humano (PGH), “deixa clara a posição presbiteriana favorável ao avanço científico, à descoberta de novas terapias que possam melhorar a vida de todos os seres humanos, mas, sobretudo, reforça o pensamento cristão, preconizando cuidados legais preventivos contra a eugenia”¹¹⁰. Assim, admite sem restrições a reprodução assistida homóloga, sempre que considerada indispensável à fecundação e, em uma nítida evolução de postura, passou a aceitar a forma heteróloga, pois “para a igreja protestante nós somos todos crianças adotadas pelo amor de seus pais, o que relativiza as circunstâncias técnicas ou naturais da fecundação”¹¹¹.

A igreja anglicana, por sua vez, apresenta duas posições antagônicas: a majoritária, no sentido de aceitar a inseminação homóloga e reprimir a heteróloga, e uma posição dissidente, que entende o objetivo procriativo como estímulo a um maior desenvolvimento da tolerância, admitindo-se que a sociedade não é estática e por este motivo ser impossível manter nos dias de hoje o mesmo entendimento da Idade Média¹¹².

Para o judaísmo, a vida é sagrada e os filhos um privilégio, admitindo-se a inseminação homóloga e refutando-se a heteróloga, pois por não ser considerado legítimo o

¹⁰⁷ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 114-116.

¹⁰⁸ Código de Derecho Canonico, 1055 § 1. *La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.*

¹⁰⁹ LEITE, Eduardo Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 79.

¹¹⁰ SCALQUETTE, Ana Cláudia S., *op. cit.*, p. 120.

¹¹¹ LEITE, Eduardo Oliveira, *op. cit.*, p. 91.

¹¹² *Idem, ibidem*, p. 93.

filho assim concebido, traz problemas referentes à herança e à possibilidade de ocorrer incesto devido ao desconhecimento da paternidade biológica¹¹³. Deste modo, “a luta contra a esterilidade faz parte – segundo normas da TORA – dos deveres sagrados do médico judeu, mas a tradição judaica recusa os métodos que apelam a um doador exterior ao casal”¹¹⁴.

Por fim, merece consideração a religião muçulmana sobre o tema. A igreja muçumana submete-se rigorosamente aos ensinamentos retirados do Alcorão, seu livro sagrado, e, portanto, a inseminação não constitui via islâmica de procriação¹¹⁵.

A preocupação das diversas religiões a respeito do tema é legítima, pois há de se considerar a afirmação de Cruz, segundo a qual, no âmbito da RHA, “existem áreas que causam alguns desvios, como a coisificação do ser humano [...]”. Deste modo, os avanços tecnológicos trazem consigo questões delicadas a respeito da natureza humana e por essa razão “a bioética adveio como fruto do mister controlador crescente à invasão tecnológica na prática médica. É imprescindível sua presença nos avanços das ciências biológicas a fim de humanizar tais atividades”¹¹⁶.

Não obstante as diversas concepções religiosas, morais e éticas, é fato que a ciência progride incessantemente e a evolução da ciência na área da procriação artificial humana deu margem à criação de diversas técnicas, capazes de contornar a infertilidade, até então tida como definitiva.

1.6 Aspectos jurídicos

Foram as técnicas de reprodução humana assistida que possibilitaram à ciência médica dissociar a sexualidade da fecundação¹¹⁷. O admirável mundo novo preconizado por Aldous Huxley está cada vez mais próximo, pois, atualmente, a fecundação humana prescinde de uma relação sexual tradicional. Neste aspecto, veja-se o ensinamento de Leite:

O controle de natalidade, permitindo dominar a procriação, separou – de forma definitiva – a atividade sexual do fenômeno procriativo. Substancial revolução que provocou inimaginável impacto sobre o comportamento humano, o que antes era obrigação, torna-se agora, opção; antes não se podia ter o sexo sem aceitar, ao

¹¹³ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129-130.

¹¹⁴ LEITE, Eduardo Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 94.

¹¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 95.

¹¹⁶ CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da reprodução humana assistida**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 11.

¹¹⁷ REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 324.

menos eventualmente, o ônus da paternidade; hoje tem-se o sexo e a procriação como opção, desejo, projeto parental, do casal, sem qualquer obrigação natural¹¹⁸.

Os avanços, enfim, que a ciência médica conheceu, no campo da reprodução humana, durante a segunda metade do século XX, colocaram novos e importantes desafios ao direito. Em verdade, “mais do que a inseminação artificial [...], foi sobretudo a possibilidade de ‘criar’ o embrião humano em laboratório que, decisivamente, contribuiu para o despertar das consciências e, logo em seguida, determinar a intervenção do Direito”¹¹⁹. Motivo este propulsor também do desenvolvimento deste trabalho, acerca da titularidade dos direitos fundamentais dos sujeitos envolvidos no processo de reprodução humana assistida heteróloga.

É tarefa difícil precisar o momento exato em que se consolidou o interesse pela descoberta das origens biológicas. Porém, é certo que o reforço das concepções humanistas resultante do pós-guerra refletiu no reconhecimento do direito ao conhecimento da origem genética. Sobretudo nos Estados Unidos, o mundo assistiu a um movimento em torno da defesa do conhecimento do passado, inicialmente dirigido aos casos de adoção. Simultaneamente, o problema da verdade biológica foi extremamente reduzido pelos avanços científicos, ao possibilitarem altos níveis de confiabilidade na determinação e exclusão dos vínculos biológicos, por meio do exame de ADN¹²⁰.

A nova dimensão de discussão foi resultado do desenvolvimento da RHA, considerando a possibilidade da geração de um novo ser com o contributo de material biológico de terceiro estranho ao casal infértil. *A priori*, o deslumbramento inicial pela superação da infertilidade relegou os interesses da criança gerada por esse meio. No entanto, logo se iniciou a discussão, cujo campo pertencia ao tema da adoção. Deste modo, independentemente do campo em que a questão passou a ser debatida, restou necessária a intervenção do direito¹²¹.

Cumprе ressaltar que a base fática da adoção não se confunde com a da RHA: naquela, a pessoa já existe e o Estado interfere visando a melhorar a vida do adotando. Nesta, a seu turno, a solução visa ao bem-estar do casal. Na adoção, a posição do Estado pode ser permissiva desde que represente efetivamente o bem da criança, enquanto que na procriação

¹¹⁸ LEITE, Eduardo Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 119.

¹¹⁹ REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 326.

¹²⁰ *Idem, ibidem*, p. 17.

¹²¹ *Idem, ibidem*, p. 18.

medicamente assistida, o Estado deve assumir posição restritiva, de modo a evitar que a busca de satisfação para os pais não se traduza em criação de mais um candidato à adoção¹²².

No âmbito da reprodução assistida heteróloga, observa-se de um lado um doador, que se propõe anônimo e oferece seus gametas para viabilizar o projeto parental de outrem, e, no outro extremo, tem-se a criança gerada, que ao crescer poderá reclamar o direito de sua ascendência genética¹²³.

Outra questão jurídica relevante surge nos casos de inseminação artificial *post mortem*, quando a técnica é realizada utilizando-se o sêmen congelado do marido ou do doador falecido. Há, ainda, polêmicas jurídicas acerca da possibilidade de aplicação das técnicas de reprodução assistida em mulheres solteiras e em casais homossexuais. Para exemplificar a problemática Sauwen e Heryniewicz argumentam:

Quanto à polêmica jurídica que a inseminação assistida pode provocar, tomemos como exemplo a seguinte hipótese: uma jovem solteira decide ser mãe; solicita a um rapaz que lhe ceda seu esperma para inseminação. Tendo a inseminação sido bem sucedida, esta torna-se mãe. Passado um certo tempo, com dificuldades financeiras para o sustento do filho, ajuíza, representando o filho, uma ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos contra o cedente do esperma. Ao mesmo tempo, alega que o rapaz também tinha manifestado o desejo da paternidade. Nenhum tipo de documento que prevenisse o cedente foi preparado. Feita a perícia por meio de exame de DNA, cuja margem de acerto beira os 100%, o exame resulta positivo. Como não existe normatização a respeito, a questão fica em aberto, à espera do bom senso do julgador¹²⁴.

Não menos importante é a possibilidade de se gerar embriões em excesso e a sua conseqüente destinação. Juntamente com a técnica de fertilização *in vitro* se desenvolveu o congelamento de embriões, que podem servir como objeto de pesquisa, ser geneticamente manipulados ou simplesmente destruídos, como ocorreu na Inglaterra em 1996¹²⁵.

Machado faz uma síntese das diversas questões jurídicas que permeiam a reprodução humana assistida e, no entanto, permanecem, ainda, sem uma resposta albergada pelo direito brasileiro:

A legitimidade do filho; a necessidade da autorização da mulher do doador; o consentimento do marido da inseminada; o registro de nascimento do fecundado

¹²² FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas conseqüências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2009, p. 134-135.

¹²³ CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. **Os direitos fundamentais e as técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga**. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/36/72/3672>>. Acesso em: 26 out. 2010.

¹²⁴ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 90.

¹²⁵ *Idem, ibidem*, p. 91.

artificialmente; a necessidade de reconhecimento ou declaração de paternidade; a realização da inseminação artificial contra a vontade de qualquer dos cônjuges; a presunção de legitimidade do filho quando a inseminação ocorreu com prévia autorização do marido; o anonimato do doador, o direito de filiação e sucessório do nascido *post mortem* do marido, da mulher ou de ambos, o destino dos embriões excedentários, são questões sem respostas, ainda em aberto no nosso direito pátrio¹²⁶.

Não obstante os aspectos jurídicos sejam vários e intrigantes, fogem ao escopo deste trabalho, mostrando-se suficiente a menção ora realizada.

¹²⁶ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida**: aspectos éticos & jurídicos. 1. ed. (ano 2003). 6. tir. Curitiba: Juruá, 2008, p. 136.

CAPÍTULO 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS SUJEITOS ENVOLVIDOS NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA

2.1 Desenvolvimento e caracteres dos direitos fundamentais

Em linha de princípio, limitaremos as discussões ulteriores aos casos de apelo ao recurso às técnicas de RHA heteróloga, ou seja, em que há a introdução de um terceiro desconhecido na relação do casal, o qual corresponde ao doador do gameta necessário à fecundação.

Esclarecido o objeto de estudo, passa-se ao que se entende por direitos fundamentais do homem, a fim de construir-se o substrato necessário à discussão dos direitos fundamentais ao conhecimento da identidade genética e à privacidade, da qual decorre o direito de manutenção do anonimato do doador em matéria de procriação medicamente assistida.

Existe uma gama de termos empregados para designar direitos fundamentais, quais sejam “liberdades individuais”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos constitucionais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos naturais”, “direitos subjetivos”. A problemática surge porque, ao longo da história, cada denominação adquiriu significado próprio¹²⁷. Igualmente, Dias atenta para o fato da inexistência de uniformidade terminológica¹²⁸. Bonavides, inclusive, ressalta o caráter promíscuo no uso de tais denominações na literatura jurídica¹²⁹.

A designação por “direitos naturais” se refere a direitos inerentes à natureza do homem, assim como “direitos inatos”, que cabem ao homem pelo simples fato de ser homem. Hoje, não se aceita facilmente que os direitos sejam provenientes da razão humana ou da natureza das coisas, mas sim que são positivos, por encontrarem seu fundamento nas relações sociais materiais em dado momento histórico, e são dotados de historicidade, o que repele a tese de nascerem pura e simplesmente da vontade estatal para situá-los no terreno da soberania popular. Já “direitos humanos” é a expressão preferida pelos documentos internacionais. Objeta-se, no entanto, que não há direito que não seja humano, sendo o homem o único ser titular de direitos. Há de convir, contudo, que, aos poucos, forma-se um direito especial de proteção aos animais¹³⁰.

¹²⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 45.

¹²⁸ DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade genética**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 2.

¹²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 560.

¹³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 180.

A seu turno, “os contratualistas de Grocio a Pufendorf, de Hobbes a Locke e os deontológicos como Kant falavam em ‘direitos naturais’ e em ‘direitos inatos’ ou ‘originários’, para destacar tanto a sua precedência ao pacto social quanto para denotar sua originalidade humana”. Os termos foram rechaçados pelos positivistas, já que denotavam ideias jusnaturalistas, preferindo-se “liberdades públicas”, “direitos individuais” ou “liberdades individuais” (França), ou ainda “direitos fundamentais” (Alemanha)¹³¹.

A expressão “direitos individuais” destaca o individualismo que fundamentou o aparecimento das declarações do século XVIII. Costuma ser empregada para denotar um grupo de direitos fundamentais, que se tem denominado de direitos civis. Da mesma forma, “direitos público subjetivos” apresentam uma concepção individualista do homem. Os termos “liberdades fundamentais” e “liberdades públicas”, também ligados à formulação tradicional individualista e utilizados pela doutrina francesa, são, por sua vez, conceitos bastante limitativos, pois neles não se incluem os direitos econômicos e sociais¹³².

Já quanto à expressão “direitos humanos”, a concepção mais difundida é a de que não indica os direitos incluídos no rol jurídico da Constituição do Estado, mas sim aqueles suprapositivos. De igual maneira, a terminologia “direitos naturais” significaria os direitos de uma fase pré-positiva. De outro lado, os direitos fundamentais seriam:

direitos público subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual¹³³.

A distinção, pois, entre direitos humanos e direitos fundamentais, deve-se à contribuição da doutrina germânica, segundo a qual estes últimos correspondem aos direitos humanos reconhecidos como tais pelo Poder Legislativo do Estado, contemplados tanto no plano interno quanto no plano internacional¹³⁴.

¹³¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 7-8.

¹³² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 180-182.

¹³³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 46-47.

¹³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70.

Na mesma linha, os direitos fundamentais, segundo José Afonso da Silva, “são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”¹³⁵. Ainda segundo o autor:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. *Do homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*¹³⁶.

De acordo com Sampaio, os direitos fundamentais comportam diversas concepções, divididas entre as materiais, que se referem ao próprio conteúdo desses direitos, e as formais, que procuram definir a sua forma ou estrutura lógica, isentas da preocupação com o seu conteúdo¹³⁷.

Em uma perspectiva material positivista, esses direitos correspondem a interesses ou bens reconhecidos pelo Estado como tais e, por isso, objetos de tutela jurídica. Já a perspectiva não positivista se aproxima da ideia jusnaturalista de que existem direitos inerentes ao homem, transcendentais, devido à sua própria condição de ser humano. A corrente eclética, por sua vez, busca harmonizar as perspectivas anteriores, reunindo a dimensão jusnaturalista transcendental com a dimensão positivista, designando-se os “conteúdos dos direitos como ‘exigências’ de determinados valores”, que seriam “definidas pela sua historicidade, mas que determinam um *dever ser* do *dever ser* positivo, pois que ‘hão de ser’ reconhecidas pela ordem jurídica interna e internacional”¹³⁸.

Merece crédito a concepção jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, visto que com ela nasceram os direitos fundamentais, como direitos naturais e inalienáveis do homem, sob o aspecto da sua condição humana. Assim, “fala-se de uma universalidade abstrata dos direitos

¹³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 183.

¹³⁶ *Idem, ibidem*, p. 182.

¹³⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 21.

¹³⁸ *Idem, ibidem*, p. 24.

fundamentais, no sentido de que eram reconhecidos a todos os homens, situando-se numa dimensão pré-estatal [...]”¹³⁹.

Analisando a perspectiva formal, esta se divide em perspectiva teórica e perspectiva dogmática. A primeira refere-se ao caráter universal dado aos direitos fundamentais, ou seja, a mínima moral comum que seria indispensável à convivência em sociedade. Esta concepção recebe críticas por ser possível que um direito fútil seja universalmente reconhecido como fundamental, em virtude de desprezar-se o conteúdo do direito para fins de defini-lo como tal. A seu turno, a perspectiva dogmática traduz como direitos fundamentais aqueles definidos pela ordem jurídica, seja ela concreta, como a ordem brasileira, seja ela abstrata, resultado de um consenso de determinada comunidade situada no tempo e no espaço¹⁴⁰.

Bobbio, ao refutar a tese jusnaturalista dos direitos humanos, afirma a impossibilidade de haver um fundamento absoluto para esses direitos. Durante muito tempo, estudiosos defenderam que certos direitos derivariam da natureza humana e, deste modo, seriam insuscetíveis de negação. No entanto, este fundamento naturalista esbarra na fragilidade apresentada pela própria natureza do homem. O autor justifica a afirmação com um exemplo:

[...] ardeu por muito tempo entre os jusnaturalistas a disputa acerca de qual das três soluções possíveis quanto à sucessão dos bens (o retorno à comunidade, a transmissão familiar de pai para filho ou a livre disposição pelo proprietário) era a mais natural e, portanto, devia ser preferida num sistema que aceitava como justo tudo o que se fundava na natureza. Podiam disputar por muito tempo: com efeito, todas as três soluções são perfeitamente compatíveis com a natureza do homem, conforme se considera este último como membro de uma comunidade (da qual, em última instância, sua vida depende), como pai de família (voltado por instinto natural para a continuação da espécie) ou como pessoa livre e autônoma (única responsável pelas próprias ações e pelos próprios bens)¹⁴¹.

Em posição radical, Dimoulis, por sua vez, afirma que da “natureza do homem” só é possível extrair-se os dados de sua constituição biológica. Em contrapartida, nenhum direito, obrigação ou regra de conduta social pode ser deduzida dessa pretensa natureza:

Um direito só existe juridicamente a partir da sua positivação, que estabelece o seu exato alcance. Sem este reconhecimento, tem-se simplesmente uma reivindicação política, que eventualmente pode permitir a positivação dos direitos fundamentais, mas, evidentemente, não permite reivindicar direitos em âmbito jurídico. A insistente referência a direitos naturais ou humanos objetiva *legitimar* o ordenamento jurídico. “Naturaliza” seus elementos, sugerindo que os direitos

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 64.

¹⁴⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 25.

¹⁴¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 16-17.

fundamentais hoje reconhecidos nas sociedades capitalistas são impostos pela natureza humana e, conseqüentemente, a sociedade capitalista é legitimada por estar em conformidade aos mandamentos da “natureza humana”¹⁴².

A visão existencialista do ser humano, elaborada no século XX, concebe o homem como produto do meio social em que está inserido, não sendo, portanto, algo permanente e imutável. Deste modo, é impossível aplicar ao ser humano a noção de natureza, forjada pela filosofia grega. Comparato aponta duas razões de o homem ser um contínuo devir, incompatível com a imutabilidade: o fato de a personalidade do homem ser moldada pelo peso do passado coletivo, uma vez que cada um nasce com uma visão de mundo carregada de valores, crenças e preconceitos e de a essência do homem ser evolutiva, sempre inacabada e em constante transformação¹⁴³.

Bobbio apresenta, ainda, quatro dificuldades ante a busca de um fundamento absoluto aos direitos do homem. O primeiro deles consiste em que a expressão é muito vaga, o que resulta em definições tautológicas, tal como “direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”. Aqueles que acrescentam algo acerca do conteúdo, utilizam expressões sujeitas a inúmeras interpretações, como ocorre ao definir-se que “direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o *aperfeiçoamento da pessoa humana*” ou “*para o desenvolvimento da civilização*”¹⁴⁴.

O segundo problema reside na historicidade de que são dotados os direitos humanos, ou seja, “o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc”¹⁴⁵. Deste modo, vê-se que não existem direitos fundamentais por natureza, em razão de sua variabilidade quanto às condições espaciais e temporais.

Outra questão levantada pelo autor refere-se à imensa heterogeneidade desses direitos, com pretensões, inclusive, incompatíveis entre si, de tal sorte que não há como reconhecer um fundamento único, mas sim múltiplos, uma vez que “as razões que valem para sustentar umas não valem para sustentar outras”¹⁴⁶.

¹⁴² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 50-51.

¹⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40-41.

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 17.

¹⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 18.

¹⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 19.

Por fim, tem-se o argumento de que, afora o contraste possível de existir entre direito fundamental de uma categoria de pessoas e direito igualmente fundamental de uma outra categoria, há antinomias entre os direitos invocados pelas mesmas pessoas. É o que se verifica com as chamadas liberdades negativas e liberdades positivas (poderes) declaradas, garantidas e protegidas pelo Estado. As primeiras consistem em um dever de abstenção do Estado, que não pode se imiscuir na vida privada de seus cidadãos, enquanto que os segundos referem-se ao ativismo estatal, ou seja, só podem ser concretizados diante de uma atuação positiva do Estado. Assim, em conclusão, Bobbio afirma que “são antinômicos no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros”, pois “quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos”¹⁴⁷.

Os direitos fundamentais são, em verdade, a síntese de um extenso processo de construção histórica e um importante marco na evolução dos direitos humanos corresponde à Revolução Francesa de 1789, com a célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, quando se deu o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos humanos pela ordem constitucional, muito embora de forma tímida e incompleta. Os direitos fundamentais passaram a ser entendidos como aqueles garantidos pela Constituição do Estado para a realização da igualdade entre os homens¹⁴⁸.

No decorrer do século XIX, progrediu a tendência de constitucionalização dos direitos fundamentais, até então já consagrados pelas constituições americana e francesa, destacando-se, ainda, a Constituição Espanhola de 1812, a Constituição Portuguesa de 1822, a Constituição Belga de 1831 e a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848. Durante o século XX houve continuidade na introdução de direitos fundamentais nas Constituições dos Estados soberanos e, em especial, de direitos relativos a aspectos de cunho social, econômico e cultural. Por fim, o que se vivencia na atualidade é a expansão dos direitos fundamentais na seara internacional, os quais têm merecido proteção supra-estatal cada vez maior, através de acordos e documentos declaratórios multinacionais¹⁴⁹.

A primeira fase de internacionalização dos direitos humanos teve início na segunda metade do século XIX e findou com a Segunda Guerra Mundial, em basicamente três áreas: direito humanitário, que compreende as normas ligadas aos conflitos bélicos, a fim de minorar

¹⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 21.

¹⁴⁸ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2003, p. 20. DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade genética**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 16-17.

¹⁴⁹ DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade genética**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 18-21.

os sofrimentos causados pela guerra; a luta contra a escravidão e o direito do trabalho, com a criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, em 1919¹⁵⁰.

As atrocidades cometidas contra a humanidade durante a Segunda Guerra levou ao reconhecimento do valor supremo do ser humano, o que auxiliou o aprofundamento da afirmação histórica dos direitos humanos. Assim, com o término da guerra, houve intensa produção de documentos internacionais de proteção do gênero humano, reconhecendo-se de forma global direitos e liberdades individuais, bem como inaugurando-se os direitos dos povos e os direitos da humanidade¹⁵¹. Foram, também, as Constituições do pós-guerra que positivaram os direitos do homem, quando passaram a consagrar o princípio da proteção à pessoa humana¹⁵².

A Constituição Federal do Brasil de 1988, após o longo período ditatorial, promoveu o processo de democratização no país e introduziu indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. Colocou-se, assim, entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria¹⁵³.

É, portanto, fácil de conceber que os direitos fundamentais “não surgiram ao mesmo tempo, nem foram resultados de um *big bang* jurídico que esteja a impedir a vista de alcançar o que havia antes da grande explosão”¹⁵⁴. Nesse aspecto, é possível se falar de diversas dimensões ou gerações de direitos, com o objetivo de evidenciar sua progressiva consagração na ordem jurídica.

É clássica a divisão dos direitos fundamentais em gerações sucessivas, não obstante essa concepção geracional dos direitos do homem sofrer inúmeras críticas. Com efeito, as dimensões de liberdade, igualdade e fraternidade “apesar de ascenderem à consciência ética da humanidade progressivamente, os direitos humanos não devem ser colocados um ao lado do outro, de maneira incomunicável, nem um à frente do outro, de modo sucessivo”¹⁵⁵. São, em verdade, unos e indivisíveis. Às preocupações com a proteção das liberdades, sucedeu-se a tutela das necessidades materiais e, posteriormente, da preservação do gênero humano. A essa

¹⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

¹⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 133-134.

¹⁵² FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 119.

¹⁵³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21-25.

¹⁵⁴ SAMPAIO, José Adécio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 133-134.

¹⁵⁵ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2003, p. 20.

forma de classificar os direitos fundamentais Araújo e Nunes Jr. denominam de evolutivo-cumulativa, uma vez que os direitos fundamentais não se substituem uns aos outros, mas sim se somam ao longo do tempo. Nas palavras dos autores:

Por esse enfoque, os Direitos Fundamentais são classificados em gerações, que decalcam a existência de um processo evolutivo-cumulativo desses direitos. Diz-se da existência de uma evolução cumulativa porque o processo de positivação jurídica dos direitos fundamentais é denotado por um aumento progressivo de aspectos da dignidade humana que passaram a ser objeto de proteção. Logo, além da verificação da evolução do ordenamento jurídico, constatou-se um processo de acúmulo, visto que às antigas formas de proteção somaram-se outras positivadas sucessivamente ao longo dessa evolução¹⁵⁶.

À primeira geração corresponderiam os direitos de liberdade, entendidos como aqueles direitos que impõem um *non facere* estatal. São direitos característicos do Estado liberal, pois, conforme Schmit, os direitos fundamentais variam de acordo com a modalidade de Estado, a ideologia, os valores e princípios consagrados na Constituição, enfim, cada Estado teria seus direitos fundamentais específicos¹⁵⁷.

No paradigma do Estado liberal, a partir de uma profunda perspectiva de dissociação entre as esferas pública e privada, os direitos fundamentais são interpretados como uma garantia de não-ingêrência estatal na esfera social a permitir que cada indivíduo busque, por si só, a felicidade. A autonomia divide-se, assim, em privada, garantida pelos direitos individuais de igualdade (formal) e liberdade, e pública, consubstanciada na soberania popular, por meio do exercício dos direitos políticos. Nesse contexto, figurava-se suficiente para o sucesso a igualdade perante a lei e a liberdade de realizar tudo o que não estivesse proibido¹⁵⁸.

O direito que se segue à Revolução Francesa tem, portanto, um cunho individualista. A recepção dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico atendeu ao objetivo fundamental de limitar o poder estatal, por meio de sua submissão aos direitos individuais, que se colocavam acima do próprio Estado. A eficácia funcional das instituições políticas do século XVIII concentrava-se “na existência da separação dos Poderes, no reconhecimento dos

¹⁵⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 116.

¹⁵⁷ SCHMIT, Carl *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 561.

¹⁵⁸ ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 233.

direitos individuais e no primado da Constituição escrita e rígida, instrumento jurídico de ordenação suprema dos poderes, dos direitos individuais e da eficaz limitação do Estado”¹⁵⁹.

O indivíduo é acima de tudo ele mesmo, tendo a possibilidade de agir por conta própria e a obrigação de assumir as responsabilidades pelo que faz. Foi o Código Civil de 1804, conhecido como Código de Napoleão, que melhor representou a primeira geração dos direitos do homem no decorrer do século XIX. A positivação dos direitos subjetivos do indivíduo seguiu a ideia liberal do Estado, em que deveria ser mínima a interferência estatal na esfera privada dos indivíduos¹⁶⁰.

Assim, Bonavides defende que os direitos de primeira geração “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico” e complementa serem “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Corresponde aos direitos civis e políticos¹⁶¹.

A segunda geração de direitos fundamentais é composta, tradicionalmente, pelos direitos sociais, econômicos e culturais, e surge em resposta ao fracasso do Estado liberal, preocupado apenas com a individualidade. Na Europa do século XIX, com a Revolução Industrial,

A população urbana cresce como cresce a mão-de-obra, pelo fluxo migratório vindo do campo e dos artesãos que vendiam seus ofícios, sob o hino promissor de um mercado supostamente capaz de absorver todos. Eis que se vêem uma legião de pedintes a crescer nas ruas e as filas da assistência pública se incharem assustadoramente. O discurso liberal não vislumbrava nenhum problema na mão invisível, senão a distinção entre os efetivamente necessitados por não apresentarem condições físicas de trabalhar e os oportunistas, os “mendigos de profissão”. Aos vagabundos, estes reincidentes, restava a prisão e a força; aos desamparados pela sorte, as *Workhouses* e os *Hospitales Générales*, mistos de asilo e de trabalho forçado.

[...]

Multiplicam-se os defensores das reformas e surgem os que vislumbravam a possibilidade de um mundo diferente para melhor. Melhor porque todos os homens seriam iguais, sem exploração e sem opressão de uns sobre os outros, baseado que seria na solidariedade ou no cooperativismo e não no individualismo ou na propriedade privada¹⁶².

¹⁵⁹ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 214.

¹⁶⁰ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 61-63.

¹⁶¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 563-564.

¹⁶² SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 195-196.

A história informa que, nessa época, o capitalismo europeu e a ausência do Estado geraram um elevado grau de injustiça social, em que houve o favorecimento dos mais poderosos, enquanto que a classe obreira submetia-se às mais degradantes condições de vida:

A jornada de trabalho se prolongava por dezesseis a dezoito horas, não havia férias; nenhum tipo de benefício social; crianças e mulheres eram jogadas nas fábricas por ser sua mão-de-obra mais barata; os ambientes de trabalho eram sujos e desagradáveis e os salários nada recompensadores. A participação do homem comum na vida política era nula, apesar dos ideais de liberdade, igualdade e direito à privacidade proclamados pela Declaração e pelo Code Napoléon¹⁶³.

Deste modo, a concepção ocidental dos direitos individuais projetada nas Constituições dos séculos XVIII e XIX, a partir das matrizes norte-americana e francesa, passou a sofrer reparos de novas correntes em ascensão. Não se negava a importância de tais direitos nem a sua inclusão nos textos constitucionais, no entanto criticava-se o seu individualismo e reclamava-se a sua complementação para conferirem uma proteção concreta ao ser humano. O reconhecimento dos direitos subjetivos do indivíduo exigiria, em contrapartida, deveres objetivos do Estado¹⁶⁴.

Os pressupostos para o constitucionalismo social estavam, portanto, prontos para serem desenvolvidos pelo crescimento político dos movimentos operários e camponeses, em razão do descontentamento das classes médias da sociedade e da crescente adesão ao ideário marxista. Culminou na busca de revisão do pensamento liberal, que não cumpriu o projeto de realizar uma razoável igualdade social, notadamente pós Revolução Industrial. Pelo contrário, o que se tinha à época era um quadro de pobreza das classes populares em contraste com uma minoria poderosa e cada vez mais rica¹⁶⁵.

O capitalismo provocou a degradação e coisificação do ser humano. De um lado, o capital é posto em um patamar de superioridade, enquanto que, de outro, o trabalhador é rebaixado à condição de mercadoria, de mero insumo no processo de produção, para, ao fim, ser dispensado e relegado ao lixo social como objeto descartável¹⁶⁶.

¹⁶³ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 63.

¹⁶⁴ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 217.

¹⁶⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 202.

¹⁶⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36.

Deste modo, no paradigma do Estado social ocorre uma profunda transformação na interpretação do direito, o qual passa a ser instrumento de distribuição de riqueza e de bem-estar, a fim de compensar as desigualdades sociais criadas¹⁶⁷.

Os chamados direitos sociais começaram, pois, a ganhar espaço nas Declarações solenes das Constituições marxistas e no constitucionalismo da social-democracia, sobretudo na Constituição de Weimar de 1919 (Alemanha). Em seguida, dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra¹⁶⁸. Surgiu, assim, a política do Estado de bem-estar social (Welfare State), comprometida a garantir ao cidadão o direito ao emprego, ao salário mínimo, ao seguro contra invalidez, à licença à maternidade, à aposentadoria e à assistência médica, além de outros benefícios¹⁶⁹.

Essa segunda geração de direitos traduz a fase evolutiva preocupada com a proteção da dignidade da pessoa humana. Preocupa-se, essencialmente, em satisfazer as necessidades mínimas do ser humano para que se possa viver com dignidade por meio da presença do Estado, no sentido de buscar a superação das carências individuais e sociais. São também conhecidos como “direitos de crença”, pois trazem a esperança de uma participação ativa do Estado¹⁷⁰.

Este novo rumo dado aos direitos fundamentais se filia intimamente ao postulado kantiano de o homem ser um fim em si mesmo, englobando não só o dever negativo de não prejudicar o próximo, mas também, positivamente, o de favorecer a felicidade alheia. Justifica-se, assim, não só o reconhecimento das liberdades individuais, como também os direitos relativos à realização de políticas públicas, ou seja, os direitos sociais, econômicos e culturais¹⁷¹.

Para Dimoulis, “a categoria dos *status positivus*, também chamados de direitos ‘sociais’ ou a prestações, engloba os direitos que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhorar suas condições de vida”. Os direitos de segunda

¹⁶⁷ ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 233.

¹⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 564.

¹⁶⁹ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 65.

¹⁷⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 117.

¹⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 37-38.

geração, portanto, justificam-se por objetivarem, mediante políticas públicas, a melhoria de vida de vastas categorias da população¹⁷².

A doutrina costuma distinguir as três espécies de direitos pertencentes à geração em comento:

Os *direitos sociais* propriamente ditos seriam aqueles necessários à participação plena na vida da sociedade, incluindo o direito à educação, a instituir e manter uma família, à proteção da maternidade e da infância; bem como para permitir o gozo efetivo dos direitos de primeira geração, como o reconhecimento do direito ao lazer e ao direito a não haver discriminação. Já os *direitos econômicos* se destinam a garantir um nível mínimo de vida e segurança materiais de modo a que cada pessoa desenvolva suas potencialidades. Estão nessa lista os direitos trabalhistas, a exemplo do direito ao trabalho e a um salário mínimo digno, e previdenciários, direitos de assistência social, do direito à saúde, à alimentação, ao vestuário e o direito à moradia. Por fim, os *direitos culturais* dizem respeito ao resgate, estímulo e à preservação das formas de reprodução cultural das comunidades, bem como se destinam a possibilitar a participação de todos nas riquezas espirituais comunitárias¹⁷³.

Cabe ressaltar, ainda, que tanto os direitos de segunda geração – sociais, econômicos e culturais – quanto os de primeira geração – civis e políticos – exigem do Estado uma atuação positiva em relação aos seus administrados, sendo um equívoco a visão de que apenas os primeiros demandariam uma prestação estatal, enquanto que os segundos, uma absoluta abstenção¹⁷⁴. Destarte, o Estado deixa de aparecer unicamente como um inimigo potencial da liberdade para passar a ser, também, seu defensor e protetor¹⁷⁵.

A terceira onda geracional funda-se no valor da fraternidade. Surge como resposta, essencialmente, à dominação cultural e ao alarmante grau de exploração das nações em desenvolvimento por aquelas desenvolvidas, bem como aos quadros de injustiça e opressão no próprio ambiente interno dessas e de outras nações. Esse contexto histórico revelou-se mais agudamente pelas revoluções de descolonização ocorridas após a Segunda Guerra Mundial¹⁷⁶.

Sob o prisma histórico, a mudança de paradigma pela primazia jurídica do valor da dignidade humana é resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares assumiram o poder em respeito à legalidade e promoveram a barbárie em nome da

¹⁷² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 57.

¹⁷³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 244-245.

¹⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 180.

¹⁷⁵ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**, textos selecionados e traduzidos por Caros dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42.

¹⁷⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 273-274.

lei. Nesse contexto, é possível compreender, no pós guerra, de um lado, a emergência do chamado direito internacional dos direitos humanos e, de outro, a nova feição do direito constitucional ocidental¹⁷⁷.

A característica essencial dos denominados direitos de terceira geração corresponde à necessidade de proteção a interesses e direitos metaindividuais, ou seja, do ponto de vista subjetivo têm titularidade indeterminada. Por outro lado, objetivamente, são direitos indivisíveis porque “a satisfação ou lesão do interesse não se pode dar de modo fracionado para um ou para alguns dos interessados e não para outros”, distinguindo-se, assim, em direitos coletivos e difusos¹⁷⁸. São direitos, pois, que se situam entre o interesse público (da coletividade como um todo) e o interesse estritamente privado (de cada indivíduo), ou seja, referentes a toda uma categoria ou grupo de pessoas que têm algo em comum¹⁷⁹. Nesse sentido:

A partir do momento em que as relações sociais deixaram de seguir o modelo individualista e passou-se a prestar mais atenção na relevância e não na titularidade do direito, o Estado teve que assegurar direitos com foco na coletividade e não apenas no titular da relação jurídica material¹⁸⁰.

O legislador ordinário brasileiro trouxe uma definição legal para direitos difusos e coletivos no parágrafo único do art. 81, de Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor):

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Conforme se depreende do texto legal, o elemento diferenciador reside no aspecto subjetivo: maior ou menor indeterminação dos titulares do direito. No âmbito dos direitos difusos a indeterminação é acentuada, pois estão ligados por circunstâncias fáticas e por isso

¹⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

¹⁷⁸ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 66.

¹⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 306.

¹⁸⁰ WEISS, Carlos *apud* FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2009.

contingentes, como residir em uma mesma cidade, exposição aos mesmos riscos etc. Em relação aos direitos coletivos, por sua vez, os sujeitos ligam-se por meio de uma relação jurídica, como no caso de interesses comuns em entidades de classe ou de compradores de um bem específico¹⁸¹.

Os direitos de terceira geração, portanto, não se dirigem à proteção de interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um Estado em específico. Seu titular é a humanidade, em um momento de afirmação como um valor supremo. Já se identificam nessa dimensão de direitos o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente, o direito do consumidor, os direitos da mulher, os direitos da criança, os direitos do idoso, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação¹⁸².

Em síntese, destaca o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal:

Enquanto os *direitos de primeira geração* (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os *direitos de segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade [...]¹⁸³.

Na esteira do que foi abordado, constata-se que os direitos fundamentais são, basicamente, fruto de reivindicações concretas, surgidas por situações de injustiça e agressão a bens elementares do ser humano. Todo esse processo de reconhecimento dos direitos fundamentais revela sua particularidade de ter o conteúdo aberto e mutável, ainda que seja possível observar certa permanência e uniformidade¹⁸⁴.

¹⁸¹ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, pp. 66-67. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 307-309.

¹⁸² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 571. SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 67.

¹⁸³ STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em 30.10.1995. Publicado no Diário de Justiça de 17.11.1995, p. 39.206. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=85691&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MS%20/%202022164>>. Acesso em: 7 nov. 2010.

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 61.

Os autores já mencionam uma quarta geração de direitos, sem, contudo, chegar a um consenso. Conforme Bonavides, os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo constituiriam a quarta geração¹⁸⁵.

Em outra perspectiva, Sauwen e Hryniewicz consideram que os direitos de quarta geração “têm por finalidade normatizar os efeitos da revolução biotecnológica sobre a sociedade em geral”, em razão da necessidade do direito em acompanhar a realidade social e trazer respostas aos impasses surgidos a partir das conquistas nessa área. Contribuíram para o novo pensar jurídico os conflitos advindos do Projeto Genoma Humano, da sofisticação das técnicas de RHA, do tráfico de embriões e órgãos, da produção de armas bioquímicas, da prática do controle de natalidade, da clonagem etc. Consideram, ademais, que a efetivação de direitos de quarta geração só será possível mediante acordos internacionais firmados entre os Estados, com o conseqüente revigoramento do direito internacional¹⁸⁶.

Relaciona-se, assim, o biodireito a uma nova dimensão dos direitos do homem. Este apresenta uma função pragmática, “que se expressa no compromisso profissional com a dimensão operacional do direito, ora se materializando em iniciativa de *lege lata*, ora apontando para realizações de *lege ferenda*”¹⁸⁷.

Sampaio, em síntese, demonstra a falta de homogeneidade entre os direitos considerados de quarta geração:

[...] Seriam, para alguns, desdobramento da terceira geração, com o destaque necessário para a vida permanente e saudável na e da Terra, compondo os direitos intergeracionais a uma vida saudável ou a um ambiente equilibrado [...]. Também incluiriam limites ou restrições aos avanços da ciência e especialmente da biotecnologia nos domínios da interferência com a liberdade, a igualdade e dignidade humanas. Assim temos os direitos bioéticos ou biodireitos, referidos à manipulação genética, à biotecnologia e à bioengenharia. [...]

Há pensadores, no entanto, que encartam na quarta geração os direitos de efetiva participação cidadã que alargaria as fronteiras democráticas. Bonavides (2001) é um deles. [...]

A revolução da tecnologia da informação, que produziu sérios impactos nas relações humanas e em sua normatividade, merece, para Anawalt (1985) e, especialmente, Neshat (2003), o destaque de uma série de direitos que, além de reunir elementos das gerações anteriores, da liberdade, da igualdade e dos direitos coletivos, apresenta uma noção única de “comunicação”, inter-relacionada com a mídia de massa, com a internet e os meios digitais, teletransmissores, radiofônicos e televisivos a cabo e por satélite, tanto a exigir um acesso universal aos seus benefícios e a garantir a expressão da diversidade cultural quanto a proteger a humanidade ou segmentos sociais mais frágeis de abuso de seus recursos e monopólios, Seriam resumidos sob o rótulo de um “direito à comunicação” ou “a comunicar-se” (*right to communicate*). [...]

¹⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 571.

¹⁸⁶ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, pp. 69-70.

¹⁸⁷ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2003, p. 163.

Outros veem essa fase como o tempo dos direitos das mulheres, considerando-se que os direitos humanos sempre foram do homem como gênero opressor. Tais direitos seriam tanto de igualação de oportunidades, de não discriminação e de não ser vítima de violência, quanto “direitos sexuais” ou “reprodutivos” [...].

A propósito dos avanços científicos, uma quarta orientação analisa a proteção da dignidade humana, independentemente do gênero, contra os possíveis abusos do progresso tecnológico como integrante da quarta geração [...].

Autores como Z. Arat (1991) preferem identificar nessa fase geracional os direitos de todos os grupos sociais mais vulneráveis, para além das mulheres, as crianças, os idosos e os portadores de necessidades especiais, numa mistura de direitos civis, políticos e sociais subjetivamente afetados¹⁸⁸.

Sarlet observa, a seu turno, que a afirmação de uma quarta geração de direitos fundamentais significaria, em verdade, “vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade”¹⁸⁹.

Tendo como ponto de partida essa classificação, em que os direitos fundamentais aparecem divididos em gerações, de acordo com o seu grau de desenvolvimento histórico e jurídico-constitucional, estar-se-á forçado a concluir que o mundo jurídico, por força dos avanços das biociências, está diante de uma nova geração de direitos e deveres fundamentais¹⁹⁰.

Cumprе ressaltar, novamente, que a classificação dos direitos humanos em gerações sucessivas tem o mérito de mostrar de forma simples e didática a evolução histórica de tais direitos, no entanto não deve ser tomada de maneira estritamente compartimentalizada e estanque¹⁹¹. A evolução ocorre de forma cumulativa, não havendo superação da geração anterior pela posterior.

Como visto, entre esses novos direitos, que passam a ser discutidos pelos *experts*, estão aqueles derivados do conhecimento adquirido por meio da evolução científica na área da genética, “considerado por muitos o conhecimento mais importante e fundamental, pois cria novos paradigmas para a própria existência humana”¹⁹².

No âmbito da unidade e da indivisibilidade, o biodireito, como a mais recente compreensão do direito à vida, não pode ser considerado senão em sua pluridimensionalidade, abarcando tanto o direito a não ser privado arbitrariamente da própria existência (direito de liberdade) como o direito a condições dignas de vida (direito de igualdade). Além das

¹⁸⁸ SAMPAIO, José Adécio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 278-281.

¹⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 60.

¹⁹⁰ XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 53.

¹⁹¹ SAMPAIO, José Adécio Leite, *op. cit.*, p. 290.

¹⁹² DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade genética**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 27.

dimensões da individualidade dadas pelos valores liberdade e igualdade, o biodireito também possui uma dimensão transindividual. Esta terceira dimensão, que consagra o valor fraternidade, é melhor compreendida na medida em que se reconhece que a proteção integral da vida humana não prescinde da proteção da vida dos demais animais, assim como a coexistência dos seres vivos também não prescinde da efetiva proteção das fontes de riqueza material dadas pela natureza¹⁹³.

Pode-se concluir que os “biodireitos fundamentais fixam os limites da intervenção tecno-científica no ser humano nas mais diversas situações, desde a concepção até após a morte” e são espécies “o direito de recusar a participar em pesquisas, o direito de decidir se submeter ou não a uma intervenção ou tratamento, o direito de não ser discriminado, injustamente, com base em caracteres genéticos e o direito ao controle sobre as informações provenientes dessas situações”¹⁹⁴.

Por tudo já exposto acerca dos direitos fundamentais, para o desenvolvimento deste trabalho e, em especial, como pressuposto do capítulo seguinte, em que se propõe à solução do conflito entre direitos fundamentais, importa encará-los como direitos relativos, que se modificam quantitativa e qualitativamente a depender do contexto temporal e espacial a que estiverem submetidos e podem ser parcialmente sacrificados no caso concreto.

Durante muito tempo, pois, os direitos fundamentais foram considerados inatos, absolutos, invioláveis e imprescritíveis. Atualmente, porém, concebe-se que têm caráter relativo. Isto porque são dotados de historicidade, uma vez que nascem, modificam-se e desaparecem. É o que se depreende da doutrina de Alexandre de Moraes:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*)¹⁹⁵.

Ante as reflexões da filosofia contemporânea sobre a essência histórica da pessoa humana, que se apresenta como um constante “vir-a-ser”, somada à comprovação científica da evolução biológica, perde sentido o embate entre partidários de um direito natural estático e imutável e os defensores do positivismo jurídico, para os quais não há direito fora do

¹⁹³ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito**: a nova fronteira dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2003, p. 22-23.

¹⁹⁴ XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 57.

¹⁹⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 28.

Estado. Em contrapartida, é cada vez mais sólido o fundamento da tese do caráter histórico dos direitos humanos¹⁹⁶.

O atributo da historicidade pertencente aos direitos fundamentais do homem leva ao reconhecimento de que a positivação de tais direitos costuma ser resultado direto de circunstâncias criadas pelas grandes descobertas científicas ou invenções técnicas. Ou seja, a evolução na declaração jurídica dos direitos fundamentais possui relação direta com a evolução ocorrida nas mais diversas áreas da experiência humana¹⁹⁷. Outra tendência atribuída à historicidade dos direitos fundamentais é o fato de modificarem-se, quantitativa e qualitativamente, ao longo do tempo, em resposta às necessidades humanas em dado momento histórico. De fato, o rol de direitos fundamentais já positivados se encontra em constante ampliação, da mesma forma que o conteúdo daqueles já reconhecidos podem ter alterado seu campo de abrangência, mediante a absorção de novas características. Destarte, conclui-se não ser surpresa que “o desenvolvimento vertiginoso da tecnologia ocorrido nas últimas décadas traga consigo a necessidade de criação de novos direitos humanos fundamentais, ou venha a modificar o conteúdo daqueles já existentes”¹⁹⁸.

Por este motivo, pode-se afirmar que “só podemos observar algo com os olhos que temos, marcados socialmente e historicamente datados, e não com supostos olhos divinos e atemporais. Nossos olhos são sempre os olhos de uma sociedade determinada, de determinada época”¹⁹⁹.

2.2 Direito ao conhecimento da origem genética

Dentre os novos direitos humanos ou fundamentais, têm especial destaque aqueles que atingem de forma mais direta a constituição humana, enquanto espécie e pessoa²⁰⁰.

O direito ao conhecimento da origem genética se sobressai pela sua importância na conformação do ser humano e consiste na faculdade que deve ser reconhecida a todo o ser

¹⁹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44.

¹⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 50.

¹⁹⁸ DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade genética**. São Paulo: SRS Editora, 2008, pp. 7-10.

¹⁹⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de *apud* ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 232.

²⁰⁰ XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 57.

humano de, sem entraves injustificáveis, buscar a identidade dos respectivos progenitores e, eventualmente, ver reconhecido juridicamente esse vínculo biológico²⁰¹.

De extrema lucidez a consideração de Hironaka sobre a relevância de tal direito:

[...] independentemente da apuração ou verificação de consequências outras, que corram ao viés da pretensão-âmbito do investigante, existe inscrito no coração de cada homem, desde sempre e desde a sua auto-compreensão a respeito de sua origem, um anseio de conhecer melhor, por meio dos indícios certos e dos indicadores científicos de sua raiz genética²⁰².

Em consonância ao explorado no Capítulo 1, a atual Constituição Federal abandonou a primazia da origem genética para fixar a filiação e valorizou o aspecto socioafetivo ao atribuir prioridade à convivência familiar.

De início, cumpre ressaltar, portanto, que, segundo a melhor doutrina, o direito ao conhecimento da origem genética não se confunde com o reconhecimento da filiação. A Constituição Federal de 1988, ao tratar da família, desconsiderou a natureza patriarcal, igualando-se os direitos do homem e da mulher no exercício do poder familiar, bem como a natureza matrimonial, ao reconhecer a união estável, a família monoparental e a não permitir qualquer espécie de discriminação em relação a filhos havidos ou não durante o casamento. Assim, fazer coincidir a filiação com a origem genética é transformar um fato cultural em determinismo biológico²⁰³.

Assim, em conformidade ao anteriormente delineado, nenhuma conclusão da bioética aponta para atribuir a paternidade ao doador anônimo do sêmen²⁰⁴. Não se está aqui a discutir a atribuição de vínculo de paternidade entre o doador e o filho concebido através de técnicas de RHA heteróloga, mas sim o direito da personalidade pertencente a este filho. Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação.

Conclui-se, destarte, que o direito ao conhecimento da origem genética não está coligado necessária ou exclusivamente à presunção de filiação e paternidade, haja vista a desnecessidade do vínculo biológico para configuração do vínculo jurídico.

O direito à origem genética prescinde da investigação de paternidade, já que consiste em perquirir os dados capazes de desvendar a história da saúde físico-psíquica dos

²⁰¹ REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 13.

²⁰² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 27, dez./mar. 1999/2000, p. 325.

²⁰³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 224.

²⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 66.

ascendentes biológicos sem, contudo, ter a intenção de estabelecer o parentesco legal ou de pleitear direitos sucessórios ou pensão alimentícia do genitor biológico²⁰⁵.

Sua natureza é de direito da personalidade. Simultaneamente às intensas transformações sofridas pela direito de família, consolidou-se a elaboração dos direitos da personalidade nas últimas décadas, voltados para o que cada pessoa tem de mais seu, como atributos inatos e inerentes. Coexistem, pois, dois universos distintos, cuidando o direito de família dos direitos e deveres das pessoas no interior do grupo familiar e os direitos da personalidade da pessoa em si, sem relação originária com qualquer outra ou qualquer grupo. A origem genética deixou de ter seu papel de exclusivo legitimador da filiação, migrando, assim, para o campo dos direitos da personalidade²⁰⁶.

Os direitos da personalidade são pluridisciplinares e por isso é possível afirmar que pertencem aos campos do direito civil, do direito constitucional e da filosofia, concorrentemente. Sua inserção na Constituição deu-lhes mais visibilidade, mas não os subsumiu inteiramente nos direitos fundamentais. Do mesmo modo, a destinação de capítulo próprio do novo Código Civil brasileiro não os faz apenas matéria de direito civil. Na perspectiva do direito constitucional são espécies do gênero direitos fundamentais e assim são tratados pelos publicistas. Na perspectiva do direito civil, constituem o conjunto de direitos inatos da pessoa humana, que prevalecem sobre todos os demais direitos subjetivos privados. No entanto, o estudo unitário da matéria, em suas dimensões constitucionais e civis, tem sido melhor sistematizado no direito civil constitucional, apto a harmonizá-las de modo integrado.²⁰⁷

O direito à identidade pessoal do ser humano compreende tudo aquilo que o identifica como indivíduo singular, seja a sua história genética, seja sua história pessoal (dados sociais, identidade civil de ascendentes e descendentes etc)²⁰⁸.

Decorre do direito à identidade pessoal o direito à identidade genética, bem jurídico que pode ser visualizado sob duas diferentes óticas ao considerar-se de um lado o seu aspecto

²⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 565.

²⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **R. CEJ**, Brasília, n.27, out./dez. 2004, p. 48.

²⁰⁷ *Idem*. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 5 nov. 2010.

²⁰⁸ KRELL, Olga Juberto. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 171.

unitário, patrimônio da humanidade, e de outro o individual, direito fundamental a uma individualidade ou singularidade genética²⁰⁹.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos, adotada pela Conferência Geral da *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* (UNESCO), em sua 29ª sessão, em 1997, dispõe, a respeito da universalidade da identidade genética, que “o genoma humano constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana, assim como do reconhecimento de sua inerente dignidade e diversidade. Em sentido simbólico é o legado da humanidade”.

No âmbito individual, a sede do direito em questão reside no direito da personalidade, que toda pessoa humana é titular, na espécie direito à vida, pois as ciências biológicas têm ressaltado a insuperável relação entre medidas preventivas de saúde e ocorrências de doenças em parentes próximos, além de integrar o núcleo da identidade pessoal, que não se resume ao nome²¹⁰.

Deste modo, a evolução científica tem demonstrado a necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos, para fins de prevenção da saúde e, conseqüentemente, da própria vida²¹¹.

Nesse contexto, a medicina preditiva é um novo ramo da medicina que se define por práticas, em especial de diagnóstico genético, cuja proposta é antever o surgimento de doenças como consequência de uma predisposição individual, tendo como meta a recomendação de melhor forma de preveni-las ou remediá-las²¹². Destarte, é irrefutável a importância do conhecimento dos dados genéticos, a fim de resguardo do direito à vida e à saúde do filho concebido por meio das técnicas de reprodução assistida heteróloga, no tocante a ter-se ciência das doenças e males que acometem seus ascendentes e ao poder de tratamento eficaz²¹³.

De um lado, a identidade pessoal é considerada absoluta, visto que todo ser humano é único, original, irrepitível e insubstituível. Os estudos citogenéticos, deste modo, garantem a certeza de que nunca existiram, não existem e nem existirão dois indivíduos geneticamente

²⁰⁹ CHUT, Marcos André. **Tutela jurídica do genoma humano e a teoria do mínimo ético**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 29.

²¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 224.

²¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **R. CEJ**, Brasília, n.27, out./dez. 2004, p. 53.

²¹² PERUCHI, Samuel Maccarini. **Medicina preditiva: direito à intimidade genética e suas implicações na relação de trabalho**. 2009. Monografia – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009, p. 9.

²¹³ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 135.

idênticos, salvo os casos de gêmeos univitelinos. Conclui-se que a identidade pessoal ou a individualidade do ser humano “revela-se como um direito à diferença, ou seja, se é igual aos demais seres humanos em direitos e deveres é diferente em seus particulares caracteres humanos”²¹⁴. Por este motivo, condenam-se as discriminações.

É consenso afirmar que o ser humano se distingue dos outros animais pela consciência que tem de si mesmo. A identidade individualizadora constitui, portanto, o pressuposto para o reconhecimento de uma dignidade autônoma, que possibilita ao ser humano a escolha dos caminhos pelos quais trilhará a sua permanente construção como pessoa. Destarte, o indivíduo precisa que lhe sejam facultadas as condições necessárias para mensurar as suas próprias referências, ou seja, é carecedor de auto-conhecimento. Nesse contexto, os peritos (psicólogos, sociólogos, juristas) frequentemente referem o surgimento de uma curiosidade saudável no curso do processo de formação da personalidade, sobretudo no final da adolescência, relativamente à proveniência, reconhecendo-se a prejudicialidade da lacuna na consolidação dessa personalidade²¹⁵.

Deste modo, é forte e razoável “a ideia de que alguém possa pretender tão apenas investigar a sua ancestralidade, buscando sua identidade biológica pela razão de simplesmente saber-se de si mesmo”²¹⁶.

De outro lado, não obstante a reconhecida individualidade humana, não se pode deixar de reconhecer a importância de sua história e de sua inserção no meio social. Então, a família e o nome se revestem de importância capital na identidade pessoal do ser humano, decorrendo desta historicidade diversos direitos como o de conhecer sua origem genética e de seus genitores, bem como o de constituir-se por meio de uma família²¹⁷.

Assim, a localização societária do ser humano é um pressuposto do completo e adequado arremate do ciclo de sua individualidade, a qual postula tanto uma afirmação pessoal hetero-relacional, como a já citada completa compreensão auto-referencial²¹⁸.

Independentemente da unidade da natureza humana proclamada pela UNESCO, é plenamente factível constatar a existência ímpar de cada indivíduo e, em razão disto, mister guardar respeito pela carga genética singular de cada ser humano. Nesse sentido, “a dimensão

²¹⁴ CHUT, Marcos André. **Tutela jurídica do genoma humano e a teoria do mínimo ético**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 37.

²¹⁵ REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 13-15.

²¹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 27, dez./mar. 1999/2000, p. 325.

²¹⁷ CHUT, Marcos André. **Tutela jurídica do genoma humano e a teoria do mínimo ético**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 39.

²¹⁸ REIS, Rafael Luís Vale e, *op. cit.*, p. 13-14.

global do ser humano e a proteção de sua individualidade estão umbilicalmente ligadas aos direitos humanos”²¹⁹.

Ambas as concepções de identidade personalíssima do indivíduo e de identidade genética do ser humano enquanto espécie se articulam em uma relação de interdependência, na qual a manutenção das características de uma depende da outra, ressalvadas as mutações causadas pelos influxos social e natural. Ou seja, “a preservação da integridade do genoma humano depende essencialmente das defesas possíveis em torno da identidade genética personalíssima do indivíduo, daí a importância de todas as articulações político-normativas para sua proteção”²²⁰.

A aceitação do acolhimento pelo direito constitucional do multirreferido direito ao conhecimento da origem genética suscita a atenção dos juristas. De fato, em ordenamentos constitucionais semelhantes ao brasileiro, a qualificação desse direito como fundamental determina a sua sujeição a um regime jurídico específico, sobretudo no que diz respeito aos limites da intervenção legislativa.

Após a Segunda Guerra Mundial, em razão do tratamento desumano reservado justamente a seres humanos, as constituições ocidentais passaram a adotar textos abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade da pessoa humana. Consistiu na busca pela reaproximação da ética e do direito, que fez surgir a força normativa dos princípios, notadamente do princípio da dignidade humana²²¹.

Este valor, juntamente com o valor dos direitos e garantias fundamentais, vem a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico²²².

Na discussão sobre a técnica a ser utilizada para introdução de direitos da personalidade no ordenamento civil, a doutrina diverge. Nesse aspecto, existem duas correntes distintas: a primeira, conhecida por teoria monista, defende um direito geral da personalidade que envolve todos os valores considerados essenciais à pessoa humana. Já a segunda, denominada pluralista, defende a pluralidade dos direitos da personalidade ora pela exigência de sua tipificação legal, merecendo tutela jurídica apenas aqueles direitos

²¹⁹ REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 38.

²²⁰ XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 59.

²²¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29.

²²² *Idem, ibidem*, p. 32.

expressamente previstos, ora pela existência de uma pluralidade indeterminada, em razão da dificuldade de previsão legal satisfatória e integral²²³. Conclui-se, deste modo, que o debate entre as duas correntes pluralistas reside em definir se o rol normativo dos direitos da personalidade apresenta-se *numerus clausus* (tipicidade fechada) ou *numerus apertus* (tipicidade aberta)²²⁴.

A Constituição de 1988 consagra, ao fim da extensa declaração de direitos, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Ao estabelecer diretrizes e linhas básicas, a Constituição não detém a pretensão da completude. Assim, sua efetiva incompletude justifica a abertura material incluída pela cláusula do art. 5º, § 2º, da CF/88, que permite a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento político. O rol dos direitos fundamentais é, destarte, meramente exemplificativo.

Essa abertura material dos direitos fundamentais é, a propósito, tradição do modelo

Através de uma interpretação sistêmica permite-se verificar a consagração de uma cláusula geral da tutela da personalidade humana. Assim, embora nossa Constituição não contenha, em seu texto, dispositivo específico destinado a tutelar a personalidade humana, reconhece e tutela o direito geral da personalidade através do princípio da dignidade humana da pessoa, que consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo²²⁸.

Perfilhando-se ao entendimento da tipicidade aberta, é factível, deste modo, que o catálogo *numerus apertus* de direitos fundamentais abrigue novas posições jurídicas fundamentais ainda não positivadas. Pode-se afirmar que o sistema brasileiro de direitos fundamentais é oxigenado, ou seja, possibilita a reação do legislador em face aos avanços científicos da contemporaneidade. É essencial que a identificação de tais posições jurídicas pelo hermenauta deva pautar-se pelo critério da fundamentalidade ou pela vinculação entre a dignidade humana, o direito fundamental à vida e o impacto das novas tecnologias²²⁹.

Cabe, ademais, ao Poder Judiciário, a partir desse conceito aberto, erigir à condição de fundamentais aqueles direitos dotados de essencialidade, pela via da interpretação e aplicação do direito quando provocado a se posicionar em casos concretos²³⁰. No sentido de reconhecer a fundamentalidade do direito ao conhecimento da origem genética já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Direito civil. Família. Ação de declaração de relação avoenga. Busca da ancestralidade. Direito personalíssimo dos netos. Dignidade da pessoa humana. Legitimidade ativa e possibilidade jurídica do pedido. Peculiaridade. Mãe dos pretensos netos que também postula seu direito de meação dos bens que supostamente seriam herdados pelo marido falecido, porquanto pré-morto o avô.

- Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis erga omnes.

- Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana.

- O direito à busca da ancestralidade é personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/88.

[...]

- A jurisprudência alemã já abordou o tema, adotando a solução ora defendida. Em julgado proferido em 31/1/1989 e publicado no periódico jurídico jurídico NJW (Neue Juristische Woche) 1989, 891, o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG) afirmou que “os direitos da personalidade (Art. 2 Par. 1º e Art. 1º Par. 1º da Constituição Alemã) contemplam o direito ao conhecimento da própria origem genética.” - Em

²²⁸ SZANIZKSKI, Elimar *apud* FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2009, p. 130.

²²⁹ CHUT, Marcos André. **Tutela jurídica do genoma humano e a teoria do mínimo ético**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 41.

²³⁰ KRELL, Olga Jubert Oliveira. **Reprodução humana assistida e filiação civil**: princípios éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2006, p. 100-101.

hipótese idêntica à presente, analisada pelo Tribunal Superior em Dresden (OLG Dresden) por ocasião de julgamento ocorrido em 14 de agosto de 1998 (autos n.º 22 WF 359/98), restou decidido que “em ação de investigação de paternidade podem os pais biológicos de um homem já falecido serem compelidos à colheita de sangue”.
[...]
Recurso especial provido²³¹.

Nesse contexto, pela abertura material dos direitos fundamentais na atual ordem constitucional brasileira é possível o reconhecimento de um direito fundamental à identidade genética.

Os diversos textos jurídicos, além de o situarem como decorrência do direito à vida, têm enquadrado o direito em tela ora sob a tutela da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento da personalidade, ora sob a tutela da vida privada.

Segundo Reis, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) reconheceu na tutela da vida privada dimensões que podem fundamentar um direito fundamental ao conhecimento da origem genética. Entendeu-se que “o respeito pela *vida privada* exige que cada pessoa possa estabelecer os detalhes de sua identidade de ser humano, sem que as autoridades a impeçam de obter essas informações fundamentais, a não ser nos casos em que exista justificção adequada”²³². Ainda de acordo com o autor, compreende-se a posição adotada ante a ausência de previsão específica na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, sobre um direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade. No entanto, sem prejuízo de se considerar a sua ligação com a tutela jurídica à vida privada e familiar, a construção do direito ao conhecimento da origem genética deve partir daqueles últimos.

De maneira ampla, pode-se também afirmar que o direito ao conhecimento da origem genética decorre do direito fundamental à vida, visto que este abarca o direito à identidade, o direito à história e à informação da ascendência genética do ser humano, ou seja, de sua origem, a fim de torna-lo único²³³.

Em posição contrária, Queiroz não considera como fundamental o direito ao conhecimento da origem genética. Segundo a autora, a revelação da herança genética à criança, concebida por meio de reprodução humana assistida heteróloga, “instauraria uma

²³¹ STJ – Segunda Seção – Resp nº 807.849/RJ – Rel. Min. Nancy Andrighi. Votação Unânime. Julgamento em 24.03.2010. Publicado no Diário de Justiça eletrônico de 06.08.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=957465&sReg=200600032847&sData=20100806&formato=PDF>. Acesso em: 7 nov. 2010.

²³² REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 25-26.

²³³ CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da reprodução humana assistida**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 130.

situação ambivalente, com a descoberta de uma multiparentalidade, o que só geraria conflitos altamente prejudiciais à pessoa”. Por conseguinte, admite que, uma vez consolidada a filiação socioafetiva, a criança encontrar-se-ia com sua identidade familiar definida, não sendo viável e salutar uma troca de identidade para sua formação. Conclui, ainda, que o objetivo da permissão legislativa de investigar a paternidade consiste em auxiliar aqueles que busquem a formação de sua identidade pessoal e social, bem como em favorecer a convivência familiar, chamando os pais às suas responsabilidades, pressupostos estes ausentes no caso de reprodução humana assistida²³⁴.

Em que pese os argumentos desenvolvidos pela autora, verifica-se a confusão feita entre os conceitos de identidade genética e de identidade de filiação, cuja possibilidade de ocorrência foi anteriormente alertada. Em suma, o conhecimento acerca da origem genética não possui o condão de desconstituir a filiação socioafetiva já estabelecida, visto que, contemporaneamente, a verdade biológica deixou de ser absoluta para configuração do vínculo. A informação sobre a origem genética consiste apenas em mais um elemento para a formação da individualidade do ser humano, o qual não pode ser negado de forma injustificada.

Assim, frise-se, com suporte na melhor doutrina sobre o tema, inexistente a possibilidade de se firmar vínculo entre doador e criança, pois ao manifestar seu consentimento, o doador “ciente de todas as informações de caráter biológico, ético, jurídico e econômico, demonstra sua concordância em não estabelecer qualquer vínculo entre ele e a criança concebida, o que lhe tira qualquer responsabilidade em relação a esta²³⁵”.

Mais um argumento válido em defesa do direito ao conhecimento da ascendência genética situa-se no art. 226, § 6º, da CF/88. O reconhecimento pela ordem jurídica do tratamento igualitário dos filhos havidos em quaisquer circunstâncias permite concluir pelo direito de a criança gerada por meio de reprodução assistida heteróloga conhecer sua origem da mesma forma que outro indivíduo nascido de relações sexuais tem conhecimento. Não conferir a todos os mesmos direitos e qualificações seria agir de forma discriminatória, inaceitável pela nova ordem constitucional que apresenta como objetivo da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor,

²³⁴ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade:** aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 128.

²³⁵ CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da reprodução humana assistida.** São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 125.

idade e quaisquer outras formas de discriminação”²³⁶. Assim, todas as pessoas têm direito ao conhecimento da identidade genética, corolário do direito à identidade pessoal, que se constitui em elo entre o indivíduo e a sociedade em geral.

Parte da doutrina defende a tese de que se deve atribuir responsabilidades a quem doa a vida e personalizar tal doação. Deve-se conferir ao menor a possibilidade de conhecer não somente as próprias origens genéticas, mas também sociais e culturais. Enfatize-se que o patrimônio genético não é totalmente insensível no futuro às condições de vida do ser humano, visto que conhecê-lo possibilita a evitarem-se relações incestuosas e estabelecer uma relação entre o titular do patrimônio genético e quem nasce, sem, contudo, gerar efeitos patrimoniais²³⁷.

Deve-se considerar, ainda, que diante da globalização e evolução tecnológica que derrubaram barreiras e encurtaram as distâncias dos relacionamentos pessoais, não se pode olvidar a importância de se conhecer os dados genéticos, com o fim precípua de evitar a ocorrência de impedimentos matrimoniais, tais como os casamentos ou uniões entre ascendentes e descendentes ou entre irmãos²³⁸.

Ademais, é importante ter claro que o conhecimento da ascendência genética constitui-se em um direito e não em um dever. Isso significa que a ninguém é facultado obrigar outrem a conhecer a própria origem genética. Em contrapartida, todos os filhos têm o direito de conhecê-la, caso o queiram, independentemente da natureza de seus vínculos familiares²³⁹.

Por fim, é prudente transcrever o alerta de Diniz a respeito da reprodução humana assistida:

Necessário será refletir sobre essa técnica conceptiva, apontando as consequências jurídicas que as situações acima apontadas poderão criar, sem, contudo, olvidar os remédios para sua possível solução, apresentando algumas sugestões de *lege ferenda* para minimizar, em pequena escala, seus efeitos tão negativos. Isto é assim porque, com a fertilização assistida, no porvir, poder-se-á ter uma legião de seres humanos feridos na sua constituição psíquica e orgânica, e, além disso, o anonimato do doador do material fertilizante traz em si a perda da identidade genética do donatário, a possibilidade de incesto e de degeneração da espécie humana²⁴⁰.

²³⁶ CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. **Os direitos fundamentais e as técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga**. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/36/72/3672>>. Acesso em: 26 out. 2010.

²³⁷ NUNES, Lyda Neves Bastos Telles. Breves considerações em torno do direito de família no contexto dos direitos fundamentais. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v.1, n.46, jul./dez. 2006, p. 116.

²³⁸ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 135.

²³⁹ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2003, p. 61.

²⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 555.

2.3 Manutenção do anonimato do doador

Em princípio, é *conditio sine qua non* a formação da ideia de que a privacidade corresponda a um valor a merecer proteção do Estado, a fim de reconhecê-la como direito humano fundamental.

Sob esse rótulo abrangente, cabem os direitos da personalidade que resguardam de interferências externas os fatos da intimidade e da reserva da pessoa, que não devem ser levados ao espaço público²⁴¹.

Ressalva-se que não há uniformidade na terminologia utilizada para denominação do direito à privacidade. Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, por existir uma relação de continência, sendo o primeiro mais restrito que o último. Portanto, intimidade diz respeito às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto que vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc²⁴².

Araújo e Nunes Jr., ao se referirem à intimidade e à vida privada, realizam distinção esclarecedora:

Em resumo, a conclusão que se extrai do texto constitucional é que a vida social dos indivíduos não possui somente dois espaços, o público e o privado, pois neste se opera nova subdivisão, entre a intimidade e a privacidade propriamente dita.

[...]

Podemos vislumbrar, assim, dois diferentes conceitos. Um, de privacidade, onde se fixa a noção das relações interindividuais que, como as nucleadas na família, devem permanecer ocultas ao público. Outro, de intimidade, onde se fixa uma divisão linear entre o “eu” e os “outros”, de forma a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos. Assim, o direito de intimidade tem importância e significação jurídica na proteção do indivíduo exatamente para defendê-lo de lesões a direitos dentro da interessoalidade da vida privada.

Os exemplos poderão elucidar as diferenças. As relações bancárias de um indivíduo estão dentro do círculo da privacidade. Da mesma forma, seus relacionamentos profissionais, assim como o rol de seus clientes. Por outro lado, os segredos pessoais, as dúvidas existenciais, a orientação sexual compõem o universo da intimidade²⁴³.

²⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4445>>. Acesso em: 3 nov. 2010.

²⁴² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 48.

²⁴³ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 152.

Em que pese as diferenciações trazidas, prefere-se “usar a expressão *direito à privacidade*, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade [...]”²⁴⁴.

Existem três correntes fundamentais que se referem ao tema: a) a abordagem cética, segundo a qual a privacidade não comportaria, *a priori*, um valor positivo, pois em determinados contextos pode ser fonte de hipocrisia e até mesmo inviabilizar a responsabilização por erros cometidos; b) a abordagem fundamentalista, por sua vez, reconhece o valor inerente à privacidade e defende ter um sentido unificador, cujo âmbito de proteção inclui a inviolabilidade da personalidade ao abranger a integridade, dignidade e autonomia pessoal; c) a corrente compartimentalizada também reconhece valor à privacidade, no entanto entende que sua proteção deve restringir-se a determinadas situações concretas, ponderando-se os resultados com os interesses dos indivíduos e da sociedade²⁴⁵.

É possível extrair que tais posições não são verdadeiramente antagônicas entre si. Todas as abordagens são necessárias para a defesa do que venha a ser eticamente justo em face de cada caso concreto. Ademais, conforme já apresentado, na atualidade os direitos fundamentais não são mais considerados absolutos, permanentes e imutáveis. Ao contrário, doutrina e jurisprudência demonstram a forte tendência a buscar soluções harmônicas que preservem o equilíbrio entre quaisquer direitos igualmente garantidos aos indivíduos.

Por meio da consideração da privacidade como um valor juridicamente qualificado, é possível a salvaguarda de um espaço íntimo do ser humano intransponível por intromissões ilícitas externas²⁴⁶. Em suma, protege uma necessidade ou um bem básico para a livre autodeterminação individual, configurada em um direito negativo ou de proteção²⁴⁷.

De fato, a doutrina costuma se referir à exigência ínsita ao ser humano de recolher-se em sua intimidade, ou seja, reconhece-se o desejo de não compartilhar com terceiros certos aspectos de sua personalidade ou de sua vida²⁴⁸.

A Constituição Federal de 1988 erigiu esse valor humano à condição de direito fundamental ao dispor no art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” e tem por base o respeito da liberdade da pessoa.

²⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 209.

²⁴⁵ DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade genética**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 52.

²⁴⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 47.

²⁴⁷ HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética & direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 94.

²⁴⁸ DIAS, Rodrigo Bernardes, *op. cit.*, p. 7-10.

É um direito que passou de privilégio de uma parcela minoritária da população a um direito universal, previsto no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948²⁴⁹.

Não obstante ser um típico direito de primeira geração, que pressupõe uma abstenção do Estado, essa proteção, atualmente, mostra-se ultrapassada e insuficiente. Faz-se necessário um *plus*, um caráter positivo que considera a faculdade ativa de controle sobre a informação, os dados e tudo o que diz respeito à esfera privada de cada indivíduo (princípio da autonomia)²⁵⁰.

No âmbito familiar, os direitos à intimidade e vida privada devem ser interpretados de uma forma mais ampla, haja vista a existência de delicadas, sentimentais e importantes relações familiares, o que exige maior cautela no tratamento de qualquer intromissão externa²⁵¹.

Como dimensões do direito à privacidade, no campo da RHA, é prudente a distinção entre o direito ao anonimato e o direito ao sigilo do segredo. O primeiro é conferido ao doador e aos receptores e decorre do direito ao sigilo, garantindo-lhes que sua identidade não será revelada. Já o segredo liga-se à forma como a criança foi concebida e é direito dos receptores, ou seja, obriga o médico a não revelar o procedimento realizado, sob pena de responder pela ilicitude do ato. É a reserva sobre o conhecimento de fatos pessoais íntimos e a ausência desse conhecimento por terceiros. Logo, é possível a exposição do segredo da concepção, sem, contudo, implicar necessariamente em quebra do anonimato²⁵².

A Medicina inegavelmente se situa entre as profissões em que mais se exige rigor de conduta no seu exercício. No âmbito do sigilo profissional, o juramento de Hipócrates (séc. V, a.C.) traduz uma obrigação moral ao declarar: “àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto”. O mencionado sigilo tem seu conceito ligado à proteção da privacidade do indivíduo. Não possui apenas caráter privado, mas se investe de caráter público por interessar à sociedade que o paciente possa confiar sua vida privada a alguém e não a veja exposta à publicidade. Assim, os profissionais da saúde e instituições que tenham contato direto ou indireto com as informações recebidas ou obtidas são seus meros depositários e só podem utilizá-las para atender a necessidade de ordem profissional e em

²⁴⁹ HAMMERSCHMIDT, Denise, *op. cit.*, p. 93-94.

²⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 95.

²⁵¹ MORAES, Alexandre de, *op. cit.*, p. 48.

²⁵² CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da reprodução humana assistida**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 129-132.

benefício do paciente, salvo quando houver conflito com outro dever de igual ou maior relevância²⁵³.

Ademais, a manutenção do anonimato entre doadores e receptores é de fundamental importância no sentido de se evitar, no futuro, complexas situações emocionais e legais entre esses sujeitos, com repercussões no desenvolvimento psicológico das crianças nascidas através de procedimento médico. Sob essa ótica, alguns especialistas acreditam que a manutenção do anonimato torna possível aos pais exercerem uma maior influência de suas identidades sobre os filhos. Entretanto, outros afirmam que as crianças com desconhecimento de sua origem genética poderiam apresentar incompleta percepção de sua identidade, com graves repercussões psicológicas²⁵⁴.

A manutenção do anonimato tem, assim, a função de proteger a criança, para que não se torne motivo de disputa entre doadores e seus pais ou ainda meio para alcance de interesses financeiros dos doadores. Ademais, sua importância também pode ser notada na matéria constitucionalmente garantida de planejamento familiar, pois a quebra do sigilo importaria em comprometimento da vida íntima do casal e da decisão do planejamento familiar no âmbito privado. Some-se a isso a necessidade da manutenção do anonimato, na RHA heteróloga, para permitir a plena e total integração da criança na sua família social, promovendo-se o melhor interesse da criança ou do adolescente e prevenindo-se qualquer tratamento discriminatório em função de sua origem²⁵⁵.

Por outro lado, em diversos países onde o anonimato dos doadores não é obrigatório, persistem dúvidas quanto a revelar ou não a origem genética das crianças. Da mesma forma, há divergências entre os especialistas em reprodução humana sobre o aconselhamento aos pais em revelar para a criança sua origem, identificando o doador. Na literatura atual, os dados são insuficientes para uma análise precisa das repercussões sobre o desenvolvimento psicológicos de crianças que conhecem, e foram criadas, em estreita relação com seus doadores genéticos²⁵⁶.

Deve-se, ainda, tomar nota de um outro aspecto da privacidade humana. É possível considerar que o âmbito de proteção do direito à privacidade no caso do anonimato do doador

²⁵³ PERUCHI, Samuel Maccarini. **Medicina preditiva**: direito à intimidade genética e suas implicações na relação de trabalho. 2009. Monografia – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 18-19.

²⁵⁴ PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JUNIOR, José Gonçalves. Reprodução Assistida. In: FERREIRA *et al* (Coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 118.

²⁵⁵ CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da reprodução humana assistida**. São Paulo: SRS Editora, 2008, pp. 126-127.

²⁵⁶ PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JUNIOR, José Gonçalves, *op.cit.*, p. 118.

abrange não somente o sigilo acerca da sua identidade civil, como também de sua identidade genética.

O conceito de intimidade genética, por sua vez, se define como “o direito a determinar as condições de acesso à informação genética”²⁵⁷. Portanto, o princípio da autonomia resguarda também o controle sobre esse dado extremamente particular, pois, sob o prisma subjetivo, a vontade do sujeito que tem o condão de determinar quem e em que condições pode acessar a informação sobre seu material genético.

Conclui-se, destarte, que “a privacidade é um valor resultante de necessidade humana, essencial à proteção da dignidade dos indivíduos, mas cuja proteção, pelo direito, deve ser equacionada face a outros valores humanos igualmente relevantes”²⁵⁸.

²⁵⁷ RUIZ MIGUEL, Carlos *apud* HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética & direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 96.

²⁵⁸ DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade genética**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 54.

CAPÍTULO 3 DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA DO SER HUMANO GERADO VS. DIREITO À MANUTENÇÃO DO ANONIMATO DO DOADOR

3.1 Colisão entre direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade

Uma forma de compreender o ser humano como tal consiste no reconhecimento de que o homem é o único ser vivo capaz de dirigir a sua vida em função de preferências valorativas. Ou seja, “a pessoa humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete, voluntariamente, a essas normas valorativas”²⁵⁹. Esse modo de compreensão influenciou, consideravelmente, a teoria jurídica e os direitos humanos passaram a ser identificados como os valores supremos da convivência social, sem os quais as sociedades acabam perecendo.

Deve-se ter em conta que, até entre os chamados direitos fundamentais, é reduzido o número daqueles que não são suspensos em nenhuma circunstância e nem negados para determinada categoria de pessoas. Assim, conclui Bobbio que “são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção”²⁶⁰.

Verifica-se, assim, a heterogeneidade apresentada por essa classe de direitos, com pretensões muitas vezes incompatíveis entre si, visto que pode ocorrer interpenetração nos âmbitos de proteção de direitos de distintas categorias de pessoas. Deste modo, ante tudo o quanto foi articulado no Capítulo 2 deste trabalho monográfico, não restam dúvidas de que ambos os direitos, do doador e da criança, encontram guarida no texto constitucional como espécies de direitos fundamentais a merecer igual tutela jurídica.

Considerando-se que não há hierarquia entre as diversas normas constitucionais e que o sistema jurídico constitui um todo harmônico, o conflito entre os direitos ao conhecimento da origem genética e à manutenção do anonimato do doador dos gametas é apenas aparente. Ou seja, no plano normativo, não há conflito entre o direito a identidade pessoal de um lado e, de outro, à privacidade. Situação diversa pode ocorrer no plano fático, pois a incidência de

²⁵⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

²⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 20.

ambos em uma mesma situação concreta pode causar uma colisão real entre os mencionados direitos fundamentais²⁶¹.

Destaque-se que, atualmente, o Direito vive a era dos princípios, em que estes assumem uma posição privilegiada no ordenamento jurídico. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, em lição lapidar:

À época dissemos: “Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”. Eis porque: “violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”²⁶².

Concebe-se, pois, que o ordenamento jurídico é constituído de normas, nas espécies de regras e princípios. Isso porque ambos, regras e princípios, dizem o que deve ser, são “razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente”²⁶³. Aquelas possuem em sua estrutura uma hipótese e uma consequência determinadas, ou seja, descrevem situações que imputam resultados específicos. Então, na situação concreta em que duas regras colidem, a solução reside na eliminação de uma delas ou no estabelecimento de uma cláusula de exceção. As regras, portanto, funcionam na base do tudo ou nada²⁶⁴.

A unidade do sistema jurídico pressupõe uma norma fundamental como base do ordenamento, com a qual todas as normas possam se relacionar direta ou indiretamente²⁶⁵. Esta corresponde à concepção kelseniana do ordenamento jurídico, em que o fundamento de validade de uma norma é sempre a conformidade com uma norma superior e a unidade é

²⁶¹ ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 9, 31/05/2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=>. Acesso em: 4 nov. 2010.

²⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53.

²⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

²⁶⁴ ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 248.

²⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos; revisão técnica de Cláudio de Cicco; apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 71.

conferida por uma norma fundamental, pressuposta pela ordem jurídica e que preceitua obediência à Constituição, sem considerar o valor de justiça²⁶⁶.

Devido à tendência de cada ordenamento jurídico se constituir em um sistema, a presença de antinomias é um defeito que o intérprete tende a eliminar através dos critérios cronológico (*lex posterior derogat priori*), hierárquico (*lex superior derogat inferior*) e da especialidade (*lex specialis derogat generali*):

Como antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas, a eliminação do inconveniente não poderá consistir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas normas²⁶⁷.

Deste modo, as regras são normas jurídicas dotadas de menor grau de generalidade e, diante de um conflito entre regras, algumas posturas deverão ser tomadas para que apenas uma delas seja considerada válida. Conseqüentemente, a outra regra não somente deixará de ser considerada pela decisão, mas também deverá ser declarada inválida e retirada do ordenamento jurídico, salvo se não ficar estabelecido que essa regra se encontre em uma situação que excepciona a outra²⁶⁸.

De outro lado, os princípios tratam de questões de justiça e apresentam um caráter aberto por não pretenderem estabelecer sua condição de aplicação. Possuem, ainda, uma dimensão de importância ou peso, de modo que no caso de colisão, diferentemente do que ocorre no âmbito de aplicação das regras jurídicas, não há perda de validade, mas aplicação do princípio adequado ao caso concreto²⁶⁹.

Os princípios, ademais, por constituírem a essência do sistema, orientam tanto a interpretação das normas constitucionais, quanto de outras produções normativas, além de direcionar a própria produção legislativa²⁷⁰.

Segundo o ilustre constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, a Constituição é, pois, um sistema aberto de regras e princípios, espécies do gênero normas, distintas entre si:

²⁶⁶ ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 245-246.

²⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos; revisão técnica de Cláudio de Cicco; apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 91.

²⁶⁸ PEDRON, Flávio Quinaud. A ponderação de princípios pelo STF: balanço crítico. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XII, n. 40, p. 20-30, jan./mar., 2008, p. 24.

²⁶⁹ ROCHA, Heloisa Helena Nascimento, *op. cit.*, p. 248-249.

²⁷⁰ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 70.

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida [...]; a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à «lógica do tudo ou nada»), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. [...] em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objeto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas «exigências» ou «standards» que, em «primeira linha» (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm «fixações normativas» *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas)²⁷¹.

Portanto, quando em face de uma colisão entre princípios, a solução perpassa por um procedimento de ponderação, em que um dos princípios receberá maior peso relativo em determinado caso concreto, sem que isso signifique a invalidação daquele compreendido como de menor peso. Por sua vez, quando postos em confronto em um novo caso concreto, o peso valorativo concedido aos princípios será redistribuído de maneira diversa, visto que nenhum princípio goza antecipadamente de primazia sobre os demais²⁷². Nessa esteira, Alexy também apresenta fundamental distinção entre regras e princípios:

[...] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes. Os princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fácticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...]. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fáctica e juridicamente possível²⁷³.

Vislumbra-se, nos variados tipos de colisão de direitos fundamentais, uma premissa constante: os conflitos que surgem entre esses direitos são idênticos aos que ocorrem entre princípios. Decerto, as normas que veiculam direitos fundamentais assumem os

²⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 3. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1161-1162.

²⁷² PEDRON, Flávio Quinaud. A ponderação de princípios pelo STF: balanço crítico. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XII, n. 40, p. 20-30, jan./mar.;2008, p. 24.

²⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

delineamentos próprios de princípios, na medida em que apresentam todas as características destes, notáveis principalmente ao serem comparadas com aquelas que enunciam regras²⁷⁴:

Se dois princípios colidem [...], um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nesse deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta²⁷⁵.

Dworkin, no entanto, afirma que o direito não deve ser compreendido como um conjunto de princípios e regras fixos por não serem facilmente distinguíveis. Frequentemente é difícil estabelecer, *a priori*, se uma norma é um princípio ou uma regra, visto que, a depender do caso específico, podem cumprir o papel de um ou do outro²⁷⁶. “Quer as normas garantidoras de direitos subjectivos quer as normas impositivas de obrigações objectivas ao Estado podem ter a natureza de princípio”²⁷⁷.

Assim, o fato de determinado direito fundamental ter sido, ao menos aparentemente, estabelecido sob o formato de regra, não lhe retira a natureza de princípio, aplicando-se a ele o tratamento próprio de tal espécie de norma. Deste modo, em se tratando de normas de direitos fundamentais, a tradicional distinção entre princípios e regras mostra-se inaplicável, sendo que, diante de uma situação concreta de antinomia entre tais normas, até mesmo um dispositivo normalmente qualificado como regra pode vir a ser ponderado, de forma a se obter a melhor solução para o caso²⁷⁸.

Ademais, de acordo com a linha adotada pelo presente trabalho, admite-se que não existem direitos fundamentais absolutos. Deste modo, quando houver uma situação de antagonismo, mister que se proceda à sua compatibilização.

A realização da democracia e dos direitos fundamentais tem sido um desafio a todos, pois os citados direitos, como conquistas históricas, são o resultado de um processo contínuo de aprendizagem e, para torná-los concretos, deve-se reconhecer, sobretudo, a sua força

²⁷⁴ BESSA, Leandro Sousa. **Colisões de direitos fundamentais**: propostas de solução. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Leandro%20Sousa%20Bessa.pdf>>. Acesso em: 10/11/2010.

²⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

²⁷⁶ DWORKIN, Ronald *apud* ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 249.

²⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 3. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1256.

²⁷⁸ GUEDES, Pedro Dumans. Do princípio da proporcionalidade como meio apto à solução dos conflitos entre as normas de direitos fundamentais. **Revista Jus Vigilantibus**, 2004. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/2131>>. Acesso em: 14 nov. 2010.

normativa e superar a concepção da existência dissociada e inconciliável de uma realidade constitucional ideal e de uma inevitável realidade social²⁷⁹.

As exigências sociais e os imperativos econômicos levaram, durante o século XIX, à inserção nos textos constitucionais de normas dotadas de programaticidade. Esta fase do constitucionalismo, ainda não ultrapassada, acarretou na queda do grau de juridicidade da Constituição (normatividade mínima e programaticidade máxima), em razão de deixar de ser precipuamente jurídica para se tornar preponderantemente política. Nesse contexto histórico, vem de Ferdinand Lassale a principal crítica sobre a eficácia das normas constitucionais²⁸⁰.

Hesse, em “A força normativa de Constituição”, base da sua aula inaugural na Universidade de Freiburg, em 1959, tece a relação existente entre o texto constitucional e a realidade, em resposta à concepção sociológica de constituição elaborada por Lassale. Para este, existiria uma constituição real e uma constituição jurídica. A primeira seria determinada pelos chamados fatores reais de poder (Poder militar, Poder social, cultura geral), que constituiriam a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade. A segunda, por sua vez, não passaria de um pedaço de papel (*ein Stück Papier*) e sua capacidade de regulação estaria limitada à sua compatibilidade com a constituição real. Nesse sentido:

Questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas, sim, questões políticas. Assim ensinam-nos não apenas os políticos, mas também os juristas. [...] o desenvolvimento das Constituições demonstra que regras jurídicas não se mostram aptas a controlar, efetivamente, a divisão de poderes políticos. As forças políticas movem-se consoante suas próprias leis, que atuam independentemente das formas jurídicas.

[...]

Para essa concepção de Direito Constitucional, está configurada permanentemente uma situação de conflito: a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. A ideia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica²⁸¹.

Em contraposição a esta ideia, Hesse, ao dar à discussão um enfoque no embate entre os fatores reais de poder e a constituição, argumenta que esta não deve ser considerada a parte mais fraca. A situação prevista na constituição do Estado possui a pretensão de ser concretizada na realidade (força normativa). Destarte, não configura simplesmente a

²⁷⁹ ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 229-230.

²⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 232-234.

²⁸¹ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 124-125.

expressão de um ser, mas também de um dever ser, ou seja, é mais do que mero reflexo das condições fáticas de sua vigência. A relação entre a constituição real e a jurídica deve ser interpretada como de coordenação, em que uma influi na outra. Ademais, a constituição jurídica pode tornar-se força ativa a partir do momento em que impõe tarefas e existe a disposição de orientar-se segundo a ordem nela estabelecida. Em síntese:

[...] pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As *possibilidades*, bem como os *limites* da força normativa da Constituição, resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*).

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social²⁸².

A constituição, deste modo, não significa simples pedaço de papel, mas, em contrapartida, encontra-se constantemente vinculada à realidade histórica de seu tempo.

O conjunto dos direitos humanos forma um sistema, o qual corresponde à hierarquia de valores prevalecente no meio social. No entanto, essa hierarquia axiológica nem sempre coincide com a consagrada no ordenamento positivo. Há sempre uma tensão dialética entre a consciência jurídica da coletividade e as normas editadas pelo Estado. Destarte, “em qualquer hipótese, no interior de cada sistema jurídico, essa organização hierárquica dos direitos humanos impõe, para a solução dos litígios, a exigência de um juízo axiológico ponderado, em função das circunstâncias do caso concreto [...]”. É o que a técnica jurídica germânica denomina *Guter Abwägung* e a anglo-saxônica, *balancing*²⁸³.

Os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana, e, enquanto direitos históricos, são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação. Assim, segundo Bobbio, “é preciso partir da afirmação óbvia de que não se pode instituir um direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir um direito de outras categorias de pessoas”, bem como a delimitação do âmbito de um direito fundamental do

²⁸² HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 136-137.

²⁸³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39.

homem é bastante variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas, visto ser sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa²⁸⁴.

Direitos envolvem, necessariamente, uma interpretação sistemática. Ou seja, o ordenamento jurídico não pode e não deve ser concebido como um conjunto de normas isoladas. No momento de aplicação do direito ao caso concreto, tem-se a árdua tarefa de identificar a norma adequada em razão das especificidades que não poderiam estar previstas em normas gerais e abstratas. É quando “a indeterminação do Direito acaba por se desfazer, uma vez que a partir de uma situação específica é possível verificar os detalhes que a norma não pode prever”²⁸⁵. “A interpretação é a sombra que segue o corpo. Da mesma maneira que nenhum corpo pode livrar-se da sua sombra, o Direito tampouco pode livrar-se da interpretação”, eis que “não há direito que não exija ser interpretado”²⁸⁶.

Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam, concretizam-se. A metodologia clássica da Velha Hermenêutica de Savigny, de ordinário aplicada à lei e ao direito privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido. Os métodos tradicionais, a saber, gramatical, lógico, sistemático e histórico, baseados na mera subsunção do fato à norma, são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação, e por isso mesmo impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais. Estes se impregnam de peculiaridades que lhes conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e emprego gerou a Nova Hermenêutica²⁸⁷.

Isto deriva da peculiaridade inerente à estrutura normativa desses direitos fundamentais, que exigem, segundo Koch, “decisões de prioridade” ou primazia, tais como “entre sua pretensão de tutela (*Schutzanspruch*) e as interferências legislativas ou entre direitos fundamentais conflitantes, isto é, posições constitucionais cuja harmonia deve ser levada a cabo por via do legislador”²⁸⁸.

Os publicistas alemães, durante a República de Weimar, em que a interpretação dos direitos fundamentais ficara atada à metodologia clássica de Savigny, chegaram, não obstante,

²⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 41.

²⁸⁵ ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.244.

²⁸⁶ ROYO, Javier Perez *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 579.

²⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 592.

²⁸⁸ KOCH, Hans-Joachim *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 593.

a vislumbrar três aspectos de capital relevância quanto aos direitos fundamentais: a) a sua função protetora consubstanciada na imposição de limites e deveres às autoridades administrativa e legislativa; b) seu caráter unitário e unificador, sem olvidar sua variedade material de conteúdo; e c) o princípio da efetividade desses direitos, segundo o qual deve-se dar preferência à norma a realizar com maior intensidade a eficácia jurídica do direito fundamental. Por outro lado, deve-se interpretar restritivamente as limitações porventura impostas aos direitos fundamentais²⁸⁹.

Concebe-se, na atualidade, que a ideia de direitos fundamentais na medida da lei migrou para a de leis na medida dos direitos fundamentais²⁹⁰. Nesse sentido, tem o legislador uma limitação material na liberdade de sua atividade regulamentadora²⁹¹.

A hermenêutica dos direitos fundamentais se insere na ciência constitucional apenas na segunda metade do século XX. Antes disso, via-se uma total ausência do tema. A partir daí se coloca, obviamente, o recurso ao princípio da proporcionalidade, que também serve de apoio à metodologia da Nova Hermenêutica.

É cristalino que o princípio da proporcionalidade tem ganhado maior relevo dentre aqueles que iluminam o direito constitucional, inclusive na própria jurisprudência do STF. Sua aplicação tem guarida em duas distintas vertentes: a primeira, configura-se em instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra eventual ação limitativa do Estado e, a segunda, revela-se em critério para solução de conflitos entre direitos fundamentais, por meio de juízos comparativos de ponderação²⁹².

O princípio da proporcionalidade surgiu no direito administrativo alemão, onde tem aplicação clássica e tradicional, e, em seguida, foi transposto ao direito constitucional, especialmente em sede de direitos fundamentais²⁹³:

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente, o princípio da igualdade²⁹⁴.

²⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 594-595.

²⁹⁰ KRUEGER, Herbert *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 394.

²⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 252-253.

²⁹² BESSA, Leandro Sousa. **Colisões de direitos fundamentais: propostas de solução**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Leandro%20Sousa%20Bessa.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

²⁹³ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 74.

²⁹⁴ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, 2004, p. 395.

Este princípio não foi expressamente consagrado no texto constitucional, mas existe como princípio geral de Direito implícito, aplicável a todos os ramos da ciência jurídica, porquanto pertence à natureza e essência do Estado de Direito. Assim, muito embora implícito, o STF, em diversos julgados, tem apontado seu fundamento no princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88), um princípio expresso. Ademais, é também frequentemente utilizado pela Corte Suprema no controle de constitucionalidade de leis.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇAS QUE DEVEM CONSTAR DO INSTRUMENTO: CPC, art. 544, § 1º. CONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO. I. - Não é ofensivo ao direito à ampla defesa - C.F., art. 5º, LV - assim não ofensivo ao devido processo legal processual, a disposição processual que exige, sob pena de não conhecimento do recurso, que o instrumento seja instruído com determinadas peças: CPC, art. 544, § 1º. Precedente do STF: Ag 261.829(AgRg)-SP, Moreira Alves, "DJ" de 26.6.2000. II. - Alegação de ofensa ao art. 60, § 4º, da Constituição: alegação impertinente, dado que não se tem, em discussão, emenda constitucional que tivesse afrontado o citado dispositivo constitucional. III. - Decisão contrária ao interesse da parte não constitui negativa de prestação jurisdicional (C.F., art. 5º, XXXV). IV. - O acórdão embargado não incorreu em erro material. V. - **Inocorrência de ofensa ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, assim ao devido processo legal substantivo.** VI. - Embargos de declaração rejeitados²⁹⁵. (grifos acrescidos)

No âmbito do direito administrativo, diz-se que o grande fundamento do princípio é o excesso de poder. Por conseguinte, tem por fim conter atos, decisões e condutas daqueles agentes públicos que, no exercício de suas funções, extrapolarem os limites adequados, ou seja, exige-se uma atuação equilibrada, sem excessos e proporcional ao fim a ser atingido, qual seja o interesse público²⁹⁶. Mello, de maneira clara, define o princípio como

[...] a idéia – singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão* e *intensidade* proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas²⁹⁷.

Consoante a doutrina alemã, a observância do princípio da proporcionalidade requer:

- a) adequação (vedação do arbítrio), para que haja compatibilidade entre a atuação estatal e o fim pretendido;
- b) exigibilidade, pois deve a conduta ser necessária, consubstanciada na escolha do meio menos gravoso e resulte em menor prejuízo possível aos indivíduos;
- c)

²⁹⁵ STF – Segunda Turma – AI nº 265064 AgR-ED-ED – Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento 11.06.2002. Publicado no Diário de Justiça de 23.08.2002, p.114. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=380522>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

²⁹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. rev. ampl. e atual. até 31.12.2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 38.

²⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 110.

proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens²⁹⁸.

A grande novidade do século XX consiste na sua aplicação na seara do direito constitucional. No entanto, para entender seu conteúdo de princípio constitucional, faz-se necessário considerar duas concepções de Estado de Direito. A primeira, em declínio, vinculava-se ao princípio da legalidade, enquanto que a segunda apresenta um elo com o princípio da constitucionalidade, que deslocou o centro de gravidade da ordem jurídica para a proteção dos direitos fundamentais do homem. Neste segundo Estado de Direito se encontra a origem do princípio em questão, o qual possui a importante função de compatibilizar o direito formal com o direito material ante as exigências de transformações sociais extremamente velozes. A liberdade legislativa passa a ser limitada e, em razão da supremacia da Constituição, não são legítimos os atos que contrariem os valores e princípios constitucionais²⁹⁹.

Assim, conclui Carvalho Filho que “o princípio da proporcionalidade já veio a lume com direcionamento objetivo, material, visando desde logo ao balanceamento de valores, como a segurança, a justiça, a liberdade etc”³⁰⁰.

A ideia de que toda intervenção na esfera dos direitos fundamentais deve ser pautada pela proporcionalidade entre meios e fins passou a permear toda a atividade estatal, sem se restringir ao controle dos atos discricionários emanados pelo Poder Executivo. Destarte, também submetidas a tal princípio estariam a atividade legislativa, na elaboração de leis restritivas de direitos fundamentais, e a atividade jurisdicional³⁰¹.

Bonavides ressalta a relevância atribuída ao princípio:

A importância do princípio tem, de último, crescido de maneira extraordinária no Direito Constitucional. A lesão ao princípio assume maior gravidade nos sistemas hermenêuticos oriundos da teoria material da Constituição. Aí prevalece o entendimento incontestável de que um sistema de valores via de regra faz a unidade normativa da lei maior. De tal sorte que todo princípio fundamental é norma de normas, e a Constituição é a soma de todos os princípios fundamentais³⁰².

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre

²⁹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. rev. ampl. e atual. até 31.12.2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 38.

²⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 398-400.

³⁰⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 39.

³⁰¹ GUEDES, Pedro Dumans. Do princípio da proporcionalidade como meio apto à solução dos conflitos entre as normas de direitos fundamentais. **Revista Jus Vigilantibus**, 2004. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/2131>>. Acesso em: 14 nov. 2010.

³⁰² BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 402.

antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado³⁰³.

Ante a diversidade de direitos e de garantias alçados pelas constituições democráticas ao *status* de normas constitucionais, verifica-se a impossibilidade de serem os mesmos resguardados de modo absoluto. Uma vez que o texto constitucional não estabelece uma ordem de prevalência entre os interesses por ele tutelados, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como o meio hábil ao correto sopesamento destes valores, a fim de encontrar a melhor solução para cada situação de conflito³⁰⁴.

Assim, como princípio geral do direito a irradiar-se por toda a atividade do Poder Público, a proporcionalidade vincula legislador, no momento da elaboração normativa, jurista, quando da aplicação do direito ao caso concreto, e administrador, na gestão da *res* pública, de forma a manter o seus respectivos atos sob o manto da constitucionalidade material.

Em trecho de decisão no caso *Elfes*, transcrito por Bonavides, o Tribunal Constitucional da Alemanha ressalta os valores a serem respeitados pelas normas legais:

As leis para serem constitucionais, não basta que hajam sido formalmente exaradas. Devem estar também materialmente em consonância com os superiores valores básicos da ordem fundamental liberal e democrática, bem como com a ordem valorativa da Constituição, e ainda há de guardar, por igual, correspondência com os princípios elementares não escritos da lei maior, bem como com as decisões tutelares da Lei Fundamental, nomeadamente as que entendem com o axioma da estabilidade jurídica e o princípio do Estado social³⁰⁵.

Ressalte-se que a simples análise dos supracitados subprincípios da proporcionalidade é suficiente para elevá-la ao patamar de relevante ferramenta na solução de conflitos entre direitos fundamentais³⁰⁶.

Na difícil tarefa de fazer conciliar direitos fundamentais em contraposição, o aplicador do direito poderá se guiar, também, pelos princípios doutrinariamente consagrados da unidade da constituição e da concordância prática.

O primeiro preceitua que nenhuma norma constitucional pode ser interpretada em contradição com outra norma da Constituição³⁰⁷. Conforme lição do constitucionalista

³⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 424.

³⁰⁴ GUEDES, Pedro Dumans. Do princípio da proporcionalidade como meio apto à solução dos conflitos entre as normas de direitos fundamentais. **Revista Jus Vigilantibus**, 2004. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/2131>>. Acesso em: 14 nov. 2010.

³⁰⁵ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, 2004, p. 422.

³⁰⁶ BESSA, Leandro Sousa. **Colisões de direitos fundamentais**: propostas de solução. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Leandro%20Sousa%20Bessa.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

³⁰⁷ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 425.

Canotilho, “significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade”. Desse princípio decorre a coerência de todo o ordenamento jurídico. Dirige-se, ademais, “aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as «lerem» e «compreenderem», na medida do possível, como se fossem obras de um só autor [...]”³⁰⁸. Assim, a constituição deve ser concebida em sua totalidade e deve-se procurar harmonizar eventuais espaços de tensão existentes entre as normas a concretizar.

Por conseguinte, a decisão deve harmonizar-se com o sistema constitucional, visto em sua totalidade, em consonância com o conjunto normativo, sem que os direitos sejam visualizados de forma isolada.

Já o segundo, revela-se pela inexistência de hierarquia entre as normas definidoras de direitos fundamentais. Os bens jurídicos com sede constitucional devem existir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles. Busca-se, desse modo, evitar o sacrifício total de um em detrimento do outro. Também nas palavras do constitucionalista português:

o campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de um em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens³⁰⁹.

O presente trabalho tem por objeto dois direitos fundamentais postos em uma situação de conflito. De um lado, quer-se preservar o direito à privacidade do doador anônimo de gametas, situação que impede, em contrapartida, o exercício pleno do direito a uma identidade pessoal plena da criança concebida pelo recurso às técnicas médicas de RHA.

Observe-se, a princípio, que, ao considerar-se o sistema jurídico como um todo harmônico e ausente uma relação de hierarquia entre as normas constitucionais no plano normativo, eventual conflito é apenas aparente. Como exemplo, não há discordância entre a proteção do direito à informação, de um lado, e o direito à intimidade, de outro. De maneira diversa ocorre no plano fático. Uma determinada situação é capaz de gerar uma colisão real dos mencionados direitos, a demandar um balanceamento entre os valores envolvidos.

³⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 3. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1183-1184.

³⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 73-74.

Mais uma vez, importante a lição do constitucionalista luso Canotilho, que vislumbra distinção entre concorrência de direitos fundamentais e colisão entre esses mesmos direitos. No primeiro caso, um único titular preenche os pressupostos de fato para o exercício de vários direitos fundamentais, conquanto que, no segundo, “considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício de direito fundamental por parte de outro titular”³¹⁰. Nesta outra situação, não se está diante de uma acumulação de direitos, mas sim perante um autêntico choque. Com efeito, uma mesma situação fática pode exigir, a um só tempo, a incidência de dois direitos fundamentais que demandem soluções opostas.

Assim, há colisão real quando os âmbitos de proteção de dois ou mais direitos fundamentais interpenetram-se. Entende-se por âmbito de proteção a parcela da realidade protegida pela ordem constitucional³¹¹. Bessa justifica a necessidade de se fixar o âmbito de proteção, pois “há situações que podem ludibriar o intérprete à primeira vista. Com efeito, uma interpretação meramente literal pode fazer crer protegida certa situação, que na verdade foge ao real âmbito de proteção deste direito” e exemplifica: “a divulgação de idéias com forte componente racista, no qual se vislumbra um conflito aparente entre a liberdade de expressão e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana”. Neste caso, a colisão é meramente aparente, visto que o direito não visa a resguardar situações tendentes a causar prejuízos à ordem constitucional, o que extrapolaria o âmbito de proteção da liberdade de expressão³¹².

Rolim destaca três diferentes espécies de colisão: a) colisão com redução bilateral, por meio da qual a ponderação em função do princípio da proporcionalidade harmoniza os direitos em confronto pela redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos. Há viabilidade de exercício conjunto dos direitos fundamentais e, por conseguinte, este método prefere aos demais; b) colisão com redução unilateral, que resulta na redução proporcional do âmbito de aplicação de apenas um dos direitos, quando inviável a primeira providência. É possível o exercício conjugado pela relativização de apenas um, sem a qual o outro direito restaria completamente aniquilado; c) colisão excludente, quando a realização de um dos direitos em colisão é reciprocamente excludente do exercício do outro. Nesta hipótese, o

³¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 3. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1270

³¹¹ *Idem, ibidem*, p. 1262.

³¹² BESSA, Leandro Sousa. **Colisões de direitos fundamentais: propostas de solução**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Leandro%20Sousa%20Bessa.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

princípio da proporcionalidade indicará qual o direito que, na situação concreta, encontra-se ameaçado de sofrer lesão mais grave caso venha a ceder ao exercício do outro e, por isso, deverá prevalecer³¹³.

Essas situações de conflito entre direitos fundamentais ocorrem em virtude do caráter heterogêneo de que se revestem estes direitos, como também em razão de lhes ser inerente a condição de abertura e mutabilidade do seu conteúdo, que exigem, muitas vezes, uma situação concreta para definir a sua previsão. Não cabe, aqui, utilizar-se da técnica tradicional no tocante à solução de confronto entre regras, pois a mera subsunção da norma ao fato não é suficiente.

Ademais, os critérios hermenêuticos clássicos (hierárquico, cronológico, especificidade) são inaplicáveis nestas circunstâncias porque os direitos fundamentais gozam de igual hierarquia, visto que consagrados pela Carta Maior, são insuperáveis pelo transcorrer do tempo, o que impede qualquer classificação cronológica como forma de precedência de um sobre outro e todos comportam um enunciado genérico, o que impede um comparativo de especificidade³¹⁴.

Isto ocorre porque, conforme já delineado, os direitos fundamentais se assemelham aos princípios, sendo, portanto, “mandados de otimização”, que exigem critérios diversos para sua concretização a impedir, ou ao menos reduzir, a arbitrariedade das decisões. Deste modo, é por meio da ponderação dos bens jurídicos envolvidos que será possível chegar a uma solução mais próxima do ideal de justiça e dotada de segurança jurídica. Segundo Barcellos:

O propósito da ponderação é solucionar esses conflitos normativos de maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes³¹⁵.

No capítulo anterior, ficou assentado que os direitos ao conhecimento da origem genética e da manutenção do anonimato, como decorrência do direito à intimidade, são direitos fundamentais do homem protegidos pela ordem constitucional pátria. De acordo com

³¹³ ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 9, 31/05/2002. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=> Acesso em 04 nov. 2010.

³¹⁴ BESSA, Leandro Sousa. **Colisões de direitos fundamentais**: propostas de solução. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Leandro%20Sousa%20Bessa.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

³¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula *apud* BESSA, Leandro Sousa. **Colisões de direitos fundamentais**: propostas de solução. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Leandro%20Sousa%20Bessa.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

Sauwen e Hryniewicz³¹⁶, esses direitos se enquadrariam na quarta geração de direitos fundamentais, que passaram a ser declarados em razão dos grandes avanços científicos na área da biotecnologia. Ainda que não exista consenso sobre essa nova dimensão dos direitos fundamentais, é cristalino que suas raízes encontram-se nas liberdades individuais da primeira geração (identidade pessoal e intimidade), mas com uma nova configuração, justificada pela mutabilidade, inerente a esses direitos, segundo a qual novos direitos fundamentais estão por surgir e os que existem podem ter seu âmbito de proteção modificado ou alterado, em razão das exigências sociais do seu tempo.

De outro lado, o caráter heterogêneo dos direitos fundamentais pode conduzi-los a situações concretas de conflito. Este trabalho busca, justamente, a realizar uma análise racional de colisão de direitos fundamentais com titulares distintos.

A reprodução humana assistida, na modalidade heteróloga, revela uma relação anômala em que o ser humano concebido por meio de assistência médica especializada vincula-se, de um só tempo, a uma paternidade socioafetiva, daquele que lhe desejou e moveu esforços para sua concepção, e a uma paternidade biológica, resultante do material biológico doado por um terceiro desconhecido que tem o desejo de manter-se no anonimato.

O Brasil ainda não disciplinou de forma satisfatória a RHA, visto que a única produção normativa existente é a Resolução nº 1.358/92, do CFM. No entanto, como se verá adiante, com fundamento no princípio da legalidade, nenhuma obrigação pode ser exigida a qualquer cidadão, senão em virtude de lei. A Resolução é ato normativo infralegal e não apresenta vinculação *erga omnes*, mas constitui-se apenas em norma de caráter deontológico direcionada aos profissionais da Medicina.

Não obstante a inércia legislativa, a lacuna da lei não impede que a situação por este trabalho aventada ocorra no seio social. A dinâmica da sociedade não cessa para aguardar uma solução jurídica e demandará resposta, da qual não pode o Judiciário se esquivar em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição³¹⁷ e da vedação do *non liquet*³¹⁸.

No entanto, o conflito entre direitos fundamentais não é de simples solução e exige maior esforço dos operadores do direito, visto que a discussão não tem seu foco no plano da

³¹⁶ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, pp. 69-70.

³¹⁷ CF/88, art. 5º, XXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

³¹⁸ CPC, art. 126, “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

validade, mas sim no plano dos valores, em que deve haver uma ponderação, de modo a aproveitar ao máximo cada direito envolvido.

3.2 A reprodução humana assistida e a intervenção do direito

A liberdade da pesquisa científica, a qual compreende também o adequado uso das técnicas de RHA, como qualquer outro direito, comporta restrições e limites, na medida em que se tem por meta a proteção de outros direitos igualmente tutelados pela Constituição Federal. Deste modo, deve a solução de conflitos entre direitos de idêntica hierarquia partir do legislador, que

tem uma implícita autorização para regular conflitos entre o exercício de direitos, cujas respectivas esferas de proteção se afigurem colidentes, assim como, em casos em que não haja lei disciplinando os limites necessários, cabe ao juiz, no julgamento do caso, estabelecê-los³¹⁹.

Deste modo, em razão de todos os direitos inalienáveis da pessoa deverem ser adequadamente tutelados e respeitados pela legislação, figura-se necessária a hipótese de serem adotadas medidas coativas voltadas à regulamentação específica das condutas na área de procriação humana. Isso ocorre porque “o recurso incontrolado das novas possibilidades técnicas abertas no campo da biologia, principalmente em relação à reprodução assistida, poderão levar a consequências altamente prejudiciais para a sociedade e ao próprio homem”³²⁰.

A legislação brasileira é lacunosa em relação à disciplina jurídica da RHA, deixando aos tribunais a solução de conflitos, diante de uma jurisprudência pobre a respeito das questões inusitadas.

A princípio, os direitos fundamentais influem em todo o ordenamento jurídico, não só quando têm por objeto as relações jurídicas dos cidadãos com os poderes públicos, mas também quando regulam as relações jurídicas entre os particulares³²¹. Assim, quando se fala nas eficácias vertical e horizontal, pretende-se aludir à distinção entre a eficácia dos direitos

³¹⁹ BARROS, Suzana de Toledo *apud* KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 73.

³²⁰ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos & jurídicos**. 1. ed. (ano 2003). 6. tir. Curitiba: Juruá, 2008, p. 132.

³²¹ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

fundamentais sobre o Poder Público e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares³²². Ambas as dimensões devem ser observadas.

Cogitando-se da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, Lenza destaca duas teorias:

- **eficácia indireta ou mediata** – os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa, tanto em uma dimensão **proibitiva** e voltada para o legislador, que não poderá editar lei que viole direitos fundamentais, como, ainda, **positiva**, voltada para que o legislador implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devam aplicar-se às relações privadas;
- **eficácia direta ou imediata** – alguns direitos fundamentais podem ser aplicados às relações privadas sem que haja a necessidade de “intermediação legislativa” para a sua concretização³²³.

Acresça-se que, ao lado da clássica dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, concebe-se, atualmente, uma dimensão objetiva. Deste modo, os direitos fundamentais não se limitam à função de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas constituem, também, decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativo, judiciário e executivo³²⁴. Assim, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais³²⁵.

Em tal medida servem de pauta tanto para o legislador como para as demais instâncias que aplicam o direito, as quais, ao estabelecer, interpretar e aplicar normas jurídicas, deverão considerar o efeito dos direitos fundamentais³²⁶. É a chamada “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais.

Não obstante as distinções entre as concepções de cada autor, todas as doutrinas reconhecem que determinadas normas constitucionais, em virtude da ausência de normatividade suficiente, não estão em condições de gerar, de forma imediata, todos os seus efeitos, dependendo, para tanto, de uma atuação concretizadora por parte do legislador

³²² COSTA JÚNIOR, Ademir de Oliveria. A eficácia horizontal e vertical dos Direitos Fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 41, 31/05/2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1838>. Acesso em: 09 nov. 2010.

³²³ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 593.

³²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 157.

³²⁵ PEREZ LUÑO, Antonio E. *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 157.

³²⁶ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

ordinário. Por regra, as normas que consagram os direitos fundamentais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta. Isso evidencia que a mera declaração constitucional não resolve todas as questões. No entanto, ao declarar que todas as normas que preveem direitos e garantias fundamentais como de aplicabilidade imediata, significa que elas são aplicáveis até onde possam, ou seja, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Por outro lado, significa também que o Poder Judiciário, ao ser invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode furtar-se de aplicá-las³²⁷.

Para poder cumprir sua função na realidade social, os direitos fundamentais precisam, em maior ou menor grau, de um desenvolvimento concretizador pelo ordenamento jurídico para que a situação jurídica regulada como direito fundamental se torne real e efetiva no seio da sociedade. Faz-se necessário estabelecer por todos os meios não somente normas materiais mais minuciosas, mas também pôr de pé formas de organização e normas de procedimentos. Mais imperativa se faz ainda essa necessidade nas condições presentes, em que a liberdade humana depende de apoio, previsão e distribuição pelo Estado e em que, cada vez mais, se impõem o deslinde, a limitação e a ordenação recíproca entre os âmbitos de liberdade. Frequentemente se credenciam a organização e o procedimento como meios para alcançar um resultado conforme os direitos fundamentais e, desse modo, assegurar-lhes eficácia também sob as atuais circunstâncias³²⁸.

A Constituição Federal, após declarar que a República Federativa do Brasil é um Estado de Direito, no art. 5º, II, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Expressa, destarte, o princípio da legalidade, que tem por objetivo conter a arbitrariedade do Estado. Por serem elaboradas por representantes do povo, as leis possuem legitimidade para criar e extinguir primariamente direitos e obrigações, pois expressam a vontade da maioria³²⁹.

Os atos normativos podem ser divididos em primários e secundários. Aqueles retiram seu fundamento de validade diretamente da constituição e o exemplo clássico são as leis votadas pelos Poderes Legislativos de quaisquer dos entes federativos e têm por objeto a

³²⁷ COSTA JÚNIOR, Ademir de Oliveria. A eficácia horizontal e vertical dos Direitos Fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 41, 31/05/2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1838>. Acesso em: 09 nov. 2010.

³²⁸ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 52-53.

³²⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 36.

própria ação. No entanto “se uma norma tem por objeto outra norma, ela é secundária [...]. Assim, normas secundárias são normas sobre normas”³³⁰.

O Poder Normativo, por sua vez, é uma prerrogativa de que a Administração Pública dispõe para editar atos de caráter geral e abstrato. Porém, são meros atos ordinatórios, ou seja, “atos que se preordenam basicamente ao setor interno da Administração para dispor sobre seus serviços e órgãos, de modo que só reflexamente afetam a esfera jurídica de terceiros, e assim mesmo mediante imposições derivadas ou subsidiárias, mas nunca originárias”³³¹, sendo, portanto, atos normativos secundários.

Os Conselhos profissionais, entidades fiscalizadoras de atividades profissionais, entre eles o Conselho Federal de Medicina, possuem natureza de autarquia³³², a qual corresponde à “pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado”³³³.

A Resolução nº 1.358/92, do CFM, é expressão do Poder Normativo desta entidade autárquica e, por conseguinte, tem o condão de apenas obrigar aqueles que mantenham um vínculo especial com o ente, ou seja, os profissionais da Medicina.

Conclui Machado que frente à ausência de regulamentação adequada, a auto-regulamentação, emanada do próprio corpo médico, a servir como orientação na conduta dos profissionais dessa área, pode comprometer a ordem social e privada³³⁴.

Nesse sentido, argumenta Leite:

Tais comportamentos comprometem não só a ordem social como a privada. Social, porque as práticas clandestinas podem, necessariamente, gerar a multiplicação dos riscos da consagüinidade (praticamente nulos nos Centros autorizados) e ordem privada, na medida em que o sêmen coletado sem controle oficial pode esconder taras ou defeitos genéticos de efeitos imprevisíveis³³⁵.

³³⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 125.

³³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. rev. ampl. e atual. até 31.12.2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 60.

³³² STF – Pleno – MS nº 21797/RJ – Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento em 09.03.2000. Publicado no Diário de Justiça de 18.05.2001, p.434. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85612>> . Acesso em: 16 nov. 2010.

³³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 445.

³³⁴ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos & jurídicos**. 1. ed. (ano 2003). 6. tir. Curitiba: Juruá, 2008, p. 134.

³³⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 332.

Além disso, “o doador não tem nenhuma garantia do anonimato e se expõe, mais cedo ou mais tarde, à ação de investigação de paternidade”³³⁶ e “a ausência de uma balizamento legislativo – como tem ocorrido em alguns Estados norte-americanos – tem provocado a comercialização de substâncias humanas que logo conduzem a limites intoleráveis de eugenismo”³³⁷.

Não existe, pois, no Brasil, lei em sentido material e formal, emanada por meio do exercício da atividade típica do Poder Legislativo, com eficácia sobre todos. Não obstante o vácuo legislativo, o avanço tecnológico e a demanda por tratamentos de reprodução humana podem vir a levar aos órgãos do Poder Judiciário lides acerca dos direitos fundamentais envolvidos, o qual deverá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito para solucioná-la.

Durante os vários anos em que as técnicas de reprodução assistida vêm sendo realizadas no Brasil, parcela majoritária dos estudiosos sobre o assunto tem se manifestado no sentido da necessidade e urgência de elaboração de um regulamento legal específico, como vem ocorrendo na quase totalidade dos países que utilizam as precitadas técnicas³³⁸.

Sobre a problemática acerca do dever estatal em legislar ou não sobre a matéria da reprodução humana assistida, são duas as posições fundamentais, conforme acentua Barbas:

A – O Estado não deve interferir nesta área.

O recurso às técnicas de procriação artificial assistida é livre e a reserva da intimidade da vida familiar deve ser concebida como o direito de utilizar estes meios sem a intervenção estatal. [...]

B – O Estado tem o dever de legislar sobre Procriação Artificial Assistida.

As regras que disciplinam o Direito de Família são de ordem pública e, assim, o Estado deve interferir fixando e disciplinando a utilização das diversas técnicas. Não se pode deixar à consciência de cada uma o poder de determinar o que é lícito. [...] Há, ainda, quem em França, por exemplo, defenda que se traduz na necessidade de um aprofundamento do problema e de um debate cultural antes da intervenção legislativa³³⁹.

Aqueles que se manifestam contrários à regulamentação jurídica do tema questionam os limites do próprio direito e Estado na intervenção sobre as pessoas no campo da procriação. Araújo, por exemplo, reclama prudência, pois “o Direito consiste geralmente numa ponderação entre dois interesses, dois bens – raramente, ou nunca, lhe sendo dado

³³⁶ *Idem, ibidem*, p. 332.

³³⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 333.

³³⁸ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida**: aspectos éticos & jurídicos. 1. ed. (ano 2003). 6. tir. Curitiba: Juruá, 2008, p. 133.

³³⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao património genético**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 47-48.

ponderar, como tão frequentemente sucede na ética, entre um bem e um mal absolutos”³⁴⁰. Isso levaria à impossibilidade de proceder a escolhas pelo Direito.

Data venia, na atualidade, prevalece o entendimento pela necessidade de regulamentação jurídica do tema, sobretudo porque

[...] numa área como esta, onde tantas questões éticas se colocam, é preferível intervir (eventualmente proscrevendo alguns comportamentos), a fim de se evitar um sentimento generalizado de irrestrição e impunidade, contrariando-se a ideia de que quando nada é proibido, tudo é permitido³⁴¹.

Destaque-se que as normas de organização e procedimento são um meio adequado de compensar posições constitucionais confrontadas. Se essa afirmação é válida em geral, o é muito mais se se considera que no mundo de hoje, cada vez mais estreito, a liberdade de uns ameaça sempre entrar em conflito com a liberdade de outros. É preciso editar normas que, de modo objetivo, ordenem reciprocamente os âmbitos de liberdade e assegurem que as limitações não se tracem somente em prejuízo de uma das partes³⁴².

3.3 A reprodução humana assistida e o direito comparado

O Brasil está, ainda, em fase de criação de normas jurídicas sobre assuntos ligados à RHA. Com efeito, tramita no Congresso Nacional o projeto de Lei nº 1.184, apresentado em 3 de junho de 2003, com vários outros em apenso³⁴³. É valioso, deste modo, um olhar atento sobre tratamento conferido ao tema por legislações estrangeiras.

No tocante aos países europeus, o Conselho deste continente, em 1988, por meio do Comitê *ad hoc* de peritos em ciências biomédicas, defendia o princípio do anonimato. Admitiu, porém, a soberania dos Estados nesse aspecto, no sentido de que cada um legislasse como lhe aprouvesse, com observância ou não ao princípio. Deste modo, não houve homogeneidade de tratamento sobre o tema na Europa³⁴⁴.

³⁴⁰ ARAÚJO, Fernando *apud* REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 347.

³⁴¹ REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 349.

³⁴² HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 54-55.

³⁴³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 2.855/1997; PL 4.664/2001; PL 6.296/2002; PL 120/2003; PL 2.061/2003; PL 4.889/2005; PL 5.624/2005; PL 3.067/2008; PL 7.701/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=118275>. Acesso em: 17 nov. 2010.

³⁴⁴ REIS, Rafael Luís Vale e, *op. cit.*, p. 425.

Antes de se adentrar na atual situação brasileira, mostra-se interessante realizar um breve incurso em algumas legislações estrangeiras já em vigor sobre o tema.

3.3.1 França

A França foi pioneira na Europa ao criar, em 1983, um Colegiado Nacional Consultivo de Ética para a Vida, a Ciência e a Saúde³⁴⁵ e sua atual regulamentação sobre cuidados relativos às técnicas reprodutivas é tida como uma das mais detalhadas³⁴⁶.

O sistema civil francês possibilita a forma heteróloga de reprodução, mas nega qualquer presunção de paternidade entre o doador e o filho nascido, o qual não pode sequer intentar ação de responsabilidade. A legislação preza, ainda, pelo anonimato do doador e estabelece o procedimento a ser adotado, preocupando-se com o interesse da criança ao realizar um trabalho preventivo por meio das informações concedidas pelo juiz ou notário das consequências da filiação aos futuros usuários. Esta, ademais, não poderá ser revogada após o nascimento da criança, pois foi fruto de consentimento informado, livre de vícios³⁴⁷.

Naquele país, só é permitida a assistência médica à procriação quando houver por fim remediar infertilidade do casal, cujo caráter patológico foi devidamente diagnosticado, ou evitar a transmissão à prole de doença hereditária de particular gravidade. Além disso, o acesso à modalidade heteróloga sofre restrições e somente pode ser praticada como última indicação, após o insucesso das técnicas habituais para o casal³⁴⁸.

No tocante ao anonimato do doador, Scalquette enuncia algumas observações realizadas em relatório do Conselho de Estado Francês:

[...] cinco anos após a sua entrada em vigor, foram feitas observações no sentido de que o segredo apresenta certamente alguns perigos para o equilíbrio psicológico da criança que pode senti-lo, além de prejuízos para os pais que se impõem o dever de se calar. Concluindo que, dessa forma, os problemas levantados por alguns psicanalistas quanto ao aspecto patogênico do segredo e do anonimato devem ser examinados³⁴⁹.

³⁴⁵ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 153.

³⁴⁶ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 271.

³⁴⁷ CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da reprodução humana assistida**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 206-207.

³⁴⁸ SCALQUETTE, Ana Cláudia S., *op. cit.*, p. 272.

³⁴⁹ SCALQUETTE, Ana Cláudia S., *op. cit.*, p. 273-274.

Porém, no ordenamento francês, é estrito o respeito pelo anonimato, tanto do doador quanto dos beneficiários, configurando crime a divulgação da informação fora dos casos excepcionalmente permitidos³⁵⁰.

3.3.2 Suécia

A Lei sueca de inseminação artificial data de 1985 e foi a primeira legislação completa sobre a reprodução artificial. Permitiu o uso das técnicas apenas aos casais e companheiros em união estável, com consentimento expresso do parceiro, sendo este o único modo de fertilização *in vitro* permitido. Foram excluídos, destarte, homossexuais e mulheres solteiras. O texto legal prevê aos pais, ainda, situação paralela à desfrutada por pais adotivos: requer a adoção do bebê³⁵¹.

Consagrou, ademais, o direito de a criança concebida por meio de reprodução assistida aceder aos dados do doador registrados no hospital, quando atingida maturidade suficiente³⁵², mas, quando entrou em vigor, negou efeitos retroativos a esta disposição que consagrava o direito da criança a conhecer a identidade do doador de parte de sua carga genética, valendo apenas para o futuro³⁵³.

A posição interessante sobre o segredo do nascimento na Suécia parte da ideia de que toda criança adotiva tem grande necessidade de conhecer sua origem. Destarte, os suecos entendem que os pais devem dizer a criança como ela foi concebida, mas reconhecem que tal obrigação não pode ser imposta pela lei. Os médicos são simplesmente incitados a convencer os pais da necessidade da revelação. Assim, as crianças nascidas por inseminação e que procuram saber em que condições nasceram, podem solicitar junto ao hospital todas as informações sobre o doador³⁵⁴.

3.3.3 Espanha

³⁵⁰ REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 428-429.

³⁵¹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 154-155.

³⁵² REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 425.

³⁵³ *Idem, ibidem*, p. 344.

³⁵⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 92.

A Lei espanhola nº 35, de 22 de novembro de 1988, continha normas civis, administrativas e penais sobre o tema em debate³⁵⁵. Foi derrogada em 28 de maio de 2006, pela Lei nº 14, deste ano, a qual, atualmente, disciplina a RHA nesse país, apresentando como objetivo a regulação da aplicação das técnicas de RHA nos casos clinicamente indicados e regular sua aplicação na prevenção e tratamento de enfermidades de origem genética, desde que existam garantias diagnósticas e terapêuticas suficientes, bem como haja autorização fundamentada por lei³⁵⁶.

Com a regulamentação espanhola, abriu-se a oportunidade de mulheres solteiras recorrerem às técnicas de reprodução humana assistida, desde que maiores de 18 (dezoito) anos e não pusessem em risco sua saúde ou de sua eventual prole. Da mulher casada se exige o consentimento formal do marido³⁵⁷. Inovação trazida pela regulamentação na Espanha diz respeito à orientação sexual da mulher, a qual pode recorrer às técnicas independentemente de suas particulares preferências sexuais, refutando-se, desta maneira, qualquer espécie de discriminação³⁵⁸.

Com relação ao direito de filiação, proíbe a impugnação de paternidade se o marido consentiu com a inseminação heteróloga. É vedada, igualmente, a chamada maternidade por substituição, privilegiando a mulher que levou a gravidez a termo³⁵⁹.

A disciplina espanhola prevê, ainda, o anonimato do doador, que deve ter mais de 18 (dezoito) anos, cuja identidade pode ser revelada excepcionalmente, quando houver perigo de vida ou doença³⁶⁰.

Ao lado da garantia do sigilo do doador, é garantido aos filhos gerados o direito de obter informações gerais sobre o doador, desde que não inclua sua identidade. No caso de revelação excepcional, a mesma terá caráter restrito e não implicará, em qualquer caso, a publicidade da identidade dos doadores³⁶¹.

A divulgação da identidade do doador só é permitida de forma extraordinária, quando implicar em perigo para a vida ou à saúde do filho ou, ainda, quando ao abrigo da legislação processual penal³⁶².

³⁵⁵ KRELL, Olga Jubert Gouveia, **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 155.

³⁵⁶ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 254.

³⁵⁷ KRELL, Olga Jubert Gouveia, *op. cit.*, p. 155.

³⁵⁸ SCALQUETTE, Ana Cláudia S., *op. cit.*, p. 257.

³⁵⁹ CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da reprodução humana assistida**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 199.

³⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 199-200.

³⁶¹ SCALQUETTE, Ana Cláudia S., *op. cit.*, p. 256.

³⁶² REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 430.

3.3.4 Alemanha

A Alemanha, por intermédio da Lei de Proteção aos Embriões, de 24 de outubro de 1990, impõe maiores restrições que as anteriores. Estabelece que apenas em situações delimitadas pode ser autorizada a fecundação heteróloga, como por exemplo a perturbação duradoura da fecundidade do marido e após o seu consentimento por escrito, na presença de notário. A fecundação *in vitro* é permitida na modalidade homóloga, admitindo-se somente a fecundação de óvulos necessários a uma única transferência, visto que a criopreservação de embriões excedentários é proibida, visa-se a evitar sua geração. Ademais, a reprodução assistida é vedada a mulheres solteiras³⁶³.

Esse diploma tipifica basicamente condutas criminosas, sendo, portanto, bastante lacunoso no que diz respeito às questões civis. No entanto, a construção jurisprudencial que vem sendo realizada pelo Tribunal Constitucional alemão, em relação à reprodução heteróloga, de ocorrência excepcional, importa o cumprimento do dever de documentação do médico, para fins de tornar possível a concretização do direito ao conhecimento da origem genética³⁶⁴.

Nesse direito, existe a possibilidade de responsabilização do doador de sêmen, com todas as consequências jurídicas decorrentes, deixando-se de lado o desejo do anonimato. A situação é passível de ocorrer porque é permitido ao filho impugnar a paternidade socioafetiva. Antes de deferida a impugnação, nenhuma relação jurídica é estabelecida entre filho e doador, no entanto, o sucesso da impugnação abre a possibilidade do reconhecimento judicial da paternidade biológica³⁶⁵.

3.3.5 Estados Unidos

O pioneirismo dos Estados Unidos em sede de reprodução assistida heteróloga se revela por ter sido o lugar em que primeiro se desenvolveu a técnica de inseminação artificial com gameta de terceiro³⁶⁶.

³⁶³ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 155.

³⁶⁴ REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 432.

³⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 432-433.

³⁶⁶ LEITE, Eduardo Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 269.

Muito embora a característica descentralização norte-americana, que adota o sistema do *common law*, em que cada Estado disciplina de forma própria o direito de família, os Estados Unidos disciplinaram a matéria através de legislação federal, através do *Uniform Parentage Act (Section 5)*, em 1973, que determinou, na reprodução heteróloga, a paternidade ao marido que expressamente tenha consentido na fecundação e rejeitou qualquer relação entre doador e a criança nascida³⁶⁷.

No ano de 2000, foi aprovado e recomendado para todos os Estados americanos um novo *Uniform Parentage Act*, o qual passou a ser o único reconhecido para tratar de parentesco e filiação³⁶⁸.

Para o direito americano, o fator determinante da paternidade é a intenção e, por este motivo, o doador do sêmen não é considerado progenitor da criança concebida com o artifício das técnicas médicas de reprodução humana. Permaneceu, por conseguinte, a disciplina sobre a necessidade do consentimento informado a demonstrar dita intenção. É a peça-chave de toda relação, pois, sua falta confere ao marido a possibilidade de intentar ação negatória de paternidade, enquanto que sua existência pode determinar a paternidade mesmo após o falecimento de seu genitor³⁶⁹.

3.3.6 Portugal

Em Portugal, é a Lei nº 32, de 11 de julho de 2006, que regula a utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida, método subsidiário e não alternativo de procriação³⁷⁰, só admitido em caso de infertilidade, tratamento de doença grave ou para evitar a transmissão de patologias de ordem genética a pessoas casadas ou em união estável por pelo menos dois anos³⁷¹.

Também tem caráter subsidiário as técnicas heterólogas, que só podem ser realizadas depois de constatado o fracasso do uso dos gametas dos próprios beneficiários e existam condições seguras de garantir a qualidade do material biológico³⁷².

³⁶⁷ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 156.

³⁶⁸ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 282.

³⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 283-284.

³⁷⁰ REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 403.

³⁷¹ SCALQUETTE, Ana Cláudia S., *op.cit.*, p. 245-247.

³⁷² REIS, Rafael Luís Vale e., *op. cit.*, p. 407.

Vedam-se a clonagem, qualquer prática eugênica, escolha do sexo, salvo se puder evitar doença genética ligada ao sexo, a maternidade de substituição e a compra ou venda de óvulos, sêmen, embriões ou qualquer outro material biológico decorrente das técnicas³⁷³.

A regulamentação legal, ainda, prima pelo consentimento informado e por escrito, perante o médico responsável, e, quanto ao sigilo, é garantido a qualquer dos participantes do procedimento, no entanto, ao concebido é reservado o direito de obter informações de natureza genética em determinadas situações previstas na norma, com exclusão da identificação do doador³⁷⁴.

Essa solução, no entanto, comporta exceções, visto que por “motivos graves” é permitida a revelação da própria identidade do doador, pois entendeu o legislador pela possibilidade de existir “um desejo inexpugnável de conhecer as suas origens genéticas, em termos tais que o seu entorpecimento lhe afecta o desenvolvimento da própria personalidade”³⁷⁵.

3.4 A reprodução humana assistida no Brasil: realidade e futuro

Por meio das considerações anteriores, é possível constatar a heterogeneidade de tratamento jurídico dispensado à questão da RHA. Nota-se, no entanto, que vários países cumpriram com sua missão na tutela de tão tormentoso tema, de acordo com os valores da cada sociedade.

O Brasil, atualmente, encontra-se na contramão do desenvolvimento normativo em sede de procriação artificial. Na ausência de norma infraconstitucional a regulamentar as questões decorrentes dessa prática, resta obediência pelos profissionais médicos da norma deontológica consubstanciada na Resolução nº 1.358/92, do CFM.

É de se destacar que, por tratar de normas de natureza ética, a violação do conteúdo previsto na Resolução nº 1.358/92 pelo médico pode resultar no máximo em punição administrativa pelo órgão de classe, mas não penalmente, em virtude da ausência de previsão de tipos penais³⁷⁶.

³⁷³ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 247.

³⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 249.

³⁷⁵ REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 441.

³⁷⁶ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 59.

Em síntese, de acordo com a Resolução, a RHA apresenta caráter subsidiário³⁷⁷ e só é possível a seleção do sexo para prevenir a ocorrência de doenças ligadas a este caractere³⁷⁸. O número permitido para transferência de ovócitos ao útero materno é quatro³⁷⁹, sendo proibidos procedimentos de redução embrionária no caso de gravidez múltipla³⁸⁰. As técnicas não são restritas aos casais³⁸¹ e garante-se o anonimato do doador de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. A revelação das informações sobre os doadores tem caráter excepcional e só pode ser fornecida a outros médicos, resguardando-se a identidade civil³⁸². A maternidade de substituição é permitida, desde que sem intuito lucrativo e as doadoras temporárias pertençam à família da doadora genética, em parentesco de até o segundo grau e os demais casos ficam sujeitos à autorização do CFM³⁸³.

Com o objetivo de possibilitar o conhecimento da origem genética da pessoa concebida com gametas de doador anônimo, resguardada a identidade civil deste, a Resolução do CFM, estabelece que ‘as clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores’³⁸⁴.

Inferre-se a atual preocupação sobre a questão pela atual existência de diversos projetos de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados.

O PL nº 2.855, de 1997³⁸⁵, de autoria de Confúcio Moura, mantém o caráter subsidiário da RHA, permitida quando houver possibilidade concreta de sucesso e não

³⁷⁷ Resolução 1.358/92, CFM, I.1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

³⁷⁸ Resolução 1.358/92, CFM, I.4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

³⁷⁹ Resolução 1.358/92, CFM, I.6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

³⁸⁰ Resolução 1.358/92, CFM, I.7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

³⁸¹ Resolução 1.358/92, CFM, II.1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e conciente em documento de consentimento informado.

³⁸² Resolução 1.358/92, CFM, II.3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

³⁸³ Resolução 1.358/92, VII.1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

³⁸⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 225.

³⁸⁵ BRASIL. Projeto de Lei n. 2.885, de 1997. Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 13 mar. 1997. Disponível em:

implicar em risco grave para saúde da mulher ou para a possível descendência. A oportunidade é conferida a qualquer mulher, independentemente de seu estado civil, desde que capaz e tenha manifestado, de forma escrita, seu consentimento informado. Vedam-se a clonagem, a seleção de sexo ou qualquer outra característica biológica, salvo para prevenção de doenças, e a eugenia. As técnicas só são permitidas com a finalidade de procriação e sem intuito lucrativo. A doação de gametas, quando heteróloga, deverá ser realizada mediante contrato gratuito, escrito e sigiloso entre os serviços que empregam as técnicas de reprodução e os doadores. Possibilita-se, no entanto, a quebra do sigilo, quando fundada em motivação médica, mas as informações devem ser reveladas apenas à equipe médica e com preservação da identidade civil do doador.

Conclui-se que este projeto prioriza o anonimato do doador, em detrimento absoluto ao direito de conhecimento das origens genéticas do filho fruto da concepção artificial. Ademais, não se admite a fixação do vínculo de filiação entre doador e concebido, mesmo com a possível descoberta de sua identidade civil e, para prevenir tratamento discriminatório, proíbe-se a inscrição no registro de nascimento de qualquer menção sobre a condição genética do filho nascido por meio das técnicas de RHA.

Outra norma em tramitação é o PL nº 120, de 2003³⁸⁶, do Deputado Federal Roberto Pessoa, que dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida. Tem o condão de modificar a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências, para acrescer o direito de a pessoa nascida conhecer a identidade do pai ou mãe biológicos, por meio de ação de investigação de paternidade ou maternidade. O Deputado justifica a proposta na insuficiente discussão jurídica acerca da reprodução assistida, diferentemente do avanço que ocorre na área médica. Considera, ademais, que o direito de conhecer os pais biológicos não pode ser acobertado pelo direito à privacidade do doador, visto que, por serem direitos igualmente fundamentais, não é possível, *a priori*, estabelecer quem possui mais direito: o filho gerado ou o pai biológico.

O PL nº 120/2003 propôs solução diametralmente oposta ao projeto de Lei citado anteriormente. Houve, neste caso, a valorização do direito ao conhecimento da origem genética, excluindo-se a proteção à privacidade do doador no caso de conflito, visto que a

<http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&Datain=14/3/1997&txpagina=6705&altura=700&largura=800>. Acesso em: 22 nov. 2010.

³⁸⁶ BRASIL. Projeto de Lei n. 120, de 2003. Dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 19 fev. 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/114176.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

ninguém é dado impor o dever de conhecer a descendência biológica, os dados só seriam revelados diante da vontade manifestada pelo filho por meio do ajuizamento da ação cabível³⁸⁷.

A Deputada Federal Maninha, através do PL n° 2.061, de 2003³⁸⁸, também propôs disciplina jurídica à RHA. Parece unânime a ideia de subsidiariedade da reprodução assistida, porque é também mantida neste projeto. É acessível a qualquer homem e mulher capaz e também é exigido o consentimento informado, melhor disciplinado, visto que exige o preenchimento de formulário especial, com a concordância dos receptores e doadores e assinado por pelo menos um membro do Conselho de Ética. É também vedado o uso das técnicas com o fito de seleção do sexo ou outra característica biológica, senão no caso de prevenção de doenças, e a prática com finalidade diversa da procriação. A clonagem humana não foi lembrada. Quanto à reprodução heteróloga, o PL estabelece algumas condições à doação do material biológico: a) é vedado o caráter lucrativo; b) não conhecimento da identidade dos receptores e doadores, salvo em situação consentida; c) consagração do princípio do anonimato do doador, exceto nos casos motivados clinicamente, em que as informações só poderão ser dadas aos médicos, resguardada a identidade civil dos envolvidos; d) manutenção permanente de registro de dados clínicos de caráter geral, das características fenotípicas e de uma amostra de material celular dos doadores pelas unidades de saúde; e) proibição de geração de mais de duas gestações com o material do mesmo doador em uma área de um milhão de habitantes; f) responsabilidade da unidade de saúde na escolha dos doadores; g) vedação daqueles que trabalham diretamente com a reprodução humana assistida como doadores.

A justificativa da Deputada Federal se baseia na ampliação da proteção da cidadania sobre os benefícios e possíveis efeitos colaterais provenientes da reprodução assistida. Assim, julga contribuir na construção do controle social, jurídico e ético sobre a ciência e a tecnologia³⁸⁹.

Os Projetos de Lei mencionados, juntamente com outros, omitidos em razão de não dizerem respeito especificamente ao tema a que este trabalho se propôs a discutir, tiveram o seu processamento apensado ao PL n° 1.184, de 2003.

³⁸⁷ *Idem, ibidem.*

³⁸⁸ BRASIL. Projeto de Lei n. 2.061, de 2003. Disciplina o uso de técnicas de reprodução humana assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 24 set. 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/166567.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

³⁸⁹ *Idem, ibidem.*

Esse Projeto de Lei permite a utilização das técnicas de reprodução humana assistida a mulheres ou casais, de forma subsidiária, desde que exista indicação médica, a receptora seja civilmente capaz e tenha manifestado seu consentimento informando, livre de vícios, seja apta física e psicologicamente. Igualmente, o doador deve passar por exames clínicos e complementares que constatem sua capacidade física e mental. Contrariamente à atual Resolução nº 1.358/92, do CFM, veda peremptoriamente a gestação de substituição. Quanto à doação de gametas, é ordinariamente garantido o sigilo do doador, permitindo a sua quebra em situações excepcionais, sendo a condição de paternidade atribuída aos beneficiários. O PL, ademais, tipifica como criminosas algumas condutas que envolvem o processo de reprodução artificial³⁹⁰.

O PL nº 1.184/2003 e seus apensos encontram-se na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Em parecer, o Relator, Deputado Colbert Martins, no tocante aos Projetos de Lei ora citados, optou pela “constitucionalidade, boa técnica legislativa e, no mérito, pela **rejeição** do Projeto de Lei nº 1.184, de 2003”, como também “pela constitucionalidade (salvo os dispositivos retrocitados), juridicidade, inadequada técnica legislativa e, no mérito, pela **rejeição** dos de nºs 2.885/97, [...], 2.061/03, [...], e pela injuridicidade do 120/03”(grifos acrescentados)³⁹¹.

Nas palavras do Relator:

Quanto ao mérito, acreditamos que a matéria objeto dos PLs 1.184/03, 2.061/03; 1.135/03; 2.855/97, 4.686/04 não deva ser tratada com as minúcias neles descritas. A lei poderia dizer mais do que deveria ou, ao contrário, limitar os avanços científicos e tecnológicos, em detrimento do *livre planejamento familiar*, de que versa a Constituição Federal.

[...]

É certo que, no caso de inseminação artificial heteróloga (em que o gameta não é fornecido pelo marido), há necessidade imperiosa de que se saiba quem é realmente o doador do sêmen para que se evite, no futuro, o casamento daqueles que são impedidos (art. 1521 do Código Civil). Isto é imperativo, patente, e não carrega obrigatoriedade de que se conste de um novo dispositivo na lei substantiva civil. A ilação que se deduz dos impedimentos para o matrimônio faz presumir que o verdadeiro doador do sêmen seja conhecido para que sejam evitados problemas genéticos e civis no futuro³⁹².

³⁹⁰ BRASIL. Projeto de Lei n. 1.184, de 2003. Dispõe sobre a reprodução assistida. **Senado Federal**, Brasília, DF, 3 de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/137589.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

³⁹¹ MARTINS, Colbert. PRL-1 CCJC. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania ao Projeto de Lei n. 1.184, de 2003. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 28 de dezembro de 2005. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/366599.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

³⁹² *Idem, ibidem.*

Considerou-se, na oportunidade, a desnecessidade da regulamentação proposta. Acompanhando o Relator, o Deputado Pastor Manoel Ferreira, em voto separado, em face das inúmeras situações suscitadas, ponderou pela necessidade de um maior aprofundamento nas discussões, inclusive de maneira interdisciplinar, sobre a questão da reprodução humana antes que seja produzida uma lei disciplinadora³⁹³.

Em contrapartida, também em voto separado, o Deputado Federal Regis de Oliveira posicionou-se em sentido diverso. Considera que o PL tem por objetivo legítimo a regulamentação da reprodução humana assistida, valorizando o consentimento informado e a preservação da identidade dos doadores e beneficiários, ressalvadas as hipóteses que prevê. E, em sintonia com a comunidade internacional majoritária, frisa que:

O Brasil não pode fechar-se para o mundo da ciência e da tecnologia. Ao contrário, deve ser receptivo a inovações técnicas que possam ser manipuladas para propiciar felicidade nas pessoas. Aliás, é dever do Estado promover e incentivar “o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”, nos exatos termos do art. 218 da Constituição. A pesquisa científica básica deve receber tratamento prioritário do Estado “tendo em vista o bem público e o progresso das ciências (parágrafo 1º do mesmo artigo).

Vê-se, pois, que os projetos que buscam disciplinar a reprodução assistida atendem, exatamente, ao que dispõe o todo da Constituição, mesmo no tocante à participação do Estado, não na decisão do casal ou na atividade específica médica. Ao contrário, é importante que o Estado esteja atento e acompanhe a evolução científica e tecnológica na preservação das decisões das pessoas. O Estado não obriga nem constringe, auxilia, com os incentivos que presta à ciência.

[...]

Daí não se poder falar em inconstitucionalidade do chamamento do Estado a participar das preocupações da reprodução humana. Ao contrário, deve o legislador não só disciplinar as técnicas modernas, preservá-las, dispor sobre o sigilo que a circunstância impõe, mas também, chamar o Estado a cumprir seus deveres, na forma do que foi constitucionalmente previsto³⁹⁴.

Com essas considerações, votou pela constitucionalidade do projeto, destacando que as questões de mérito não são da competência da Comissão de Constituição e Justiça, que deve se ater à análise dos aspectos de constitucionalidade.

Ante o exposto, nota-se que as controvérsias estão longe de findar, permanecendo inerte o Legislador frente às exigências sociais que surgem a cada dia.

Diniz destaca que a “nova técnica para *criação de ser humano* em laboratório” constitui grande desafio ao direito, em razão dos graves problemas ético-jurídicos que suscita,

³⁹³ FERREIRA, Pastor Manoel. VTS-1 CCJC. Voto em separado ao Projeto de Lei n. 1.184, de 2003. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 6 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/MontarIntegra.asp?CodTeor=439498>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

³⁹⁴ OLIVEIRA, Regis de. VTS-2 CCJC. Voto em separado ao Projeto de Lei n. 1.184, de 2003. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 7 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/439892.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

sendo, portanto, imprescindível impor limitações legais às clínicas médicas, como também estabelecer normas de responsabilidade civil³⁹⁵. E acrescenta que:

Essa conquista científica não poderá ficar sem limites jurídicos, que dependerão das convicções do legislador, de sua consciência e de seu sentimento sobre o que é justo. [...]
Por isso, urge regulamentar a fecundação humana assistida, minuciosamente, restringindo-a na medida do possível porque gerar um filho não é uma questão de laboratório, mas obra do amor humano³⁹⁶.

À luz de tudo já exposto, a RHA surgiu como fruto dos anseios humanos de perpetuação da espécie, em conjunto com os largos avanços tecnológicos nas áreas de biotecnologia e engenharia genética. A dissociação da procriação e da sexualidade trouxe situações antes impensadas para o gênero humano e tem o condão de atingir direitos fundamentais amplamente reconhecidos pela comunidade internacional.

Conforme delineado ao longo do presente estudo, o conflito entre direitos fundamentais a tudo se assemelha com aquele que ocorre entre princípios. Resulta daí que não é simples a sua resolução. Exige-se de todos os operadores do direito, seja na fase de elaboração das normas, seja na de sua aplicação e interpretação, ponderação racional acerca dos valores envolvidos, de modo a sacrificar o mínimo possível os direitos em colisão, garantindo o máximo de sua efetividade e sua convivência harmônica também no plano fático.

A sociedade é afetada pelas perturbadoras descobertas e necessita, por conseguinte, de um novo arcabouço legal que possa garantir a segurança das relações entre seus membros³⁹⁷. A inércia legislativa legítima, por sua vez, a busca de soluções exigidas pela dinâmica social.

Dentre os direitos fundamentais por ventura envolvidos nas técnicas de reprodução assistida, procurou-se dar destaque àqueles presentes na relação doador e concebido. De um lado, a abolição total da regra do anonimato aniquilaria por completo o direito legítimo à privacidade do doador.

Essa medida traria em seu bojo o risco de redução drástica de doadores de material biológico, colocando mesmo em perigo a existência do sistema de apoio médico à reprodução humana³⁹⁸.

³⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 553.

³⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 555.

³⁹⁷ CHUT, Marcos André. **Tutela jurídica do genoma humano e a teoria do mínimo ético**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 10.

³⁹⁸ REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 461.

Por outro lado, garantir o anonimato de forma absoluta atenta contra o direito a uma identidade pessoal completa, visto que é negado ao ser humano conhecer parte de sua própria história, que o faz ser quem é.

No tocante à adoção, a Lei nº 12.010/2009, ao dar nova redação ao art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), introduziu na legislação o “direito [do adotado] de conhecer sua origem biológica”, mediante acesso ao processo de adoção, após completar 18 anos, ou quando menor com assistência jurídica e psicológica. A norma assegura o exercício do direito da personalidade do adotado, mas sem qualquer reflexo na relação de parentesco. O conhecimento da origem biológica não importa desfazimento da adoção, que é inviolável³⁹⁹. Para preservar o direito da criança, igual tratamento pode ser dispensado à reprodução humana heteróloga, visto que muito se assemelha ao instituto da adoção, por ter por base a afetividade.

A genética tem muita afinidade com a dignidade humana e os direitos fundamentais. A identidade genética é considerada um bem jurídico constitucional, o que corresponde ao genoma de cada ser humano e às bases biológicas da sua identidade; nesse sentido, identidade é sinônimo de individualidade genética, corresponde também à ideia de integridade, intangibilidade, algo que não pode ser tocado, logo, indisponível. Assim, é discutível se o direito ao sigilo do doador pode estender-se ao filho resultante das técnicas, por ele não participar da avença e ter o direito personalíssimo e indisponível de conhecer sua origem genética⁴⁰⁰.

Diante dos direitos contrapostos, resta, com auxílio do princípio da proporcionalidade, sopesar os valores em contradição. É **adequada** a exigência de regulamentação legal sobre a questão, pois se mostra imprescindível, ante o princípio da legalidade, para atingir o fim constitucional de proteção aos direitos fundamentais. A **necessidade** avulta-se na propensão de ocorrência das mais diversas situações ainda sem respaldo legal, de modo a tratar todos de maneira isonômica, de modo a evitar arbitrariedades pelo depósito irrestrito da confiança no bom senso dos julgadores. Resta analisar a **proporcionalidade em sentido estrito**, de modo a avaliar as vantagens e desvantagens de uma solução ponderada.

³⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 225.

⁴⁰⁰ CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da reprodução humana assistida**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 130.

CONCLUSÕES

A evidência da necessidade de regulamentação na seara da RHA foi sobremodo demonstrada e se afigura cristalina, visto que a ausência do trato legislativo, longe de minimizar os problemas, acaba por intensificá-los e não afasta, de modo algum, a missão dos tribunais em decidir casos concretos.

Assim, no Brasil é patente a necessidade de lei para regulamentar matéria tão complexa e de consequências tão graves para a sociedade, pois a normatização existente não possui força de lei, apresentando força vinculante apenas para aqueles que possuem uma relação específica com a Administração Pública. Muito embora já se tenha demonstrado o interesse do Estado pela questão, ainda não obteve lograr êxito no Congresso Nacional.

Percebe-se que a questão do anonimato dos doadores e os problemas que dele decorrem são discussões universais que demandam ainda muita reflexão. Esse trabalho não visa a esgotar o tema, mas, antes de qualquer coisa, a provocar dita reflexão e a apresentar uma singela análise ponderada para solução do conflito entre o direito ao conhecimento da origem genética do concebido por meio de técnicas de RHA heteróloga e o direito à privacidade do doador do material biológico, consubstanciada na manutenção do seu anonimato, haja vista a paupérrima produção jurisprudencial pátria sobre o tema em pauta.

O princípio da proporcionalidade se mostra de decisiva utilidade, visto que possui ampla aceitação pelos tribunais como princípio geral implícito decorrente do próprio sistema jurídico. Ademais, o sopesamento de valores é possível em virtude de os direitos fundamentais não serem absolutos e, como direitos históricos, podem ser relativizados para proteger outro de maior relevância no caso concreto.

De início, perfilha-se ao entendimento de Diniz, que considera:

Ora, *anonimato* não quer dizer que se deva *esconder tudo*; logo, nada obsta que se apontem ao filho que adveio de reprodução humana assistida os antecedentes genéticos do doador, sem contudo revelar sua identidade, ante a exigência do sigilo profissional⁴⁰¹.

Deve-se ter em mente que a Constituição Federal tem a pretensão de ser concretizada na realidade. Deste modo, não se pode olvidar que a solução deve observância ao princípio da máxima eficácia, juntamente com o princípio da concordância prática, de forma a harmonizar os direitos em colisão de maneira a reduzir o mínimo possível o seu âmbito de proteção.

⁴⁰¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 577.

Conforme visto, o direito à privacidade engloba o resguardo tanto da identidade civil do indivíduo, quanto de sua identidade genética. O indivíduo pode, portanto, ter o interesse legítimo de não divulgar qualquer dos dados considerados.

Porém, de acordo com as vantagens e desvantagens em jogo, é possível que se mantenha em sigilo apenas a identidade civil do doador, e, em contrapartida, seja facultado ao rebento o conhecimento irrestrito dos dados genéticos de seu genitor biológico.

O direito de manter o sigilo quanto à informação genética deve ceder espaço ao relevante valor da vida. O campo da medicina preditiva engloba, justamente, a detecção da “presença do fator ou dos fatores determinantes das enfermidades, que, sendo assintomáticas no momento de realizar as análises, podem, eventualmente ou com certeza, manifestar-se posteriormente”⁴⁰².

A princípio, em momento anterior à prática das técnicas de reprodução humana heteróloga, é prudente que se estabeleça a necessidade de o doador do material biológico ser submetido a exames com o fim de diagnosticar as doenças transmissíveis hereditariamente mais comuns, como forma de prevenção. No entanto, é possível que doenças raras não detectadas na triagem inicial sejam transmitidas e se faça necessário o conhecimento da informação genética do ascendente para estabelecer uma prevenção ou tratamento mais eficaz, de modo a conferir proteção à vida, à saúde e à integridade física e mental do ser concebido por meio de uma avença da qual sequer foi parte. Reis apresenta um exemplo importante do problema, ocorrido nos Estados Unidos:

Por outro lado, e para se compreender a importância prática do problema, dos EUA chegam notícias que dão conta que um dador anónimo transmitiu uma doença genética raríssima a cinco crianças, geradas por quatro casais. Trata-se de *severe congenital neutropenia* (SCN), uma doença que afecta o sistema imunitário (interferindo com a produção de glóbulos brancos, o que torna os sujeitos vulneráveis a infecções) que afecta um em cada cinco milhões de nascimentos. Como o sémén foi fornecido pelo mesmo banco do Michigan, a probabilidade de o dador ser o mesmo é muito elevada⁴⁰³.

Além de a revelação apenas da informação genética ser suficiente para preservação da vida, o é também para fins de evitar eventuais impedimentos matrimoniais.

Existem certas situações consideradas moralmente determinantes na proibição do casamento, resultantes de valores cristalizados ao longo do tempo nas sociedades. Na tradição do direito civil, eram considerados de ordem pública os impedimentos dirimentes absolutos,

⁴⁰² HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética & direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 104.

⁴⁰³ REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 460.

que vedavam totalmente o casamento, sem possibilidade de afastamento pela vontade das partes. A classificação abrangia, ainda, os impedimentos dirimente relativos, que poderiam ser superados acaso cumpridos certos requisitos e seriam passíveis de acarretar apenas a anulabilidade do casamento, e os impedientes, que não vedavam nem invalidavam o casamento, mas impunham algumas sanções àqueles que não obedecessem à norma. O Código Civil de 2002 preferiu abandonar a classificação e denominá-los apenas de impedimentos⁴⁰⁴. Deste modo, o art. 1521, do CC/02, elenca as situações em que é nulo o casamento e a informação genética pode ser útil no mister de impedir que aconteçam.

Nesse aspecto, é importante a previsão constante na Resolução nº 1.358/92, do CFM⁴⁰⁵, de modo a limitar o quantitativo de gestações com material proveniente do mesmo doador, pelo que se espera seja reproduzida semelhante disposição em uma norma emanada do Poder Legislativo, como ocorre nos Projetos de Lei nº 2.885/97⁴⁰⁶ e 2.061/03⁴⁰⁷.

Visualiza-se, ainda, que a revelação da identidade civil do doador pode não atender ao princípio do melhor interesse da criança. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) tem caráter principiológico e volta-se para a proteção integral de sujeitos ainda em processo de amadurecimento. Assim, tem por objetivo tutelar a criança e o adolescente de forma ampla, sem limitar-se a tratar de medidas repressivas contra atos infracionais, dispondo sobre seus direitos, formas de auxiliar sua família, tutela coletiva etc. Com a doutrina da proteção, vincula-se o princípio do melhor interesse do menor, segundo o qual “na análise do caso concreto, o aplicador do direito – leia-se advogado, defensor público, promotor de justiça e juiz – deve buscar a solução que proporcione o maior benefício possível para a criança ou adolescente”⁴⁰⁸.

Portanto, a revelação pode ir de encontro ao princípio do melhor interesse da criança por possibilitar um abalo na estrutura familiar já consolidada no plano da socioafetividade.

A importância do sigilo da identidade do doador situa-se na necessidade de se permitir uma plena e total integração da criança no seio familiar e evitar-se qualquer tratamento odioso

⁴⁰⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 99.

⁴⁰⁵ Resolução nº 1.358/92, CFM, IV.5 – Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

⁴⁰⁶ Projeto de Lei nº 2.885/97, art. 13. O serviço médico que emprega técnica de RHA fica responsável por impedir que de um mesmo doador nasça mais de 2 filhos, num mesmo Estado, devendo, para tanto, manter registro das gestações.

⁴⁰⁷ Projeto de Lei nº 2.061/03, art. 10, V – na região de localização da unidade de Reprodução Humana Assistida o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

⁴⁰⁸ BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da criança e do adolescente**. 3. ed. atual. de acordo com a Lei n. 12.010/2009, Bahia: Editora Juspodium, 2010, p. 22.

no sentido da discriminação e estigma em relação àquele fruto da reprodução humana heteróloga⁴⁰⁹. Até porque, conforme anteriormente ressaltado, a Constituição Federal veda qualquer tipo de tratamento dessa índole.

Por outro lado, a revelação pode desestruturar também a família do próprio doador. Este pode ter guardado sigilo daqueles com que possui convivência íntima e o surgimento de um terceiro, filho biológico, pode vir a desestabilizar seu grupo familiar, o que de modo algum é desejado.

Outro ponto que merece atenção é a possibilidade de a revelação gerar interesses mercenários. O doador, com seu gesto, não demonstra qualquer intenção de paternidade, mas apenas de auxiliar um casal com dificuldades de procriar pelos meios convencionais. Ao conhecer as condições econômico-financeiras da família socioafetiva de seu filho biológico, poderia querer exigir benefícios patrimoniais, que não condizem com o instituto da doação dos gametas. E vice-versa. Seria possível o desejo de estabelecimento, pelo filho biológico, de deveres patrimoniais ao doador que não desejou ser pai.

O ato de disposição do material biológico não significa manifestação de vontade de paternidade, pois quem doa, no caso da gratuidade do ato, o faz por vários motivos: altruístico, auxílio para o projeto parental que não o próprio, dinheiro, quando é o caso de pagamento, sem cogitar-se na vontade de procriar.

O anonimato, portanto, tem a função de impedir que a criança se torne objeto de disputa entre doadores e seus pais socioafetivos, ou ainda meio para alcance de realizações ou interesse financeiros dos doadores⁴¹⁰.

Nesse aspecto, é relevante que seja regulamentada como absoluta a presunção de paternidade nos casos de reprodução humana heteróloga decorrente de um consentimento informado, livre de qualquer vício da vontade e formalmente manifestado. Do contrário, importaria na possibilidade de negação ao filho o direito de filiação. A paternidade, portanto, não pode ser impugnada pelo marido ou companheiro, para o qual não é permitido violar o princípio da boa-fé e voltar-se contra ato próprio, pois repele-se pelo ordenamento jurídico o

⁴⁰⁹ CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da reprodução humana assistida**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 127.

⁴¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 126.

*venire contra factum proprium*⁴¹¹. Nesta situação, não deve prevalecer o biologismo, eliminando-se qualquer repercussão jurídica sobre o patrimônio do doador⁴¹².

Destarte, o sigilo da identidade civil do doador tem também o intuito de evitar possíveis problemas que comprometam o gesto de gratuidade ou solidariedade.

Tem-se ainda que o principal argumento contra a abolição total do anonimato reside na possibilidade de redução drástica do material biológico nos bancos de sêmen. A manutenção do anonimato civil com a mera revelação da identidade genética, portanto, não teria força para causar impactos significativos nas doações dos gametas, porque permaneceria a confiança de que tais doadores não seriam importunados em sua vida íntima.

Por fim, a auto-determinação do indivíduo não depende apenas do conhecimento da identidade civil dos ascendentes. Esse é apenas mais um dos fatores da complexa formação individual. Ademais, ele já deverá encontrar-se integrado em uma família que realmente o desejou.

A dissociação dos aspectos civil e genético da identidade do doador é útil para resolver as situações ordinárias. Porém, não se olvida que o direito ao conhecimento da origem genética constitui-se em direito fundamental da personalidade e, por isso, indisponível, inalienável, intransferível e irrenunciável por vontade das partes. Além do mais, consagra-se na ordem constitucional o tratamento igualitário entre os filhos, independentemente de sua origem (natural, artificial, adoção), o que torna ainda mais legítima a possibilidade do conhecimento de sua ascendência biológica em todos os aspectos.

Deste modo, o sigilo quanto à identidade civil do doador deve ser inoponível ao sujeito nascido por meio das técnicas de RHA. É prudente, portanto, para conferir proteção especial a este direito, que exista na legislação uma cláusula aberta a permitir que o sujeito, depois de atingida a maioridade, momento em que se presume atingida sua maturidade psíquica, possa recorrer ao Judiciário com o fim de conhecer suas próprias origens.

Por conseguinte, em razão da incompletude do ordenamento jurídico, que é incapaz de prever todas as situações passíveis de ocorrerem na realidade, caberá aos órgãos judicantes a função de estabelecer, em cada caso concreto, a real necessidade do filho concebido em

⁴¹¹ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2009, p. 106.

⁴¹² Projeto de Lei nº 1.184/03, art. 16. Será atribuída aos beneficiários a condição de paternidade plena da criança nascida mediante o emprego de técnica de Reprodução Assistida; art. 17. O doador e seus parentes não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Reprodução Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais elencados na legislação civil.

conhecer sua ascendência biológica. Para isso, é de bom alvitre que o Judiciário conte com uma equipe multidisciplinar para avaliar as vantagens e desvantagens da revelação, a fim de se aproximar o máximo possível de uma decisão justa.

Esta abertura que se propõe na regra do anonimato do dador teria, seguramente, a finalidade de assegurar a consagração de uma cláusula de salvaguarda, naqueles casos em que o conhecimento da identidade do doador se revelasse essencial no quadro individual da construção da própria personalidade, permitindo-se que o tribunal competente reconhecesse essa essencialidade e levantasse a cortina do segredo⁴¹³.

Em derradeiro, é importante observar a relevância de políticas públicas para dispor aos casais com problemas de infertilidade um tratamento psicológico adequado, como meio de prevenir possíveis dificuldades no relacionamento entre pais e filhos. Essa observação é fruto de estudos desenvolvidos para analisar as eventuais consequências da reprodução assistida sobre o desenvolvimento físico, psíquico e intelectual das crianças geradas. Pesquisas de origem francesa constataram um desenvolvimento psicomotor precoce, ao mesmo tempo de uma fragilidade psicossomática, provavelmente devido a uma maior atenção dos pais em relação à criança tão desejada. Esta se revela na qualidade de “superproteção” geralmente atribuída às mães e de “ansiedade”, em relação aos pais. Assim, o apoio psicológico não deveria se restringir à prevenção, mas também acompanhar os casais que apresentassem maiores dificuldades de adaptação, de modo a impedir impactos negativos no desenvolvimento da criança⁴¹⁴.

A corroborar as considerações finais deste trabalho, Warnock defende que “[...] o anonimato protege todas as partes, não só de complicações legais, como também de dificuldades emocionais”, recomendando que “como boa prática, qualquer dação de gametas para tratamento de fertilidade deve ser desconhecida para o casal, antes, durante e depois do tratamento, e igualmente o terceiro deve desconhecer o casal beneficiário”. Por outro lado, entende pela possibilidade de o filho ter acesso a informações básicas sobre a origem étnica e sobre dados do doador, depois que atingida a maioridade e nos termos da legislação específica⁴¹⁵.

⁴¹³ REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 436.

⁴¹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 125-129.

⁴¹⁵ WARNOCK, Dame Mary *apud* REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 426.

REFERÊNCIAS

ALDROVANI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão. A reprodução humana assistida e as relações de parentesco. **Revista Prática Jurídica**, Brasília, Ano I, n. 7, 2002, pp. 34-43.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Vasco M. Biotecnologia em reprodução humana assistida. **Revista Portuguesa de Clínica Geral**, Lisboa, v. 21, n. 5, p.505-508, 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao património genético**. Coimbra: Almedina, 1998.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da criança e do adolescente**. 3. ed. atual. de acordo com a Lei n. 12.010/2009, Bahia: Editora Juspodium, 2010.

BESSA, Leandro Sousa. **Colisões de direitos fundamentais: propostas de solução**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Leandro%20Sousa%20Bessa.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

BÍBLIA. Português. **A Bíblia**. Trad. Ecumênica. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. de Maria Celeste C. J. Santos; revisão técnica de Cláudio de Cicco; apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> . Acesso em: 22 nov. 2010.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 de jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 22 nov. 2010.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 22 nov. 2010.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

_____. Projeto de Lei n. 2.885, de 1997. Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 13 mar. 1997. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=14/3/1997&txpagina=6705&altura=700&largura=800>. Acesso em: 22 nov. 2010.

_____. Projeto de Lei n. 1.184, de 2003. Dispõe sobre a reprodução assistida. **Senado Federal**, Brasília, DF, 3 de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/137589.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

_____. Projeto de Lei n. 2.061, de 2003. Disciplina o uso de técnicas de reprodução humana assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 24 set. 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/166567.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

_____. Projeto de Lei n. 120, de 2003. Dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 19 fev. 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/114176.pdf>> . Acesso em: 22 nov. 2010.

_____. Resolução n. 1.358, de 11 de novembro de 1992. Dispõe sobre normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Conselho Federal de Medicina, São Paulo, SP. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 nov. 1992. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em: 22 nov. 2010.

_____. STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em 30.10.1995. Publicado no Diário de Justiça de 17.11.1995, p. 39.206. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=85691&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MS%20/%2022164>>. Acesso em: 7 nov. 2010.

_____. STF – Pleno – MS nº 21.797/RJ – Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento em 09.03.2000. Publicado no Diário de Justiça de 18.05.2001, p.434. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85612>> . Acesso em 16 nov. 2010.

_____. STF – Segunda Turma – AI nº 265064 AgR-ED-ED – Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento em 11.06.2002. Publicado no Diário de Justiça de 23.08.2002, p.114. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=380522>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

_____. STJ – Segunda Seção – Resp nº 807.849/RJ – Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 24.03.2010. Publicado no Diário de Justiça eletrônico de 06.08.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=957465&sReg=200600032847&sData=20100806&formato=PDF>. Acesso em: 7 nov. 2010.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. Livraria Almedina: Coimbra, 1997.

CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. **Os direitos fundamentais e as técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga**. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/36/72/3672>>. Acesso em: 26 out. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 3. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. rev. ampl. e atual. até 31.12.2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

CHUT, Marcos André. **Tutela jurídica do genoma humano e a teoria do mínimo ético**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CLARKE, Gary N. A.R.T. and history, 1678 – 1978. **Human Reproduction**, Oxford, vol. 21, n. 7, p. 1645 – 1650, 2006,

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA JÚNIOR, Ademir de Oliveria. A eficácia horizontal e vertical dos Direitos Fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 41, 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1838>. Acesso em: 9 nov. 2010.

CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da reprodução humana assistida**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução Humana Assistida: direito à identidade genética x direito ao anonimato do doador**. 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 2 jun. 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Bioética e Direitos Humanos. In: FERREIRA *et al* (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade genética**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Pastor Manoel. VTS-1 CCJC. Voto em separado ao Projeto de Lei n. 1.184, de 2003. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 6 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/MontarIntegra.asp?CodTeor=439498>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

FERNÁNDEZ, Javier Gafo. **10 palavras-chave em bioética**: bioética, aborto, eutanásia, pena de morte, reprodução assistida, manipulação genética, AIDS, drogas, transplantes de órgãos, ecologia. Trad.: Maria Luisa Garcia Prada. São Paulo: Paulinas: 2000.

GUEDES, Pedro Dumans. Do princípio da proporcionalidade como meio apto à solução dos conflitos entre as normas de direitos fundamentais. **Revista Jus Vigilantibus**, 2004. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/2131>>. Acesso em: 14 nov. 2010.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética & direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai... **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 27, p. 321-333, dez./mar. 1999/2000.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**: princípios éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Temas de direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **R. CEJ**, Brasília, n.27, p. 47-56, out./dez. 2004.

_____. **Direito civil**: famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Danos morais e direitos da personalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4445>>. Acesso em: 3 nov. 2010.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos & jurídicos**. 1. ed. (ano 2003). 6. tir. Curitiba: Juruá, 2008.

MARTINS, Colbert. PRL-1 CCJC. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania ao Projeto de Lei n. 1.184, de 2003. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 28 de dezembro de 2005. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/366599.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NAKAMURA, Dione Miki. **A filiação frente às técnicas de procriação humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 1999. 57 f. Monografia – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Breves considerações em torno do direito de família no contexto dos direitos fundamentais. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v.1, n.46, p. 103-118, jul./dez. 2006.

OLIVEIRA, Fátima. **Bioética: uma face da cidadania**. São Paulo: Moderna, 1997.

OLIVEIRA, Regis de. VTS-2 CCJC. Voto em separado ao Projeto de Lei n. 1.184, de 2003. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 7 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/439892.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

PEDRON, Flávio Quinaud. A ponderação de princípios pelo STF: balanço crítico. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XII, n. 40, p. 20-30, jan./mar., 2008.

PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JUNIOR, José Gonçalves. Reprodução Assistida. In: FERREIRA *et al* (Coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em História**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PERIN JUNIOR, Ecio. Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida em face do meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3510>>. Acesso em: 2 jun. 2010.

PERUCHI, Samuel MacCarini. **Medicina preditiva: direito à intimidade genética e suas implicações na relação de trabalho**. 2009. 76 f. Monografia – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

PETRACCO, Alvaro; BADALOTTI, Mariangela; ARENT, Adriane Cristine. Bioética e Reprodução Assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. **Dossiê reprodução humana assistida**. Minas Gerais, 2003.

REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 9, 31/05/2002. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=> Acesso em: 4 nov. 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SANTOS, Natália Batistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e *post mortem*. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v.41, n.48, p. 253-278, jul./dez. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Reinaldo Pereira e. O exame de DNA e a sua influência na investigação da paternidade biológica. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2003.

UEMURA, Bárbara Yuri. **A destinação dos embriões excedentes na fertilização *in vitro***. 2003. 145 f. Monografia – Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZEGERS-HOCHSCHILD, F. et al. The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology, 2009. **Human Reproduction**, Oxford, vol. 24, n. 11, p. 2683 – 2687, 2009.